



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL**

Tema:

**Procedimiento notarial del divorcio y la terminación de la
unión de hecho por mutuo consentimiento.**

Trabajo de Examen Complexivo para la Obtención del grado de
Magíster en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral

Autor:

Abg. Carmen Mercedes Álvarez Pacheco

Tutor:

Ab. Maria José Blum Moarry, Mgs

GUAYAQUIL – ECUADOR

2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por la Abg. Carmen Mercedes Álvarez Pacheco, como requerimiento para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Notarial y Registral.

REVISORES

Dr. Francisco Obando Freire, PhD

Ab. Maria Jose Blum Moarry, Mgs

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velázquez Velázquez, PhD

Guayaquil, 17 de enero del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Abg. Carmen Mercedes Álvarez Pacheco

DECLARO QUE:

El examen Complexivo, sobre el “PROCEDIMIENTO NOTARIAL DEL DIVORCIO Y LA TERMINACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO, POR MUTUO CONSENTIMIENTO”, 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, 17 de enero del 2020.

AUTORA:

Abg. Carmen Mercedes Álvarez Pacheco



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL

AUTORIZACIÓN

Yo, Abg. Carmen Mercedes Álvarez Pacheco, autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del examen complejo: “PROCEDIMIENTO NOTARIAL DEL DIVORCIO Y LA TERMINACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO, POR MUTUO CONSENTIMIENTO”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 17 de enero del 2020

AUTORA:

Abg. Carmen Mercedes Álvarez Pacheco

INFORME URKUND



The screenshot shows the URKUND interface. On the left, document details are listed: 'Documento: ALVAREZ CARMEN.docx (042375832)', 'Presentado: 2020-01-14 18:11 (-05:00)', 'Presentado por: mariaeliam@gmail.com', 'Recibido: teresa.nuques.ucs@analisis.orkund.com', and 'Mensaje: [Mostrar el mensaje completo](#)'. A green box highlights the text: '1 de estas 41 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.' On the right, a 'Lista de fuentes' panel is visible with columns for 'Categoria' and 'Enlace/nombre de archivo'. It lists 'Fuentes alternativas' and 'Fuentes no usadas', both of which are currently empty.

Probablemente, la idea del legislador al hacer la reforma al numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, fue el que los notarios actúen por analogía y asimilen el procedimiento judicial, contemplado para los casos de divorcio y terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, previstos en el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, cuyo procedimiento es aquel que se establece en el artículo 333, del Capítulo IV, de los Procedimientos Voluntarios, *Ibidem*; y, con el cual, los jueces pueden resolver sobre el divorcio o la terminación de unión de hecho demandados, en aquellos casos que, existiendo hijos menores de edad o dependientes, los aspectos relacionados con su tenencia, visitas y alimentos, no se acuerden resueltos.

El haberse suprimido, mediante la reforma antes señalada, varios acápites del numeral 22 antes mencionado, ha obligado a los notarios a actuar sin una norma jurídica en la cual puedan fundamentar sus actuaciones para tramitar divorcios y terminaciones de hecho, por mutuo consentimiento, lo cual contraría los principios de legalidad y de seguridad jurídica, que deben prevalecer en todos los actos, contratos y actuaciones que todos los notarios deben observar, más aun cuando el derecho notarial es una rama del derecho público, que si bien regula actuaciones de las personas en particular, éstas deben estar sometidas debidamente a un procedimiento previo, contemplado mediante norma jurídica, para evitar la discrecionalidad en su actuar.

Adicionalmente, se presentan ante los notarios algunas peticiones para tramitar los divorcios o terminaciones de unión de hecho, adjuntando como requisito previo, actos de mediación, donde únicamente se resuelven los temas de alimentos y visitas, sin referirse a la situación de tenencia de menores, por cuanto algunos centros de mediación consideran que el tema de tenencia de menores es de exclusivo pronunciamiento del juez de familia y que aquello no está en la esfera de la voluntariedad de las partes, como materia transigible y por lo tanto no puede ser resuelto en acuerdos de mediación, lo que obliga a los

Agradecimiento

A mi familia que han sido un apoyo incondicional a lo largo de esta investigación, quienes me han acompañado en esta travesía para culminar mis estudios. A todos muchas gracias.

Carmen Álvarez Pacheco

Dedicatoria

A Dios quien como guía estuvo presente en el caminar de mi vida, bendiciéndome y dándome fuerzas para continuar con mis metas trazadas sin desfallecer; a mi familia, quienes han sido el pilar que me mantiene fuerte para continuar en este camino de estudio y preparación; y, a todas esas personas especiales en mi vida que me acompañaron en esta etapa, aportando a mi formación tanto profesional y como ser humano.

Carmen Álvarez Pacheco

Índice

Introducción	2
Desarrollo	9
El divorcio y la Terminación de la Unión de Hecho como Instituciones	9
El divorcio y la Terminación de Unión de Hecho, en Sede Notarial	18
Metodología	31
Alcance de la investigación.	32
Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis.	33
Criterios éticos de la investigación.	35
Resultados	35
Análisis Documental	35
Discusión	43
Propuesta	51
Conclusiones	60
Recomendaciones	62
Referencias bibliográficas	64
Apéndices	68
Apéndice 1 Formato de entrevista	68
Apéndice 2 Recolección de datos de entrevistas realizadas	69
Apéndice 3 Marco conceptual	72
Apéndice 4 Diferencia del Registro oficial 2006 y 2019 Artículo 18	75

Índice de tablas

Tabla 1 Cuadro metodológico	34
-----------------------------	----

Índice de tablas

Figura 1. Entrevista realizada a Dra. María Elena Sánchez	69
Figura 2 Entrevista realizada a Dr. Marcelo Pazmiño	70
Figura 3 Entrevista realizada a Dra. María Elena Altamirano	70
Figura 4 Entrevista realizada a Ab. María Verónica Sabando M.	71

Resumen

Como **antecedente** en la presente investigación se detalla el vacío procesal que existe para la aplicación del divorcio y la terminación de la unión de hecho, facultad otorgada a los notarios, a raíz de la promulgación de la Ley Reformativa del Código Orgánico General de Procesos, mediante la cual se suprimió del numeral 22 del artículo 18 la Ley Notarial, el procedimiento para tramitar los divorcios y terminaciones de unión de hecho por mutuo consentimiento en sede notarial, dejándole inaplicable jurídicamente a esta nueva facultad. El **objetivo** es el proponer un proyecto de Ley que reforme el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, para poder tramitar los divorcios y terminaciones de unión de hecho por mutuo consentimiento sin hijos. La **metodología** utilizada comprende un estudio Histórico- Lógico, Jurídico Doctrinal, de enfoque cualitativo, además de los métodos empíricos en el análisis documental, derecho comparado; y, las entrevistas. Los **resultados** en ambos estudios pernotan las limitadas acciones del proceso notarial en caso del divorcio y separación de unión de hecho, no hay un conceso real que estimule el libre consentimiento de las partes, sin una mediación de la judicatura. Como **conclusión** se pretende diseñar un procedimiento notarial para que puedan los notarios aplicar su facultad de tramitar el divorcio y la terminación de hecho por mutuo consentimiento, con la finalidad de que estos actúen bajo los principios constitucionales relacionados con la seguridad jurídica, legalidad y tutela efectiva.

Palabras claves:

Divorcio, Unión de Hecho, Procedimiento notarial, Mutuo consentimiento, Seguridad jurídica

Abstract

As background in the present investigation, the procedural void that exists for the application of divorce and the termination of the de facto union, faculty granted to notaries, as a result of the promulgation of the Reform Law of the General Organic Code of Processes, through which was abolished from numeral 22 of article 18 the Notarial Law, the procedure to process divorces and terminations of de facto union by mutual consent at a notary office, leaving this new faculty legally inapplicable. The objective is to propose a bill that amends numeral 22 of article 18 of the Notarial Law, in order to process divorces and terminations of de facto union by mutual consent without children. The methodology used includes a Historical-Logical, Legal Doctrine study, with a qualitative approach, in addition to the empirical methods in documentary analysis and interviews. The results in both studies show the limited actions of the notarial process in case of divorce and separation of union of in fact, there is no real concession that stimulates the free consent of the parties, without a mediation of the judiciary. In conclusion, it is intended to design a notarial procedure so that notaries can apply their power to process divorce and termination in fact by mutual consent, so that they act under the constitutional principles related to legal certainty, legality and effective guardianship.

Keywords:

Divorce, De facto Union, notarial procedure, mutual consent, effective guardianship.

Introducción

El divorcio y la terminación de la unión de hecho como instituciones, cuyo objeto de estudio se enmarca no solo en las meras definiciones conceptuales, sino en un análisis respecto a cuál es su naturaleza y como son sus formas jurídicas, así como los requisitos, procedimientos y jurisdicción aplicables, establecidas en el derecho positivo. Además, se debe tener presente que, de forma inexorable, las figuras del divorcio y la terminación de la unión de hecho, están íntimamente vinculadas a otras instituciones civiles como son el matrimonio y a la unión de hecho, por lo que resulta indispensable su comprensión y entendimiento, desde el punto de vista doctrinario.

En todo caso, las instituciones del matrimonio y de la unión de hecho, tienen una similitud marcada, en tanto que ésta última tiende a surtir los mismos efectos jurídicos que la primera, como son: la generación de una sociedad de bienes, la incorporación de un nuevo estado civil, y la terminación de estos vínculos jurídicos mediante el cumplimiento de ciertos requisitos previstos en la ley, es así que, ambas instituciones tienen mecanismo legales para su finalización o por el cual sus efectos jurídicos llegan a detenerse; ya sea de forma convencional, por ejercicio jurisdiccional o por un hecho jurídico como lo es la muerte; generando derechos y obligaciones para esas personas naturales y para sus hijos menores de edad o dependientes.

Es necesario recordar que la figura jurídica para terminar el vínculo contractual matrimonial, es el divorcio, ya sea por causales, es decir de manera contenciosa, o por mutuo acuerdo entre los cónyuges; la definición más simple sobre la institución el divorcio, es aquella que se la conceptúa según el autor Samos (1992) como “La disolución del matrimonio; pronunciada judicialmente en vida de los esposos, a pedido de uno de ellos o de ambos por una o varias causales taxativamente señaladas en la ley y que hagan imposible la vida en común”.

Cuando el divorcio o la terminación de la unión de hecho, es solicitado a un Juez, se lo conocen como divorcio contencioso y se lo tramita mediante procedimiento denominado como Sumario. Por el contrario, cuando éstos son solicitados por los dos cónyuges, se lo conoce como de mutuo consentimiento y se lo puede solicitar al juez de familia, con el trámite establecido para los procedimientos voluntarios únicamente cuando la situación de alimentos, visitas y tenencia de los hijos menores

de edad o dependientes, no se encuentre debidamente acordada; caso contrario, es facultad exclusiva de los notarios su tramitación.

En cuanto al **campo de estudio**, éste se orienta precisamente, en el divorcio y a la terminación de la unión de hecho en sede notarial, como mecanismos exclusivos para disolver el vínculo matrimonial o dar por terminada la unión de hecho ante el notario, pero únicamente cuando existe acuerdo y mutuo consentimiento, entre los conyugues y cuando no haya hijos menores de edad o dependientes; y en caso de haberlos, su situación relacionada con alimentos, visitas y tenencia, se encuentren debidamente resuelta por un juez de familia o se encuentre acordada entre las cónyuges en un Centro de Mediación debidamente autorizado por el Consejo de la Judicatura.

En tal virtud, el divorcio y la terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento en sede notarial, pertenecen a aquellas facultades exclusivas otorgadas a los notarios, y que forman parte de los actos de jurisdicción voluntaria, que en términos sencillos son los que emanan de la voluntad de las personas, mientras que la autoridad, en este caso, el notario recoge dicha voluntad. Los notarios para llevar a cabo el ejercicio de sus funciones, deben dar fe y formalizar la expresión de la voluntad de las partes y elaborar el documento idóneo que declare la terminación del matrimonio o de la unión de hecho.

El procedimiento que debe observar el notario, como autoridad competente para terminar el vínculo jurídico del matrimonio o por la unión de hecho en situaciones no controversiales, es el elemento de análisis relevante del presente trabajo investigativo. El legislador considera que, en estas instituciones, que prima exclusivamente el mutuo consentimiento y la voluntad de las partes, donde no es necesario el dirimir, conceder o ratificar algún tipo de derechos, es suficiente la intervención de funcionarios auxiliares que recojan y den fe, de esas voluntades, para lo cual se deberá contar con procedimientos previos y claros para que puedan actuar con la seguridad jurídica necesaria y dentro de los principios procesales señalados en la Constitución y en la Ley.

En tal virtud, se debe tener presente que los notarios no son administradores u operadores de justicia y no resuelven procesos controversiales; únicamente son depositarios de la Fe Pública, mediante la cual recogen y formalizan la voluntad de las partes en aquellos actos y contratos en donde no existe confrontación, ni partes procesales. La facultad de divorciar o dar por terminada la unión de hecho con hijos

menores de edad o dependientes, es exclusiva de los notarios, siempre y cuando no exista controversia y donde estén resueltas previamente todas las cuestiones relacionadas con los hijos menores de edad o bajo dependencia, en cuanto a alimentos, visitas y tenencia

Para este efecto, el presente trabajo analizará en qué consiste la función notarial, cuáles son sus parámetros constitucionales y legales, cuáles son sus facultades exclusivas y en dónde se encuentra la base legal para el ejercicio de sus funciones; con el objetivo de determinar si existe un procedimiento claro y definido para que los notarios puedan aplicar adecuadamente su facultad exclusiva de divorciar o dar por terminada la unión de hecho, por mutuo consentimiento en los casos previstos en la Ley, y concluir si se requiere de una reforma legal que contemple un procedimiento para el ejercicio de esta facultad.

En consecuencia, **el problema** científico de investigación radica que, mediante Ley Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517, se aumentó la facultad de los notarios permitiéndole tramitar actualmente los divorcios o terminaciones de uniones de hecho, aun cuando existan hijos menores de edad o dependientes, siempre cuando se hayan resuelto los aspectos de alimentos, visitas y tenencia. Sin embargo, en la reforma mencionada, se suprimió de manera general todo el procedimiento que antes estaba previsto para para tramitar los divorcios y terminaciones de uniones de hecho por mutuo consentimiento. (Ver Apéndice 4)

La falta de un procedimiento para tramitar los divorcios y terminaciones de uniones de hecho por mutuo consentimiento, como se podrá apreciar en este trabajo, ha obligado a que los notarios apliquen discrecionalmente procedimientos inventados u homologados de otras normas, fundamentándose en su libre entender e interpretación, afectando abiertamente al principio de seguridad jurídica que debe primar en todo acto de autoridad pública.

Los notarios se han visto en esta obligación de interpretar el procedimiento notarial, frente a la necesidad de otorgar un servicio público y atender las constantes peticiones de divorcio y sin que exista, hasta la presente fecha, ningún tipo de instrucción sobre el tema, por parte de los entes reguladores de la función notarial. Probablemente, la idea del legislador al hacer la reforma al numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, fue el que los notarios actúen por analogía y asimilen el procedimiento judicial, contemplado para los casos de divorcio y terminación de

unión de hecho por mutuo consentimiento, previstos en el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, cuyo procedimiento es aquel que se establece en el artículo 335, del Capítulo IV, de los Procedimientos Voluntarios, ibidem; y, con el cual, los jueces pueden resolver sobre el divorcio o la terminación de unión de hecho demandados, en aquellos casos que, existiendo hijos menores de edad o dependientes, los aspectos relacionados con su tenencia, visitas y alimento, no se encuentren resueltos.

El haberse suprimido, mediante la reforma antes señalada, varios acápites del numeral 22 antes mencionado, ha obligado a los notarios a actuar sin una norma jurídica en la cual puedan fundamentar sus actuaciones para tramitar divorcios y terminaciones de hecho, por mutuo consentimiento, lo cual contraría los principios de legalidad y de seguridad jurídica, que deben prevalecer en todos los actos, contratos y actuaciones que todos los notarios deben observar, más aun cuando el derecho notarial es una rama del derecho público, que si bien regula actuaciones de las personas en particular, éstas deben estar sometidas debidamente a un procedimiento previo, contemplado mediante norma jurídica, para evitar la discrecionalidad en su accionar.

Adicionalmente, se presentan ante los notarios algunas peticiones para tramitar los divorcios o terminaciones de unión de hecho, adjuntando como requisito previo, actas de mediación, donde únicamente se resuelven los temas de alimentos y visitas, sin referirse a la situación de tenencia de menores, por cuanto algunos centros de mediación consideran que el tema de tenencia de menores es de exclusivo pronunciamiento del juez de familia y que aquello no está en la esfera de la voluntariedad de las partes, como materia transigible y por lo tanto no puede ser resuelto en acuerdos de mediación, lo que obliga a los peticionarios a volver a acudir a otro centro de mediación para acordar sobre el tema de tenencia, encareciendo sus costos.

El problema que aquí se presenta es trascendental, tanto como para los usuarios, como para los notarios y también para todos los centros de mediación del país, porque de ser verdad que, el tema de tenencia de menores no está dentro de la esfera de lo transigible, se estaría infringiendo a la esencia misma de la mediación, contemplada en la Ley de Arbitraje y Mediación, donde se establece que este procedimiento alternativo de conflictos, recae exclusivamente en aquellas materias, que se encuentran en la esfera y competencia exclusiva de las partes, como para

poder negociar, acordar y ceder, es decir que sean transigibles y que no recaiga en lo contencioso o judicial.

Ejemplo de lo anterior son las actas emitidas por el centro de mediación de la Función Judicial, donde no incluyen a la tenencia como parte de los posibles acuerdos llegados por las partes, considerando que la tenencia, al constituir un tema relacionado con el interés superior del niño y a la conveniencia del desarrollo integral del menor, corresponde exclusivamente al juez de familia su resolución; y, no a la esfera de la voluntad privada de los progenitores, razón por la cual puedan los progenitores no pueden llegar a acuerdos, sin tomar en consideración los derechos de los menores, previa investigación de su realidad familiar, social y económica, debidamente investigada, por la judicatura.

De mantenerse el criterio de que no puede ser materia de mediación los temas relacionados con la tenencia de menores, los notarios del país estarían divorciando en base a actas de mediación supuestamente nulas, y dando como resultado que se genere mayor inseguridad jurídica en estos trámites. Toda la problemática planteada, termina limitándose a la seguridad jurídica que debe existir en las actuaciones notariales. El autor Fernández Vásquez (2005, pág. 12), manifiesta precisamente que, la seguridad jurídica es “el conjunto de condiciones indispensables para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran, es la garantía de la aplicación objetiva de la ley”.

Corresponde entonces, plantearse la siguiente **pregunta de investigación**: ¿Cuál es el procedimiento definido para aplicar lo dispuesto en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial donde se señala que es facultad exclusiva de los notarios, 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 Ley, y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente?

Para contestar dicha pregunta, corresponde plantearse la **Premisa**, que se origina sobre la base de la fundamentación de los presupuestos doctrinales del divorcio y de la terminación de la unión de hecho, como instituciones, y, al divorcio y a la terminación de la unión de hecho en sede notarial, al análisis documental de la Constitución de la República del Ecuador, artículos 75, 82, 178, 190, 199, 200; Ley Notarial, artículos 1, 2, 6 y 18 numeral 22; Código Civil ecuatoriano artículos 81,

105 al 130, 222, 226, 3333; Código Orgánico General de Procesos, artículo 340; Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 43; y, Código de la Niñez y Adolescencia, artículos 118 al 121; 122 al 125 y Título V del derecho a alimentos; la legislación comparada en los países de Cuba, Perú y Colombia; y, las entrevistas a cinco especialistas en el derecho notarial.

Para el efecto de la presente investigación, se plantea el siguiente **Objetivo General**: Proponer un proyecto de Ley que reforme el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, mediante el cual se establezca un procedimiento para tramitar los divorcios y terminaciones de unión de hecho por mutuo consentimiento sin hijos menores de edad o bajo dependencia y cuando hubiere hijos menores de edad o dependientes, que se resuelva en sede notarial su situación de tenencia, alimentos y visitas.

Como **Objetivos Específicos**, se propone: analizar el contenido el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, del divorcio y terminación de la unión de hecho como figuras jurídicas válidas para dar por terminado el vínculo matrimonial y la unión de hecho; examinar los principios constitucionales y legales que permiten a los notarios ejercer sus facultades exclusivas, entre ellas la de tramitar divorcios y terminaciones de las uniones de hecho por mutuo consentimiento; y, elaborar los presupuestos teóricos necesarios para establecer el procedimiento notarial del divorcio y la terminación de hecho de mutuo consentimiento.

Para este efecto, se elaborará un proyecto de reforma al contenido del numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, que contenga el procedimiento para el divorcio y terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento en sede notarial. Adicionalmente este procedimiento deberá claramente señalar los contenidos de los documentos habilitantes que deben presentarse. Cada método tiene su forma particular de acercamiento al objeto de estudio lo cual origina diferentes clasificaciones.

Por su parte, en la construcción del **marco teórico** y como parte del desarrollo del presente trabajo académico, se encuentra el detalle de los métodos teóricos empleados en la presente investigación, que son: el Método Histórico Lógico. Para aplicar este método de investigación se analizará la evolución que ha sufrido la facultad otorgada a los notarios, para tramitar el divorcio y la terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento, prevista en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley notarial.

La combinación de lo histórico con lo lógico no es una repetición de la historia en todos sus detalles, sino que reproduce solo su esencia. Lo histórico y lo lógico están estrechamente vinculados: lo lógico para descubrir la esencia del objeto requiere los datos que le proporciona lo histórico, de otra manera, se trataría de un simple razonamiento especulativo, sin embargo, lo lógico debe reproducir la esencia y no limitarse a describir los hechos y datos históricos. Estas ideas se resumen en que lo lógico es lo histórico liberado de la forma histórica (Rodríguez P. A., 2017, pág. 189).

Otro método a aplicarse, es el Método de Sistematización Jurídico Doctrinal, se estudiará el ordenamiento jurídico; y, se efectuará un análisis de los criterios que tienen diferentes autores sobre las instituciones jurídicas del divorcio; y, de la terminación de la unión de hecho en concordancia con los respectivos preceptos normativos; También el Método Jurídico- Comparado, el cual tiene como objetivo verificar diferentes realidades jurídicas referente a un mismo tema o concepto, donde se pueden establecer diferencias y semejanzas dentro de un ordenamiento jurídico, lo que permite obtener mejores resultados en la investigación. En la presente investigación se realizará una comparación entre la Legislación de Cuba, Perú y Colombia respecto al Procedimiento del divorcio y la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento en sede notarial, con y sin hijos menores de edad o dependientes.

En relación los **Métodos Empíricos** utilizados en la presente investigación, para caracterizar y diagnosticar la situación problemática en el campo de estudio jurídico, se considerará el análisis documental, legislación comparada; y, entrevistas. Finalmente, el presente trabajo, guarda relación intrínseca con la línea de investigación de la maestría que responde a la actividad notarial propiamente dicha, a las facultades exclusivas de los notarios y al análisis del derecho notarial en su conjunto; y en lo específico al procedimiento del divorcio de mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho en sede notarial. Teniendo como **Novedad Científica** y resultado de alta relevancia social que el divorcio y la terminación de la unión de hecho en sede notarial cuenten con un adecuado procedimiento y sustentación, que respete los principios de legalidad y seguridad jurídica determinados en la Constitución de la República, Código Orgánico de la Función Judicial; y, la Ley Notarial.

Desarrollo

El divorcio y la Terminación de la Unión de Hecho como Instituciones

Para entender el alcance del divorcio o la terminación de la unión de hecho, como instituciones, es imperativo entender que estas figuras tienen como finalidad esencial el poner fin a otras dos instituciones jurídicas, que sirven como antecedentes, y que son: el matrimonio y la unión de hecho, las cuales el sistema legal tienen básicamente como finalidad, el proteger a todos los componentes del núcleo familiar y mediante las cuales se genera una sociedad de bienes que pretende dotar de la suficiente seguridad jurídica y económica a todos sus integrantes.

En una Institución Jurídica existen las leyes y normativas, pero Roca (1946) señala que “El derecho no se crea, sino que sólo se descubre”, en el mundo jurídico, existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre las que el legislador o la costumbre eligen las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo. Existen dos tipos de derechos, el histórico o vertical propio de cada país y el comparado u horizontal, se fundamentan en figuras o instituciones típicas e idóneas, según las particularidades de cada país, establecidas por parte del legislador o la sociedad, mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas (Roca Sastre, 1946).

El matrimonio, en el derecho ecuatoriano, la definición de matrimonio, ha ido variando desde la concepción canónica del mismo hasta la civilista, quedando actualmente definido como un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente. En el caso del matrimonio, por el momento, se lo celebra ante el respectivo funcionario del Registro Civil. Por su parte, la unión de hecho se realiza ante notario de constituir la unión de hecho. En ambos casos existe un acuerdo de voluntades, tanto de los contrayentes como de los convivientes, quienes deben ser personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, se conforma una sociedad de bienes y tienen por objeto intrínseco el proteger a la familia.

José García Falconí (2011), manifiesta que, “Dentro de la evolución histórica de la del matrimonio, éste tuvo una evolución en el Ecuador, a partir de 1895, donde se evidencia el cambio de la esfera del derecho canónico hacia el derecho civilista”.

Esta separación permitió que, en el Ecuador, a partir en 1902, se admita el divorcio como una posibilidad de dar por terminado al vínculo matrimonial, exclusivamente por una sola causal, relacionada con el adulterio de la mujer. A partir de 1904 se añadieron al Código Civil otras dos causales para el divorcio, además del adulterio de la mujer, como fueron el concubinato del marido y atentado de uno de los esposos contra la vida del otro. Y recién, en el año de 1910, se introduce en la normativa ecuatoriana la posibilidad de dar por terminado el vínculo matrimonial por acuerdo entre las partes o como se conoce a dicha institución jurídica como el divorcio por mutuo consentimiento. (Masaquiza, 2014)

En el derecho civil ecuatoriano se establece que una de las formas de terminación del matrimonio es el divorcio; en el artículo 106 del mismo cuerpo legal, se encuentra una definición simple pero precisa de lo que el divorcio implica como institución jurídica, y manifiesta que aquella que disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio. La autora María Pérez Conteras (2010, pág. 47) recuerda que “La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges, no es transmisible, es imprescriptible e irrenunciable y además solo se extingue por la muerte de uno o ambos consortes”.

La terminación del matrimonio. En el sentido civilista, el matrimonio se sujeta de manera general a la teoría general de los contratos, donde se contempla las figuras de la anulación, cuando existen vicios en el consentimiento que afecten a su validez, o por la inobservancia de ciertas solemnidades y formalidades; pero al igual que en cualquier otro acuerdo de voluntades, el matrimonio puede darse por terminado anticipadamente por la simple voluntad de las partes; en donde lo que impera es el consentimiento de los cónyuges bajo un régimen jurídico conocido como el de la jurisdicción voluntaria, tendiente a sustanciarse ante funcionarios auxiliares de la función judicial, cuyo rol está orientado a recoger y formalizar este mutuo consenso.

De acuerdo a la legislación, el matrimonio puede disolverse o terminarse por varias causas: por la muerte de uno de los cónyuges; lo que resulta obvio al ser este un éste un contrato intuitu persona, por lo que su vigencia resulta imposible; por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio, efecto contractual por vicios del consentimiento; por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; que implica la llamada muerte presunta ;

y por divorcio, que implica la voluntad unilateral o de ambos cónyuges de dar por terminada la relación o vínculo matrimonial.

El divorcio. La definición más simple y precisa que existe sobre el divorcio, es aquella que trae la legislación, donde se señala como aquella institución jurídica que disuelve el vínculo matrimonial, la cual recoge la figura de la *dissolutio* de origen en el derecho romano, que se relacionaba con la terminación de las obligaciones entre contratantes. Para Cabanellas (1978), el divorcio es “*La ruptura del vínculo conyugal en vida de los esposos a petición de uno cualquiera de ellos, o de ambos, por virtud de un decreto judicial*”, por lo que además de implicar la ruptura jurídica del matrimonio, éste tiene como efecto el dar por terminada la sociedad de bienes conformada por causa del matrimonio; es decir, hay efectos claramente establecidos, unos de carácter jurídico, relacionado con la terminación del vínculo jurídico del matrimonio; otros de carácter patrimonial, relacionados con los bienes que la pareja obtuvo en su relación; y finalmente otros constitutivos de obligaciones que deben asumir, por la tenencia, alimentos y visitas de los hijos en común menores de edad o dependientes.

En relación a los bienes comunes, hay que considerar que toda sociedad, sea mercantil, civil y en este caso familiar, genera activos y pasivos, para sus asociados o componentes. La disolución de esta sociedad trae a su vez como consecuencia la que sus miembros deban liquidar los bienes, haberes, ganancias, patrimonio, en general activos, y que también deban dividirse los pasivos, deudas y los bienes que eran propios de cada uno de sus asociados. El autor Francesco Carnelutti (1997) precisa correctamente que la terminación de la sociedad de bienes es indefectible en el divorcio, es decir que, aunque los solicitantes no lo pidan, la autoridad está obligada a disolverla.

El divorcio contencioso. En la legislación establece que cualquiera de los cónyuges puede solicitar al juez, la terminación del vínculo matrimonial, por divorcio cuando se presentan causales como: el adulterio, el trato cruel a los miembros del núcleo familiar, la falta habitual de armonía entre los cónyuges, las amenazas graves o tentativa de un cónyuge contra la vida del otro, el involucrar al otro cónyuge o a los hijos en actividades ilícitas, la condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años, la ebriedad o toxicomanía de uno de los

cónyuges, o el abandono injustificado por más de seis meses ininterrumpidos. (Herrera, 2015)

El Divorcio por mutuo consentimiento. Debe tramitarse ante el juez de familia en los casos en que, habiendo hijos menores de edad o dependientes, las cuestiones relacionadas con la tenencia, alimentos y visitas no estén debidamente resueltas o acordadas. Por otro lado, es facultad exclusiva de los notarios, tramitar el divorcio o terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento, cuando no existen hijos menores de edad; y, si existieren, las cuestiones relacionadas con la tenencia, alimentos y visitas si se encuentran previamente resueltas por el juez de familia o mediante acta de mediación.

La fórmula sacramental determinada para el divorcio por mutuo consentimiento es aquella donde los dos cónyuges deben expresar de consuno y claramente o de viva voz, su consentimiento y voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial. En este tipo de divorcio no importa la existencia de causales y tampoco puede existir controversia, porque caso contrario, se transforma en divorcio contencioso. El divorcio por mutuo consentimiento pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria, y ha ido abriéndose paso y cediendo su competencia hacia a los notarios, cuya finalidad es precisamente formalizar la expresión de la voluntad de las partes.

Como se puede observar, con la transición de esta institución jurídica, sometida al concepto canónico del matrimonio, se ha acentuado el carácter civilista de estas dos instituciones jurídicas. El divorcio por mutuo consentimiento, genera un menor impacto con relación al contencioso, porque no necesariamente implica el rompimiento de las relaciones entre los cónyuges, y por el contrario da la posibilidad de crear acuerdos en relación a los hijos, que van a ser de mayor beneficio, comparado con la imposición de una sentencia donde el juez debe imponer y dar la razón a una sola de las partes.

La Unión de Hecho. El estado ecuatoriano ha reconocido constitucional y legalmente como institución jurídica, definiéndola como la unión de dos personas, que han formado un hogar, libres de cualquier vínculo matrimonial; con el efecto de que se genere efectos similares al del matrimonio, entre ellos el surgimiento de una sociedad de bienes entre ellas, y que es reconocida como el quinto estado civil,

junto con los de casado, soltero, divorciado y viudo. La simplicidad de la convivencia, también contribuyó para que las parejas de convivientes, puedan separarse de manera fácil y sin mayor trámite. Con la institucionalización de la unión de hecho, se ha procurado para que, en caso de terminación o separación de la relación de pareja, se reconozca que los dos convivientes tienen derecho a una división de equitativa de los bienes obtenidos durante su unión y que es deber de los convivientes a que, en caso de separación los hijos procreados en esta relación, no queden desprotegidos, reconociéndoles el derecho a que se les regule a su favor los alimentos, tenencia y visitas, de manera similar que en el caso de divorcio.

Para la doctora Mariana Yépez, en su publicación efectuada en la Revista Digital Derecho Ecuador, manifiesta que la unión de hecho es la unión estable y monogámica entre dos personas mayores de edad; libres de vínculos matrimoniales, o de otra unión declarada, es decir que la unión sea firme, sólida y que puede darse entre personas del mismo sexo; la unión de hecho consiste en una declaración de voluntad de los convivientes, expresados ante un notario, a fin de generar un núcleo familiar y una sociedad de bienes; cuya importancia es que, a esta institución jurídica de la unión de hecho, para los efectos jurídicos relacionados con derechos y obligaciones, la asimila con la otra institución denominada matrimonio. (Yepez Andrade, 2015).

Terminación de la unión de hecho. La ley determina que la unión de hecho puede terminar, por mutuo consentimiento de los convivientes, expresado por instrumento público o ante juez; también puede hacerse por la simple voluntad de cualquiera de los convivientes expresada por escrito ante la jueza o el juez competente, en procedimiento voluntario previsto en el código orgánico general de procesos; o, por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona; o por la muerte de uno de los convivientes. Sin embargo, de que se ha pretendido dar a la unión de hecho similares efectos jurídicos que los existentes para el matrimonio; La legislación ha previsto como una de las formas de dar por terminada la unión de hecho, la simple expresión de la voluntad unilateral de uno de los convivientes ante juez y mediante el procedimiento voluntario previsto en el COGEP; y, además ha previsto también que la unión de hecho termina por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona, afectando de esta manera el derecho de contradicción del conviviente que no desea la terminación y

de los hijos menores de edad o dependientes, cuya situación de alimentos, tenencia y visitas no ha sido regulada.

Jurisdicción Voluntaria y Competencia. Como el presente trabajo está orientado a establecer el ejercicio de las atribuciones del servicio notarial, es importante previamente revisar en que consiste la jurisdicción y la competencia y además establecer cuál es la diferencia entre la jurisdicción contenciosa de aquella denominada jurisdicción voluntaria. Así se tiene en primer lugar que la ley define a la jurisdicción, como aquella potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a los jueces y que se ejerce según las reglas de la competencia. La jurisdicción es una manera en que el Estado expresa y cumple uno de sus objetivos, que es el garantizar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.

La ley define a la competencia como la medida de la jurisdicción; como el marco específico dentro del cual actúa el juez, y que se determina por la territorialidad, relacionada con el domicilio, con el fuero de las personas que se refiere a su estatuto personal; con la materia del derecho que se demanda y por los grados dados por las instancias procesales que puedan existir dentro de un proceso. Para el doctor Luis Vargas Hinojosa (2006) la competencia “es la capacidad funcional genérica que, derivada de la ley que otorga el Estado a una institución administradora de justicia a una persona, para que pueda realizar los actos que le permite efectuar el mandato legal dentro del marco de sus funciones”. Bajo estas consideraciones se debe afirmar que los notarios no tienen ningún tipo de jurisdicción, puesto que no tienen ninguna potestad pública de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Por otro lado, si la competencia es la medida de la jurisdicción, entonces los notarios tampoco tendrían ninguna competencia procedimental para actuar. Sin embargo, entre las disposiciones reformativas efectuadas al Código Orgánico General de Procesos, en el año 2015, se menciona a ciertas facultades contempladas en la Ley Notarial, con la referencia y expresión de que se tratan de competencias exclusivas de los notarios.

Entonces podría decirse que en el sistema notarial, la competencia no solo es la medida de la jurisdicción, sino que se trata de aquella capacidad que se otorga a ciertos órganos y funcionarios del Estado para que puedan realizar ciertas actividades específicas; es decir, en este caso, es el poder del Estado, el que le otorga

al Notario, la capacidad para ejercer una denominada competencia notarial, que no es otra cosa que el ejercicio de las atribuciones y facultades, que no se encuentran ni provienen de una jurisdicción contenciosa, sino de aquella denominada como jurisdicción voluntaria. Se establece como jurisdicción voluntaria por que se presenta cuando a contrario de la contenciosa no existen diferencias que remediar en juicio, sino sólo el interés de uno o varios particulares sean personas naturales o jurídicas en el que se necesita que la autoridad con jurisdicción intervenga, o bien cuando la ley expresamente ordena la intervención del juez o autoridad para autorizar algún acto, tal y como sucede en el caso de la enajenación de bienes inmuebles propiedad de menores. (Vásquez, 2016, pág. 21)

La legislación contempla a la jurisdicción contenciosa como aquella en donde se resuelve las pretensiones que tienen contradicción y requiere de un juez o tribunal que las acope o las rechace, es decir negando o concediendo el derecho alegado. En cambio, se entiende como jurisdicción voluntaria, a aquella en que, no existiendo contradicción entre las partes, requiere de una autoridad para que revise que las pretensiones de los interesados se encuentren enmarcadas en derecho y se les conceda o resuelva, con el objeto de que se produzcan ciertos efectos jurídicos. En la jurisdicción voluntaria no hay parte demandante y demandada, sino peticionarios e interesados. (Vegas, 2015, pág. 38)

Para la tratadista María Fernández Egea, la jurisdicción voluntaria es aquella que la ejerce el juez en los actos o los asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admite ni existe contradicción de la otra parte, por cuanto el derecho emana en su parte intrínseca, de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios (Fernández Egea, 2016, pág. 161). Por su parte, Lino Palacio en su obra Manual de Derecho Procesal Civil señala lo siguiente:

Se designa así a la función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas. Como ya se ha destacado, se trata de una función ajena al normal cometido de los órganos judiciales, el cual consiste en la resolución de los conflictos jurídicos suscitados entre dos o más personas (Palacio, 2003, pág. 28).

Lo anterior conlleva a pensar que existe una seria contradicción entre lo que se considera como jurisdicción, que es la potestad pública de juzgar, concediendo o negando una pretensión que es contradictoria para la otra parte; con aquella definición dada a la llamada jurisdicción voluntaria, donde la falta de contradicción es uno de los elementos principales. De esta manera no se entiende la actuación de los jueces en asuntos que donde no tienen nada que resolver ni juzgar, sino únicamente conceder, tramitar o permitir. El autor colombiano Juan Monroy Gálvez (1996), sostiene que *“los procedimientos no contenciosos no son jurisdiccionales precisamente porque no hay conflicto de intereses que resolver y tampoco son voluntarios porque el juez está obligado a tramitarla”*.

Es por esto que la llamada jurisdicción voluntaria no debería estar en la esfera de lo judicial, mientras no se vuelva contenciosa y más bien apoyarse en funcionarios auxiliares de la justicia como son los notarios para que estos intervengan abiertamente en ciertos procedimientos voluntarios que no llevan contradicción y que congestionan los juzgados y tribunales, y que son de simple trámite, como ya lo vienen haciendo actualmente con asuntos relacionados a: extinción del patrimonio familiar, emancipación de los hijos menores, disolución y liquidación de la sociedad conyugal, venta en remate voluntario de bienes raíces de menores que tengan la libre administración de sus bienes, amojonamiento y deslinde de predios rurales, posesión efectiva a favor de herederos, entre otros.

Al respecto, el doctor Diego Chiriboga Pazmiño, en su tesis de maestría, relacionada con las nuevas competencias de los notarios, manifiesta:

Por estas razones se puede decir que, la actividad judicial, que desarrollan jueces y tribunales debe estar enfocada exclusivamente para reintegrar el derecho a quien lo corresponda y no para dar legitimidad o solemnidad a actos, contratos, documentos o actuaciones de exclusivo interés de los particulares, entendiéndose que la jurisdicción voluntaria es un actividad secundaria o accidental que la realizan los jueces cuando sólo tiene por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad, es decir ejerciendo funciones administrativas y que por no tener las características propias de la jurisdicción contenciosa, pueden ser cedidas perfectamente a los órganos auxiliares (Chiriboga Pazmiño, Competencias

procesales previstas para los notarios en el Código Orgánico General de Proceso, 2016, pág. 20).

Los notarios participan privativamente en aquellas atribuciones que la ley ha previsto como exclusivas de su competencia y que tratan sobre asuntos de jurisdicción voluntaria; recordando cómo lo dice el autor Lucan, que en algunos sectores del derecho privado la eficacia de la autonomía de la voluntad viene configurada legalmente de tal modo que para que se produzcan efectos jurídicos, para la plena validez del acto, o para que puedan ejercitarse ciertos derechos o cargos o queden determinadas algunas relaciones jurídicas, es preciso la intervención de una autoridad (Parra Lucan), que en el caso del Ecuador, pueden ser los notarios, quienes a su vez tienen expresamente prohibido intervenir en las funciones propias de jueces o en la llamada jurisdicción contenciosa.

Al ser los notarios depositarios de la fe pública; potestad que tiene el Estado para crear certeza y seguridad jurídica en actos, contratos, documentos, actuaciones y procedimientos; la ley ha previsto su competencia en determinados actos con el objeto de que la actividad judicial, se enfoque exclusivamente a resolver sobre temas contenciosos y contradictorios, y evitar que su tiempo y recursos se destinen a dar legitimidad o solemnidad a ciertos actos. Si se entiende que, la jurisdicción voluntaria es una actividad secundaria o accidental que la realizan los jueces ejerciendo funciones administrativas y alejadas de su jurisdicción contenciosa, se justifica que ciertas actuaciones pueden ser cedidas perfectamente a los órganos auxiliares de la justicia.

El actual Código Orgánico General de Procesos, mantiene el concepto de jurisdicción voluntaria y contenciosa, basada en la existencia o no, de la contradicción entre las partes. Así, se prevé como facultad exclusiva de los jueces el tramitar los divorcios contradictorios o por causal, que es demandado por una sola de las partes y además tienen los jueces la facultad de divorciar por mutuo consentimiento, cuando existan hijos menores de edad o dependientes, siempre y cuando el tema de alimentos, visitas y tenencia, no se ha resuelto.

Nuestra propuesta, como se verá más adelante, consiste en entregar esta facultad de los jueces para divorciar o dar por terminada la unión de hecho o por mutuo consentimiento, en los casos en que, habiendo hijos menores, de edad o dependientes

y el tema de alimentos, visitas y tenencia, no se haya resuelto; a favor los notarios a fin de que sea en sede notarial donde los cónyuges puedan resolver los aspectos relacionados con los alimentos, visitas y tenencia, de los hijos menores o dependientes..

El ejercicio de la jurisdicción voluntaria, en manos de auxiliares de la justicia, como son los notarios, ofrece alternativas de solución a diversas situaciones jurídicas, donde son los propios actores quienes construyen sus soluciones, a medida y a satisfacción de sus propios intereses, sin que exista necesariamente perdedores o ganadores; y, sobre todo sin que el aparato judicial se vea en la necesidad de activarse e intervenir, con los costos y despliegue de recursos humanos que esto representa para el Es cuando no estado, en actuaciones que no constituyen propiamente juzgadoras, resolutivas o dadoras de derechos.

El divorcio y la Terminación de Unión de Hecho, en Sede Notarial

El servicio notarial tiene como piedra angular de su actividad, a la fe pública, que da soporte a la seguridad, validez y solemnidad de los actos y contratos que se realizan para concretar diferentes negocios jurídicos. Sin embargo, no siempre esta actividad está orientada a dar soporte a la formalización de acuerdo de voluntades, dentro de actividades patrimoniales, sino que también puede recoger la voluntad de las personas en actos meramente declarativos, tales como el divorcio o la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento.

La facultad o competencia notarial para tramitar el divorcio y la terminación de unión de hecho, por mutuo consentimiento en los casos determinados en la ley, tiene como intención la des judicialización de este tipo de procedimientos, por considerarse que es parte de la llamada jurisdicción voluntaria, donde los cónyuges o convivientes pueden resolverlos de manera directa, sin necesidad de un pronunciamiento de los operadores de justicia, procurando mejorar el acceso a la justicia, de manera oportuna y eficaz, en donde el notario no está para conceder derechos, sino para solemnizar la voluntad de las partes. Según el autor Leonardo Pérez Gallardo (2007, pág. 65), Notario en Cuba, en relación al debate jurídico sobre la intervención de los notarios en los divorcios consensuales, manifiesta:

La judicialización del divorcio obedece más a razones históricas, fruto de una época en que la jurisdicción y administración estaban encomendadas

a los jueces, que a la propia esencia de esta institución. No ofrece más garantías un Juez que otro funcionario, como pudiera ser un Notario, a quien el Derecho le atribuya funciones controladoras y fiscalizadores del cumplimiento de la legalidad. (...) El Notario, al intervenir en el divorcio, lo haría como creador del nuevo Derecho preventivo, controlando la legalidad de los acuerdos entre los cónyuges, sin contradicciones, ni lesión de los intereses de los menores hijos, ni de una de los cónyuges, de modo que la escritura pública de divorcio está apta para el tráfico jurídico, garantizando la debida publicidad del acto, sin el coste personal y patrimonial que un largo y tortuoso proceso de divorcio en sede judicial causa a todos los implicados en él.

El servicio notarial. A partir de la vigencia de la Constitución del 2008, el servicio notarial tuvo un cambio de modelo y se lo consideró estrictamente como un servicio público, convirtiéndose en órgano auxiliar de la Función Judicial, cuyo objetivo primordial es dar fe pública de actos y contratos; y, cuya actividad se encuentra debidamente reglada en la Constitución, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en su propia Ley. Sin embargo, no siempre las facultades otorgadas a los notarios se encuentran debidamente reglamentadas, dejando vacíos procedimentales como aquel relacionado con el divorcio y la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento en sede notarial.

Efectivamente, el divorcio y la terminación de la unión de hecho en sede notarial enfrentan un vacío de procedimiento a seguir. Según Arellano, la facultad de los notarios para tramitar el divorcio y la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento en sede notarial, no tiene un trámite expreso y establecido en la Ley, por lo que recomienda a los notarios, adoptar un procedimiento basado en lo que contemplaba la norma anterior, antes de la reforma, el mismo que debe recoger la decisión de los comparecientes, fundamentado en su libertad, voluntariedad y seguridad de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho. (Arellano, 2019)

Constitucionalmente, toda persona tiene derecho a una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; y por lo tanto la normatividad jurídica del país debe señalar mecanismos jurídicos expeditos y procedimientos legales previos que garanticen a

las personas la solución de sus problemas sin dilaciones. Este enunciado constitucional, es el fundamento para que el servicio notarial contemple procedimientos adecuados para que sus usuarios encuentren soluciones rápidas a sus requerimientos y peticiones, en aquellos casos en que, no habiendo contradicción, ni nada que resolver, puedan los notarios participar, en función a la llamada jurisdicción voluntaria.

De hecho, el servicio notarial, por su naturaleza y funciones, se sujeta a todo lo que la Constitución y la Ley determina para la prestación de los servicios públicos y al ejercicio de la fe pública, por lo que se requiere estrictamente de actuar con la debida certeza y seguridad jurídica, esto es: que las normas notariales estén debidamente promulgadas y que sus contenidos sean completos, comprensibles, sin ambigüedades que produzcan confusiones; y, que ante el incumplimiento exista una respuesta sancionadora, que permita al destinatario calcular los efectos jurídicos de sus actos celebrados ante el notario; y, que dicha norma sea estable en el tiempo para generar confianza (Muñoz Rivera, 2010).

Como señala el tratadista Roberto Dromi (2001, pág. 73), el servicio público debe ser prestacional, debe ser asumida por la administración pública de manera expresa y concreta, debe prestarse de forma directa o indirecta, debe velar por el interés general sobre el particular, y debe ser prestado conforme a un régimen de derecho público, que lo particulariza e identifica frente a otras actividades administrativas, que le conminan a ser: general, uniforme, continuo, regular, obligatorio y subordinado a la administración pública.

Al haberse considerado constitucionalmente a la actividad notarial como un como un servicio público, prestado como órgano auxiliar de la Función Judicial, implica que el notario es un servidor público, cuya función principal es ser depositario de la fe pública. Este concepto también se lo recoge en el Código Orgánico de la Función Judicial, donde se adiciona otras características, tales como que el servicio que presta el notario debe ser personal, autónomo, exclusivo e imparcial. Pero, es en la Ley Notarial, donde se encuentran detalladas las facultades de los notarios.

Al examinar que la actividad notarial, se rige por ciertos principios que son propios que pueden ser concordantes y complementarios con los principios del

derecho registral, para el caso que amerita relacionado con el divorcio y la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento, en la sede notarial, se debe revisar los principios que necesariamente deberán aplicarse para el ejercicio de esta facultad notarial.

Principios Notariales. Como ya se anticipado en este trabajo, la actividad notarial esta reglamentada básicamente por las normas contempladas en la Constitución, en el Código Orgánico de la Función Judicial; y, en la Ley Notarial, pero también existen otras leyes que también hacen referencia a la actividad notarial de manera específica. Adicionalmente, el servicio notarial se rige por principios jurídicos que están enunciados en dichas normas jurídicas y que son las únicas fuentes del derecho notarial, puesto que, ni la costumbre, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, podrán ser aplicadas en el ejercicio de esta potestad pública. (Castillo, 2014)

De esta manera tenemos que existen principios jurídicos que necesariamente deben ser observados y respetados en la actividad notarial; y si bien la actividad notarial en nuestros países está sujeta a los principios del notariado latino, esta actividad debe sujetarse a los principios e instituciones jurídicas de cada país y que no son iguales, por cuanto el origen de estos principios se encuentra en la Constitución y en la Ley de cada país. Los principios de la actividad notarial, no son debidamente tratados por la doctrina en el Ecuador, pero en el presente trabajo se hará mención a aquellos principios jurídicos que básicamente se encuentran contemplados para la Función Judicial, del cual el notariado es su órgano auxiliar. (Torres, 2011)

Principio de Supremacía Constitucional. Este principio se refiere a la obligación que tienen todos los funcionarios judiciales, incluyendo evidentemente a los órganos auxiliares, de aplicar las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. Este principio puede amparar a aquellos notarios que actualmente están tramitando divorcios por mutuo consentimiento o terminaciones de unión de hecho, en el sentido de que no puede dejarse de prestar un servicio público, al no haberse contemplado una norma procedimental para aplicar esta facultad notarial.

Principio de Seguridad Jurídica. En el ejercicio de la actividad notarial debe prevalecer el principio relacionado con la seguridad jurídica, que se refiere a la necesidad de que existan en forma previa normas jurídicas claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, permitiendo un estado en las personas que perciben satisfacción y tranquilidad por observar cómo se garantiza y como se materializa el catálogo de valores que posee el ordenamiento jurídico (Gallego Marín, 2012), razón por la cual y en concordancia con lo que establece la Ley Notarial, el procedimiento para el divorcio por mutuo consentimiento y la terminación de la unión de hecho en sede notarial, debe estar debidamente reglado y previsto.

Como se ha manifestado, a partir de la reforma al numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, se modificó y aumento la facultad notarial para que los notarios deban tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, sin hijos menores de edad y también en los casos en que existan hijos dependientes, siempre y cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente. Sin embargo, esta reforma suprimió por completo el procedimiento que dicho artículo preveía para la sustanciación en sede notarial del divorcio y de la unión de hecho; de la misma manera que suprimió en el procedimiento especial, que debían observar los jueces para el divorcio.

Frente a la inexistencia de un procedimiento definido para aplicar esta facultad notarial, los notarios han tenido diversas reacciones. Para algunos, la falta de procedimiento definido le ha motivado para abstenerse de tramitar los divorcios o terminaciones de uniones de hecho que se presentan en las notarías. Para otros notarios, en el afán de prestar un servicio público y no dejar a los peticionarios sin una solución, aplican el antiguo procedimiento señalado por la Ley Notarial, antes de ser reformada; y, finalmente hay otros notarios que en aplicación a principios notariales como el de la rogación, proceden de conformidad con las instrucciones dadas en el petitorio presentado por los interesados.

Como ya se manifestó antes, la Constitución consagra el derecho a la seguridad jurídica, fundamentado en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, bajo este sentido y de conformidad con lo que establece la Ley Notarial, los notarios no deberían tramitar las peticiones

de divorcio o terminación de la unión de hecho, bajo el principio de legalidad, puesto que, ni la costumbre o las leyes análogas pueden ser fuente del derecho notarial, sino exclusivamente debe aplicarse lo que la Ley Notarial u otras disposiciones de leyes expresamente lo determinen.

Jorge Zabala Egas (2009), en su publicación sobre la seguridad jurídica, afirma que la seguridad jurídica no se reduce a un puro legalismo y que requiere consolidarse en su faz objetiva, tanto estructural como funcionalmente, así como en su faceta subjetiva en condición de certeza, para lo cual cita a la doctrina española que indica que la Seguridad jurídica es un término idóneo para comprender cualquier fórmula dirigida a contrarrestar todo tipo de peligro para la confianza de los ciudadanos en el Derecho, sea cual fuere la naturaleza del riesgo y de la incidencia subjetiva inherente a él, bien se trate de certeza estable en el conocimiento de la norma, de fe en el correcto funcionamiento de las instituciones, o de conciencia del propio valor en la comunidad jurídicamente ordenada.

Principio de la Fe Pública. La fe pública es el principal principio en el que se fundamenta la actividad y servicio notarial. De acuerdo a la Constitución y a la Ley, los notarios son funcionarios públicos, investidos para dar fe pública, a efecto de dar validez, formalidad y seguridad jurídica a los actos y contratos en los cuales interviene. El término fe, proviene de la institución del derecho romano fides que consistía en la certeza de que algo es verdadero a pesar de no haber estado comprobado de manera personal. Por lo que la fe pública es la certeza que toda la sociedad debe tener sobre un hecho.

Según el Diccionario Jurídico Español de la Real Academia Española, la fe pública es la facultad que están investidos determinados agentes para certificar que les consta que son verdaderos y auténticos, es la autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario. (Real Academia Española, 2017)

Principio de Objetivación en el servicio notarial. Uno de los principales principios que se fundamenta la actividad notarial es el principio de objetivación,

que hace referencia a que los notarios deben prestar sus servicios sujetándose estrictamente a los criterios objetivos previos y que se encuentran establecidos en las normas jurídicas relacionadas con el derecho notarial, y en la Ley Notarial, puesto que de ninguna manera la actividad notarial puede fundamentarse en interpretaciones subjetivas, como el criterio propio del notario, en su libre entendimiento o interpretación, o en otras fuentes como la jurisprudencia, la costumbre o la doctrina. (Mariaca, 2012)

Principio de Legalidad Notarial. Otro de los principios notariales es el relacionado con la legalidad, que se refiere al estricto sometimiento a la Ley; considerando que la Ley Notarial es una rama del Derecho Público, que si bien regula relaciones entre privados, su carácter es imperativo, debiendo el notario ser responsable del control de la legalidad de los actos y contratos que se formalizan ante él, verificando que tanto el objeto y la materia sobre el cual recae la actuación notarial sea lícita aplicando los procedimientos establecidos para ese efecto. La Ley señala que el notario puede negarse a autorizar actos y contratos y a redactar escrituras, cuando tuviere razón o excusa legítima para hacerlo. (Unión Internacional del Notariado, 2013)

Principio de Interpretación de Normas Procesales. La Ley Notarial determina que se aplicaran las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, aun en caso de oposición con las normas previstas en la propia ley notarial, esto se entiende por la naturaleza constitucional y legal de la función notarial, como un órgano auxiliar de la Función Judicial. Por lo tanto, se podría aplicar el principio de Interpretación de Normas Procesales, señaladas den la Ley, donde se dispone que cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho. Este principio podría facultar a los notarios a llenar la falta de un procedimiento para la aplicación de la facultad de tramitar los divorcios en sede notarial. (Mogrovejo, 2011, pág. 41)

Las normas procedimentales son orden público y su cumplimiento es obligatorio y en caso de que existan dudas en su aplicación interpretación, la ley obliga al operador de justicia a que se atenga a los principios constitucionales y a los principios de interpretación de las normas procesales, porque caso contrario, atenta contra el principio de legalidad antes señalado haciendo que los jueces se

transformen en legisladores. Este es el caso de los notarios, que carecen de una norma precisa que señale el procedimiento para tramitar los divorcios por mutuo consentimiento.

En el presente caso y bajo el principio de interpretación de normas procesales, previsto en la Código Orgánico de la Función Judicial, debería acudir a las normas análogas que para estos casos se podría haber previsto en el COGEP. El problema surge cuando el procedimiento especial que contemplaba el artículo 340 del COGEP para el divorcio y terminación de la Unión de Hecho, por mutuo consentimiento, también desapareció con la Ley Reformatoria de 26 de junio de 2019. Dejando únicamente el procedimiento general que se aplica para todos los casos de Jurisdicción Voluntaria, entre ellos el divorcio por mutuo consentimiento, establecido en el artículo 335 de dicho cuerpo legal.

Este es el motivo por el cual no puede aplicarse para el sistema notarial el principio de interpretación de las normas procesales, ante el vacío o falta de procedimiento, para que los notarios puedan tramitar los divorcios y terminaciones de unión de hecho por mutuo consentimiento, en virtud de que en el artículo 335 del COGEP, para los casos de Jurisdicción Voluntaria, no puede de ninguna manera ser observado por los notarios, contemplan acciones propias de un juzgador, como son: el calificar la demanda, valorar la prueba y sentenciar; actuaciones completamente extrañas, ajenas e imposibles en el ejercicio del servicio notarial.

Principio de economía procesal. Se podría denominar a la economía procesal como un principio informativo que posee el derecho procesal, teniendo como característica básica que alguna acción intuitiva, e influye en la estructura de un proceso, para alcanzar su fin, ahorrando esfuerzo y costos. Este principio es aplicado a través del tiempo, esfuerzo y costos, cuando se habla del tiempo es que se logra a la mayor brevedad posible el desarrollo del proceso, se refiere al esfuerzo o trabajo al perseguir la mínima complejidad, máxima sencillez, disminución de todo los inconvenientes y menos complicaciones para alcanzar la solución y terminación del proceso, en lo que se refiere al costo, se trate lo posible de gastar lo mínimo en cada acto procesal. (Carretero, 2008).

En relación al divorcio y a la terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento en sede notarial, este principio es muy importante por cuanto, no

solo ayuda a la descongestión del aparato judicial, sino que además constituye un ahorro de tiempo y un menor desgaste emocional de las partes, permitiendo que la voluntad de los comparecientes se ejecute de una manera rápida y oportuna, dentro de un tiempo relativamente corto, comparado con lo que sucede en la vía judicial.

Principio de concentración. Se la considera como la posibilidad de alcanzar la mayor actividad de un procedimiento en una audiencia oral, considerando el menor número de sesiones posibles, va unido a la continuidad, en sus distintas fases procesales. Es necesario la concentración de todas las partes procesales, es decir peritos, testigos, entre otros, aglutinando sustanciación para el proceso. La concentración y continuidad determinan lógicamente justicia pronta y expedita. Este juicio oral se realiza sin ningún tipo de interrupción injustificada, esto forma parte principal como instrumento de derecho. (Ministerio Publico de la Defensa, 2008).

En nuestra Constitución se determina que la justicia debe ser rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. El haber permitido que los notarios puedan divorciar o dar por terminado la unión de hecho por mutuo consentimiento, donde toda la tramitación se reduce prácticamente a una petición, a un reconocimiento de firmas de dicha petición y a la ratificación oral de la voluntad de los comparecientes, de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho, implica la idónea aplicación de este principio.

Principio de Rogación. De conformidad con nuestra ley, el notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia los hechos que ocurran en su presencia. Entre sus deberes está el receptar personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio; y, acudir inmediatamente que sean llamados para desempeñar algún acto en que la ley prescriba su intervención.

Por todo lo expuesto, se puede apreciar que el Notario no es un funcionario que pueda actuar de oficio, sino que requiere la petición o requerimiento para que

éste realice o intervenga en algún acto notarial; y, de manera especial, en el divorcio o terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento, en donde el notario recoge la voluntad de los intervinientes, a diferencia de lo que sucede en el divorcio contencioso.

La rogación produce en todo caso un importante efecto, la constitución de una relación jurídica entre el Notario y los requirentes, distinta de la relación jurídica sustantiva que vincula a las partes. Se trata de una relación de carácter formal, de la que ha quedado excluido todo contenido sustantivo, y que genera ex lege ‘obligaciones’ para el Notario y solamente ‘cargas’ para sus requirentes. ... A pesar de cuanto antecede, el principio de rogación conserva importancia, al poner de manifiesto el primer plano que en la actuación notarial ocupan las relaciones y los intereses de los particulares. Los fines públicos primordiales del Notariado radican en que las relaciones privadas se desenvuelvan en libertad y justicia, con minoración de las asimetrías y de la litigiosidad, con seguridad y eficacia, implantando así los valores y principios constitucionales en el ordenamiento jurídico privado. (Rodríguez A. A., 2018)

Principio de Imparcialidad. Nuestra Ley determina que el ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial. Mediante este principio de imparcialidad, se impone a los notarios la obligación de prestar su servicio sin favorecer a ninguno de los comparecientes de manera especial y por encima de las otras personas que requieran de su actuación; debido al carácter delicado, de confianza y de fe, que los usuarios del servicio notarial depositan en este funcionario público, en la seguridad de que sabrá interpretar y recoger su voluntad de debida y legal forma.

Principio de Inmediación. Al igual que en el principio de imparcialidad, nuestra Ley determina que el ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial. En este caso, se determina que la actividad notarial es personal, por cuanto es únicamente el notario quien puede dar fe de la voluntad de los cónyuges en divorciarse o de la pareja en dar por terminada la unión de hecho, en donde además de la petición correspondiente, existe otra instancia en donde los comparecientes de consuno y ante el notario, en presencia de él, ratifican de viva voz su voluntad de disolver su vínculo matrimonial o su unión.

La inmediación es un principio notarial de extrema importancia, por cuanto es el notario el único responsable de verificar que no existan vicios en el consentimiento de los otorgantes, lo cual acarrea la nulidad del instrumento público; de igual manera le corresponde examinar si los otorgantes, que acuden ante él, tienen la capacidad suficiente para hacerlo, la libertad con que proceden, es decir sin coacción, amenazas, temor reverencial, promesas o seducción, además el notario debe examinar si los comparecientes conocen sobre el objeto y el resultado del acto o contrato que están realizando.

En la doctrina, se considera a la inmediación como una vinculación íntima por parte del jugador y las partes, que cuenta con un argumento probatorio, debido a que hay acceso directo al material del proceso desde el inicio hasta la terminación. La inmediación como la mediación es compatible tanto con la escritura como con la oralidad. Dentro del sistema acusatorio, la inmediación en el artículo 192 señala que un sistema procesal que utilizado como medio de justicia, dando garantías en el debido proceso que se ejecute adecuadamente el principio de inmediación. La inmediación es el principio más importante en un sistema procesal, debido a que toda prueba actuada se la realiza ante la presencia de los jueces, esto puede percibir directamente la oralidad de las partes de manera directa y por otra parte la inmediación (Saquisela, 2010).

Principio del Interés Superior del Menor. A pesar que este principio no es estrictamente un principio notarial, pero es importante mencionar que, el principio jurídico relacionado con el interés superior del niño, debe ser tomado en cuenta de manera especial, para los casos de divorcio o de terminación de la unión de hecho. Este principio reconoce que los menores deben ser tutelados y cuidados por el Estado de manera especial, en aplicación de sus derechos y garantías, puesto que, por su carácter de vulnerabilidad debe protegérselos con la finalidad de resguardar el bienestar físico y emocional del menor, que garantice su desarrollo integral, más aun si su entorno familiar se disuelve o se vuelve disfuncional, por motivo del divorcio de sus padres (Carretero, 2008).

Procedibilidad del divorcio y de la terminación de la unión de hecho en sede notarial. El numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, a pesar de no contemplar un procedimiento, si estableció ciertos requisitos de procedibilidad para poder realizar el divorcio o la terminación de la unión de hecho en sede notarial. En primer

lugar, que no tengan hijos menores de edad o dependientes, y que, en caso de haberlos, que exista una resolución judicial donde se resuelva sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos, sujetándose a lo que establece el Código de la Niñez y Adolescencia.

La tenencia implica el confiar el cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, teniendo en cuenta lo más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia. Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. Para Juan Pablo Cabrera (2010, pág. 36) la tenencia es una institución jurídica utilizada entre padres e hijos, ya que, en caso de separaciones o divorcios, los padres luchan por la seguridad, protección y sobre todo el cuidado del hijo menor bajo el amparo de uno de ellos, y así mantener su desarrollo, pero para obtener esta tenencia debe ser autorizado por el juez competente, velando siempre por el interés superior del niño ya sea su seguridad y cuidado.

El régimen de visitas se establece para el progenitor a cuyo cargo no quedo la tenencia del menor. El régimen de visitas, constituye un derecho y a su vez una obligación para el progenitor que no ha obtenido la tenencia, pero en realidad es un derecho de los hijos, de poder pasar tiempo de calidad con sus dos padres. Por lo tanto, cuando no se ha establecido una custodia compartida, el progenitor que no tiene la tenencia posee el derecho a pasar tiempo con sus hijos, con la finalidad de que éstos no pierdan relación con ambos progenitores en beneficio de sus necesidades emocionales y educativas.

El derecho a alimentos implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los menores o dependientes, lo cual incluye: la alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; a la salud integral, como son la prevención, atención médica y provisión de medicinas; a la educación; Al cuidado personal ;al vestuario adecuado; a la vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; al transporte; a la cultura, recreación y deportes; y, a la rehabilitación y ayudas técnicas si el menor o dependiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

El termino dependientes se utiliza para referirse a las personas titulares del derecho a alimentos y agrupa a todos aquellos hijos descritos en el Código de la Niñez y Adolescencia, esto son en primer lugar los menores de edad, en segundo lugar a los adultos de hasta 21 años que se encuentren realizando estudios que les impida o dificulte ejecutar actividades productivas y que no posean suficientes recursos económicos; y, en tercer lugar a todas personas de cualquier edad, que padezcan de problemas físicos o mentales que les impida procurarse los medios de subsistencia por sí mismas. (Andrade, 2016)

Otro de los requisitos de procedibilidad para acceder a este procedimiento notarial del divorcio o terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento, es que en caso de que la pareja tenga hijos menores de edad o dependientes y que no se haya obtenido una resolución judicial previa donde se resuelva sobre la situación económica de los hijos menores de edad o dependientes, es que estas circunstancias se hayan acordado en un centro de mediación debidamente autorizado, y que se adjunta el acta de mediación respectiva.

Se entiende como acta de mediación, aquel documento que recoge los acuerdos al que han llegado las partes con el objeto solucionar una controversia, la misma que tiene como característica especial, que ésta tiene la calidad de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, la misma que de ser incumplida será presentada al Juez de la materia para su ejecución. El acta de mediación debe contener la suficiente motivación que haga referencia al consentimiento libre y voluntario de las partes, su capacidad, a la transmisibilidad de la materia controvertida y detallada en los puntos de acuerdo y de su ejecución (Cabrera, 2010)

No todos los centros de mediación consideran que los asuntos de tenencia de menores son materia transigible donde la simple voluntad de las partes, permita llegar a un acuerdo. Así, por ejemplo, en los centros de mediación de la Función Judicial, únicamente se abordan los aspectos relacionados con alimentos y visitas, dejando para que el tema de la tenencia sea resuelto por juez de familia. Estos centros de mediación son los más utilizados en el país por las parejas que desean divorciarse, por su carácter de gratuidad en la prestación de sus servicios; y la gran mayoría de peticiones que se presentan a los notarios son efectuadas ante estos centros de mediación.

Lamentablemente, la presentación de actas de mediación incompletas por la falta de acuerdos sobre la tenencia de los hijos menores o en dependencia, conforme manda la ley, obliga a que los notarios no puedan tramitar las peticiones de divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, con hijos menores o dependientes, obligando a que los peticionarios acudan a otro centro de mediación privado, en detrimento de la efectividad y economía que se busca en el uso de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Por lo expuesto, esta sería una razón adicional para proponer en la reforma legal correspondiente, que contemple un adecuado procedimiento para la aplicación del numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, que legitime la actuación de los notarios y dote de seguridad jurídica a las actas notariales que contienen la voluntad de las partes de divorciarse por mutuo acuerdo y consagre el derecho constitucional a una tutela efectiva por parte del Estado.

Metodología

La presente investigación expondrá las características de la metodología que fue utilizada para elaborar el presente trabajo de investigación, el que se le reconoce bajo un enfoque cualitativo. Su alcance busca lograr que se apruebe y se reforme la Ley notarial, a fin de que se dote a los notarios de un procedimiento adecuado para la aplicación del numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial. Se sitúa como un tipo de investigación no experimental y transversal, con métodos teóricos y empíricos concretos.

En la elaboración de este trabajo se proponen dos componentes en la metodología, primeramente, la construcción de un marco conceptual sobre el divorcio y la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento como instituciones jurídicas; y en segundo lugar se analiza la actuación de los notarios para tramitar las peticiones de divorcio y la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento en sede notarial, mediante la realización de entrevistas a notarios del cantón Quito y Rumiñahui, para finalmente proponer una reforma legal al numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial.

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo, por haber observado los fenómenos jurídicos que se derivan de la aplicación del Código Orgánico General de Procesos y la Ley Notarial; y, en especial al entendimiento directo de las

consecuencias jurídicas que se derivan de una falta de procedimiento en los casos de divorcio y terminaciones de uniones de hecho consensuadas. Es así que, en la elaboración del presente trabajo académico, se ha construido un desarrollo conceptual de cinco elementos claves relacionados al problema planteado: La institución del matrimonio y unión de hecho, la función notarial, la jurisdicción voluntaria, las facultades exclusivas notariales y los elementos de procedibilidad para el divorcio o unión de hecho consensuales. Lo cual, en el uso de inducción y técnicas de hermenéutica jurídica, se ha construido un acápite por el cual se plantea una propuesta de procedimiento para el divorcio y terminación de unión de hecho en sede notarial.

Mediante este diseño de investigación se busca analizar el objeto de estudio que es el divorcio y la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento como instituciones jurídicas, con un análisis doctrinal y de la norma, para la correcta aplicación de un procedimiento predeterminado, que dé la suficiente seguridad jurídica en los actos notariales. Es por esto, que el enfoque metodológico no es estático, sino que se va alimentando mediante un proceso que se denomina retroducción, que consiste en dar solución a la necesidad de los usuarios para tramitar sus peticiones de divorcio o terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento a través de un procedimiento notarial, contemplado normativamente.

Alcance de la investigación.

El alcance de esta investigación, es exploratorio, descriptivo, y explicativo. Es en primer orden **exploratorio** porque permite identificar una realidad jurídica que hace poco no existía y que solamente se produjo como consecuencia de una reforma realizada a la Ley Notarial en el 2019, explicada por medio de un análisis exegético de las normas vigentes y contrapuestas a la doctrina jurídica de aceptación mayoritaria. Es **descriptiva** porque de forma taxativa señala distintos presupuestos para que se consolide o conforme los derechos establecidos en la norma analizada, determinándose de forma clara y precisa cuál es las relaciones que existen entre todas las unidades de análisis.

Además, permite la caracterización de los procedimientos, características y demás particularidades del campo de investigación, que conlleva abstraer todos los

aspectos y relaciones del objeto de estudio en la actividad práctica jurídica. Finalmente, la presente investigación tiene un alcance **explicativo** porque busca, no solo encontrar las razones o causas que ocasionan el fenómeno estudiado, sino que propone una solución que evitará se continúe con dicho fenómeno y permitiría que el actuar del notario, no se encuentre fuera de la legalidad y constitucionalidad.

Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis.

El divorcio y la terminación de la unión de hecho como instituciones, es desarrollado como objeto de estudio en la presente investigación verificando junto al campo de estudio el alcance doctrinario y legal de las mismas. Se profundiza la institución del matrimonio, la de unión de hecho y la forma de terminar ambas. Lo cual permite entender que dicha terminación puede ser realizada a través de operadores auxiliares de la función judicial. En consecuencia, también se realiza una explicación conceptual y legal de la función notarial y se verifica los requisitos legales que le permiten a los notarios intervenir en los casos relacionados al fenómeno estudiado. Para tal efecto, se verifica de forma cualitativa, el accionar de distintas notarías del país.

Para caracterizar y diagnosticar la problemática presentada en el campo de estudio la presente investigación, se utilizan los métodos de análisis documental, entre los que se tiene la normativa relacionada al objeto y campo de estudio que guardan relación con la practica notarial relacionada al divorcio; además de aplica el método de derecho comparado entre la legislación cubana, peruana y colombiana; y, por último se realizará entrevistas a profundidad a notarios, sobre el ejercicio de sus competencias en relación al divorcio en sede notarial.

Los instrumentos utilizados en esta investigación esta relacionadas con un análisis situacional de lo que acontece en la actualidad en el Ecuador referente a las competencias que posee el notario para con sus obligaciones, y cual es la perspectivas de aumento de sus responsabilidades, siendo necesario el uso de instrumentos cualitativos que son las entrevistas realizadas a los experto en el área notarial y el derecho, esto hace que la información recogida este acorde con los objetivos del estudio, y la línea de investigación planteada. En el cuadro siguiente se establece El divorcio y terminación de la unión de hecho como instituciones y se considera como dimensión El divorcio y la terminación de la unión de hecho en sede notarial, se establece el estudio a través de Análisis de documentos y del

derecho positivo y la legislación comparada con países como Cuba, Perú y Colombia, sumando a ello cinco entrevistas a expertos en el tema.

Tabla 1

Cuadro Metodológico

CATEGORIA	DIMENSIONES	INSTRUMENTOS	UNIDAD DE ANALISIS
El divorcio y terminación de la unión de hecho como instituciones	El divorcio y la terminación de la unión de hecho en sede notarial	<p>Análisis de documentos y del derecho positivo</p> <p>Legislación Comparada</p> <p>Entrevistas a profundidad</p>	<p>Constitución de la República del Ecuador, artículos 75, 82, 178 inciso 3, 190. 199, 200.</p> <p>Ley Notarial, artículo 18 numeral 22.</p> <p>Código civil artículos, 81, 105 al 107, 222, 226.</p> <p>Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, artículo 61.</p> <p>Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 43.</p> <p>Código de la Niñez y Adolescencia, 118 al 120; 122, artículo enumerado 2 y 3 del Título V del derecho a alimentos.</p> <p>Cuba, Perú y Colombia</p> <p>Cinco (5) notarios.</p>

Elaborado por: Abg. Carmen Álvarez Pacheco

Criterios éticos de la investigación.

La ética es, ante todo, filosofía práctica, cuya tarea no es precisamente resolver conflictos, pero sí plantearlos. Ni la teoría de la justicia ni la ética comunicativa indican un camino seguro hacia la sociedad bien ordenada o la comunidad ideal del diálogo que postulan. Y es precisamente ese largo trecho que queda por recorrer y en el que demanda una urgente y constante reflexión ética. La presente investigación se ciñe en un criterio ético tanto de la investigadora, como de los entrevistados, para las cuales se han solicitado las autorizaciones correspondientes; así como de la revisión documental de las actas de mediación emitidas por mediadores en los centros de mediación del país, quienes actúan en su ejercicio profesional con ética en cada uno de sus casos, en tanto que en los resultados se puede obtener un razonamiento coherente.

La investigación cualitativa comparte muchos aspectos éticos con la investigación convencional. Así, los aspectos éticos que son aplicables a la ciencia en general son aplicables a la investigación cualitativa. Lo que puede decirse de las relaciones de la ciencia con los valores de verdad y justicia se aplica correctamente también a esta modalidad de investigación, en efecto se ha cumplido con este criterio que tiene un enfoque pragmático hacia el debido proceso en todas las etapas, inclusive en las previas.

Resultados

El análisis documental y entrevista a profundidad, en su orden, permiten alcanzar los objetivos específicos planteados, pues del análisis de la norma se permite analizar el contenido, límite y alcance de las instituciones del divorcio y de la terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento en sede notarial. Mientras que las entrevistas efectuadas a los notarios permitirán contemplar la necesidad de implementar un procedimiento para aplicar la facultad prevista en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, mediante la respectiva reforma a esta norma legal.

Análisis Documental

El análisis documental permite alcanzar los objetivos planteados en la siguiente investigación, mediante el estudio y análisis de la norma jurídica. A continuación, se enuncia la normativa legal aplicable en esta investigación. Se presentan los

artículos de la Constitución de la República del Ecuador, de la Ley Notarial, del Código Civil, Código Orgánico General de Procesos, de la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Proceso, de la Ley de Arbitraje y Mediación, del Código de la Niñez y la Adolescencia, en consonancia con la investigación, y su respectivo análisis que resultan relevantes porque hilvanan aspectos sustanciales que permiten dar el sustento jurídico necesario para efectuar la reforma requerida para dotar un procedimiento adecuado para aplicar la facultad prevista en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial.

Constitución de la República del Ecuador, Artículos 75, 82, 178, 190, 199, 200.

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Si la Ley Notarial, no prevé un mecanismo para el divorcio o terminación de la unión de hecho con o sin hijos, por mutuo consentimiento, se debería respetar la garantía constitucional de una tutela efectiva, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, lo cual implica que el servicio público que prestan las notarías, no podrían dejar de proporcionárselo a los peticionarios, que para el presente caso, se asemejaría a dejarles en estado de indefensión, al no dar trámite a su petición de divorcio o terminación de la unión de hecho, por falta de procedimiento.

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Zavala Egas (2009) en su análisis efectuado sobre la teoría de la seguridad jurídica, cita al autor Anselm VON FEUERBACH, quien se refiere a la Ley debe ser manifiesta, con la exigencia de la claridad y evitar su oscuridad, su doble sentido; debe evitarse la ausencia de lagunas, que siempre debe haber una repuesta normativa a cualquier situación de hecho que se produzca. Para lo cual debe preverse un sistema de integración, la interpretación extensiva, la analogía y la aplicación de los principios generales del

Derecho y esta forma, evitar las llamadas lagunas normativas constitutivas de inseguridad jurídica.

Es derecho de todos los ecuatorianos de tener un procedimiento claro y concreto, no sujeto a interpretaciones de parte de los notarios, que permita presentar y tramitar solicitudes de divorcio o terminaciones de unión de hecho, por mutuo consentimiento, con la finalidad que estas peticiones y actos no lleguen a ser dictaminados como nulos en un futuro.

Art. 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz. La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.

Este artículo dota a los notarios de la calidad de órganos auxiliares de la Función Judicial, es decir que estos funcionarios dadores de la fe pública, deben coadyuvar y apoyar a los jueces y tribunales, razón por la cual se les ha dado a los notarios de varias atribuciones que antes eran de competencia de la Función Judicial. Esta calidad de auxiliares, se encuentra resalta expresamente en lo que determina el artículo 3 de la Ley Notarial, que indica que en caso de oposición entre lo que dispone la Ley notarial y el Código Orgánico de la Función Judicial, se aplicaran las disposiciones del Código orgánico de la Función Judicial.

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

El reconocimiento constitucional de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos en aquellas materias transigibles, constituye el reconocimiento de que las partes involucradas en una controversia, es decir los propios actores del conflicto están en plena capacidad de encontrar sus soluciones mediante el apoyo y facilitación de una tercera persona neutral, sin verse en la

necesidad de activar el aparato jurisdiccional. Este tipo de mecanismos contribuyen significativamente a la desconcentración de causas en los juzgados y tribunales.

Art. 199.- Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarías y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarías y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley.

Este artículo constitucional determina que los servicios que presta la función Notarial son públicos, cambiando anteriores paradigmas que mantenían a esta función, como privada y prácticamente alejada de cualquier control de algún organismo regulador, como actualmente lo ejerce el Consejo de la Judicatura. Es así que, los notarios deben prestar sus servicios de conformidad con lo que establece la Constitución y la Ley, contemplados para el servicio público, lo cual implica que no exista la posibilidad de suspenderle y ser proporcionados, bajo los parámetros de calidad que se exige para su prestación.

Art. 200.- Las notarías y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarías y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

En este artículo constitucional se resume la naturaleza del notariado ecuatoriano y latino en general, puesto que los define a los notarios como depositarios de la fe pública, la cual es trascendental para la celebración y formalización de ciertos actos y contratos y en general a muchos negocios jurídicos, entre ellos el divorcio y la terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento, en donde debe recogerse y dar fe de la voluntad consensuada de las partes involucradas. Además,

deja en claro que la función notarial, tiene un ente regulador encargado del nombramiento de los notarios, periodos de duración y requisitos.

Código Civil, Artículos 105, 106, 107, 222, 226.

Art. 105.- El matrimonio termina: 1o.- Por la muerte de uno de los cónyuges; 2o.- Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio; 3o.- Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y, 4o.- Por divorcio.

Art. 106.- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado. Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge.

Art. 107.- Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges: 1o.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio; 2o.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y, 3o.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.

El Código Civil establece entre las formas jurídicas de terminación del matrimonio, al divorcio, que como ya se dijo, aparece en la legislación a partir del alejamiento del matrimonio como institución, del derecho canónico y su introducción en el derecho civil, esta circunstancia permitió que el vínculo matrimonial pueda darse por terminado, conforme a la definición de divorcio, que está dada como la institución que disuelve el vínculo matrimonial. El divorcio puede ser solicitado unilateralmente, cuando existe cualquiera de las causales contempladas en la ley, pero también puede solicitarse por mutuo consentimiento.

Art. 222.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código,

generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

Este artículo recoge todos los preceptos ya contemplados en el artículo 68 de la Constitución, cuyo objeto es proteger a las familias ecuatorianas, tomando en cuenta la realidad socio económico, donde predomina este tipo de circunstancias. Lo interesante de este artículo y que ha sido reformado varias veces, es que permite la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, pero con la condición de que esta unión se dé entre personas que no mantengan ningún vínculo matrimonial; y, además reconoce a esta institución los mismos derechos y obligaciones que tiene el matrimonio.

Art. 226.- Esta unión termina: a) Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante un juez de lo civil. b) Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante el juez de lo civil, la misma que será notificada al otro, en persona, o mediante tres boletas dejadas en distintos días en su domicilio. c) Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona; y, d) Por muerte de uno de los convivientes.

Este artículo determina al igual que en el matrimonio, contempla la forma como puede darse por terminada la unión de hecho, estableciendo que se puede hacer por mutuo acuerdo expresado en instrumento público, Lo inadecuado esta, que entre sus causales, se encuentra la del matrimonio de uno de los convivientes con un tercero o por la simple voluntad de uno de los convivientes ante un juez de lo civil; lo cual puede dejar en circunstancias precarias al otro conviviente o a los hijos o dependientes de ambos, por cuanto estas situaciones no han sido debidamente solucionadas.

Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos.

Artículo 61.- Sustitúyase el artículo 340 por el siguiente texto: "Art. 340.- Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. - El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente, se sustanciará ante la o el juez competente.

Mediante esta reforma se limitó la atribución exclusiva de los jueces para tramitar el divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, solo cuando no se encuentre resuelta previamente situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos, de los hijos dependientes. Este es el único caso en que es competencia de los jueces. Adicionalmente se puede apreciar que con esta reforma se suprimió todo el procedimiento exclusivo que antes tenían los jueces para tramitar este tipo de demandas; quedando el procedimiento que de manera general se prevé para los denominados Procedimientos Voluntarios.

Ley Notarial, Artículo 18.

Art. 18.- Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes. 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 Ley, y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente.

Este es el artículo central del presente trabajo, donde se puede apreciar que esta facultad exclusiva para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, puede hacerse en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente. Sin embargo, en este artículo, con la reforma efectuada se suprimió todo el procedimiento para que los notarios puedan tramitar dichas peticiones, sin que exista ninguna norma a la cual puedan asimilar el procedimiento para estos casos.

Ley de arbitraje y mediación, Artículo 43

Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

Este artículo recoge el reconocimiento efectuado a la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, que lo realiza el artículo 190 de la

Constitución, para que puedan solucionarse controversias en materias que puedan ser transigidas por las partes. Como ya se dijo, es mecanismo constituyente el reconocimiento de que, sin necesidad de la intervención de jueces o tribunales, las partes mediante la ayuda de una tercera persona denominada mediador, quién actúa como facilitador, puedan explorar sus intereses y propender a encontrar acuerdos, que satisfagan mutuamente sus pretensiones, lo cual contribuye significativamente a la desconcentración de causas en los juzgados y tribunales.

Código de la Niñez y Adolescencia, Artículos 118, 119, Título V del derecho a alimentos, Artículos enumerados, 2, 3.

Art. 118.- Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior.

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia. - Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores.

El Código de la Niñez y Adolescencia define lo que significa la tenencia de los menores y es concordante con la obligación que tienen los jueces de familia de resolver en base de lo que ellos creen lo más conveniente para el desarrollo integral del menor, lo cual se lo hace en función de informes de sociales y familiares previos, resoluciones que pueden ser modificadas en cualquier momento cuando varíen las circunstancias. En tema de menores de edad y familia, no existe cosa juzgada, es decir que pueden variar en el futuro por cuanto el derecho de familia es un derecho que se ajusta a lo social.

Art. ... (2). - Del derecho de alimentos. El derecho a alimentos es connatural a la relación parentofilial y está relacionado con el derecho a la vida, la

supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye: 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; 2. Salud integral: ¡prevención, atención médica y provisión de medicinas; 3. Educación; 4. Cuidado; 5. Vestuario adecuado; 6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; 7. Transporte; 8. Cultura, recreación y deportes; y, 9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

Art. ... (3). - Características del derecho. Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos.

Estos dos artículos agregados establecen y definen lo que es derecho a los alimentos y una de las características esenciales de este derecho es la irrenunciabilidad del mismo y la no admisión de compensación alguna. Aspectos muy importantes que deben ser tomados en cuenta al momento de llegarse a un acuerdo privado sobre este tema. El derecho de alimentos es una protección especial que se da a los hijos menores de edad y dependientes para que tengan la oportunidad de sustentarse, formarse y educarse adecuadamente, por lo que este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación.

Discusión

Una vez evidenciado los resultados existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el objeto de efectuar un mejor análisis normativos relacionados con las instituciones del divorcio y de la terminación de la unión de hecho en sede notarial, es necesario y oportuno revisar como los países, Cuba, Perú y Colombia, han tratado a las mismas, tomando en cuenta que los principios notariales contemplan al notario no solo como un agente dador de fe pública, sino que además es titular de algunos procedimientos de la llamada jurisdicción voluntaria. Esta comparación permitirá revisar el grado de desarrollo del divorcio y de la

terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento, en sede notarial; y, además la evolución del notariado latino asumiendo nuevas facultades que van acordes con la corriente jurídica moderna, que procura la desconcentración judicial, mediante la cesión de asuntos relacionados con la jurisdicción voluntaria, donde se entrega un rol más activo a los usuarios o peticionarios del sistema.

Cuba. Al igual que los demás países latinoamericanos, contempla en su legislación a la institución jurídica del divorcio, desde los principios del siglo XX. De conformidad a lo que establece el artículo 50 del Código de Familia, el divorcio en Cuba puede ser otorgado por sentencia judicial o escritura notarial. Mediante Decreto-Ley N.º 154/1994, de 6 septiembre de 1994, se emite un reglamento para el trámite de los divorcios en sede notarial, donde se contempla que las parejas puedan por mutuo consentimiento dar por terminado su vínculo matrimonial, a fin de descongestionar a los tribunales populares de justicia y dejar a éstos los divorcios contenciosos. Pueden divorciarse en sede notarial con o sin hijos menores de edad.

Lo interesante del procedimiento del divorcio en sede notarial en Cuba es que, al mismo tiempo que se solicita la terminación del vínculo matrimonial, también se presenta la petición y la forma como debe liquidarse la sociedad conyugal, para lo cual debe adjuntarse la prueba del matrimonio, de los hijos existentes y del inventario de los bienes y propiedades en común. La petición puede hacérsela personalmente o mediante procuradores judiciales.

Dentro del trámite, son los peticionarios, quienes deben presentar las convenciones en cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes menores; la determinación de la guarda y cuidado de los hijos; el régimen de comunicación de los hijos menores con el padre al que no se le confiera la guarda y cuidado; determinación del cónyuge que prestará la pensión que corresponda a cada uno de los hijos y su cuantía; la determinación del cónyuge que pasara pensión alimenticia al otro, si procediere, las convenciones que hayan determinado sobre la vivienda; y, el destino de los otros bienes que conforman la comunidad matrimonial de bienes, si los cónyuges determinaran liquidarla en el propio acto.

Al Notario le corresponde analizar las convenciones de los cónyuges y, en especial, las referidas a las relaciones paterno-filiales sobre patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación con éstos y

pensiones, evitando que atenten contra: el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores, la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos, la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos, la salvaguarda de los intereses de los hijos y el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres.

El ejercicio notarial en Cuba, en los trámites de divorcio por mutuo consentimiento, rebasa el rol típico que en otros países tiene el notariado latino. No se limita a recoger la voluntad de las partes, sino que, además, califica la procedencia de la petición, realiza control de la legalidad y de los términos de las convenciones de los cónyuges, a fin de que no se lesione los derechos de los menores. El Notario está en la facultad de dar traslado al Fiscal la solicitud de divorcio, cuando existan razones por las que considera que los acuerdos de los cónyuges pudieran lesionar los intereses de los hijos comunes menores; a fin de que este resuelva si el trámite debe continuar.

En Cuba a la Unión de Hecho está contemplado en el Código de Familia, se la otorga ante un Tribunal y se la define como a la unión matrimonial entre un hombre y una mujer, es decir no se acepta entre parejas del mismo sexo; con aptitud legal para contraerla, y que reúna los requisitos de singularidad, lo cual implica que no exista otro matrimonio u otra unión; y estabilidad, lo que alude a la constancia, durabilidad, permanencia, invariabilidad, firmeza, inalterabilidad, solidez. Esta unión surte todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente. No requiere de ningún espacio de tiempo para ser reconocido. (Ordellin, 2014)

La unión matrimonial o el matrimonio no formalizado, no tiene un trámite expreso para su terminación, sino que basta la mera voluntad de los convivientes. Sin embargo, este tipo de uniones tiene los mismos efectos que el matrimonio y por lo tanto debe ser liquidada la sociedad de bienes existente entre la pareja y resuelta todos los aspectos relacionados con los hijos menores en común. Esto puede hacerse en sede notarial o en caso de controversia ante los tribunales populares. (Clasco, 2007)

Perú. Contempla dentro de su legislación la posibilidad de que los notarios puedan divorciar por mutuo consentimiento. El divorcio en sede notarial se la

realiza siempre y cuando no haya hijos comunes menores de edad, y en caso de haberlos, al igual que en el Ecuador, debe existir previamente una sentencia judicial firme o acta de conciliación respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad. Para el caso de hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar, además, con la copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de aquellos, y el nombramiento de su curador, carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales o contar con escritura pública de sustitución o de liquidación del régimen patrimonial, inscrita en los Registros Públicos.

El trámite del divorcio notarial implica que el notario verifique el cumplimiento de los requisitos preestablecidos y documentos habilitantes, convocando a una audiencia única en un plazo de 15 días. En la comparecencia, los cónyuges ratifican su solicitud de separación. La Ley permite a las partes poder concurrir a dicha audiencia a través de sus representantes. De ratificarse, el notario declarará la separación convencional por acta notarial. Transcurridos dos meses de declarada la separación convencional, cualquiera de los esposos podrá solicitar al notario la disolución del matrimonio. La solicitud será resuelta dentro de los quince días siguientes. Finalmente, el notario deberá notificar el divorcio en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos; después se da parte al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. (Fernandez C. A., 2017)

En cuanto a la unión de hecho, la Constitución Política de 1979, y el Código Civil en su artículo 326, la reconocen como la unión estable entre varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable. Mediante la Ley N° 29560 de 16 de junio de 2010, se incorpora en la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, las facultades para que los notarios puedan tramitar el reconocimiento de unión de hecho. (Bustamante, 2017)

También se señala allí que, si los convivientes desean dejar constancia de haber puesto fin a su estado de convivencia, podrán hacerlo en la escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social, para este caso no se necesita hacer publicaciones. El reconocimiento del cese de la convivencia se inscribe en el Registro Personal. Como se puede apreciar, tanto el otorgamiento de la unión de

hecho como su terminación o cese se puede dar en sede notarial, de la misma manera que sucede en nuestro país. (Rodríguez D. E., 2016)

Colombia. El divorcio express o divorcio por notaría es la manera más sencilla para dar por terminado el contrato matrimonial, se lleva cabo y de manera eficaz a través de un acto de mutuo acuerdo entre la pareja, sin importar que se posean bienes, tengan deudas o hijos dentro de la sociedad matrimonial. El procedimiento se realizará mediante se realizará a través de un abogado, el cual se reunirá con las partes para que de común acuerdo lleguen a un arreglo, que posteriormente se legalizará ante un notario mediante escritura pública. El termino puede variar si existen o no hijos y se dará de 3 a 30 días.

La base legal del divorcio express o notarial es el decreto 4436 del 28 de noviembre de 2005, el cual reglamenta el artículo 34 de la Ley 962 de 2005 señalando los derechos notariales adecuados. Si hay hijos menores comunes a los cónyuges es obligatoria la intervención del ministerio fiscal, labor desempeñada por el llamado “defensor de familia”, cuyo dictamen también es vinculante para el notario y para los cónyuges, quienes deben modificar el convenio para adaptarlo, pues, de lo contrario, solo cabe el divorcio judicial.

Para el trámite de divorcio express o notarial sin hijos ni bienes, se presentan los siguientes requisitos: buscar la asesoría legal de un abogado, ya que la ley colombiana exige que todo divorcio sea notarial o no, se realice a través de un abogado titulado; una vez se contrate al abogado y se le dé el respectivo poder, el abogado procederá a redactar el acuerdo de divorcio, así como la solicitud de disolución conyugal ante la notaria seleccionada para tal fin; validación que se cumple con todos los requisitos del divorcio por mutuo acuerdo; Una vez se completen la totalidad de los requisitos exigidos por la ley, estos deberán ser radicados ante una notaría. Posteriormente la notaria o notario validará el cumplimiento de todos los requisitos, y de estar completos procederá con la formalización de la cesación de los efectos civiles del matrimonio mediante escritura pública.

Adicionalmente se deberá enviar notificación a la notaría donde se registró el matrimonio, así como a las notarías donde se encuentre registrado el registro civil de nacimiento de cada uno de los exesposos, para su correspondiente modificación.

Si existen hijos menores de edad, se realizará un trámite adicional en el divorcio express o notarial, adjuntando los siguientes requisitos: Bajo la asesoría de su abogado los interesados deberán adicionar el acuerdo al que se llegó respecto a la custodia y visitas de los hijos menores; el notario o notaria, deberá enviar el acuerdo referente a los hijos al defensor de familia más cercano o en su defecto al ICBF (Instituto de Bienestar Familiar). En este caso el trámite se demorará 30 días hábiles adicionales, dado que este es el tiempo estipulado por la ley para que aprueben el acuerdo referente a la custodia, cuota de alimentos y régimen de visitas.

En el caso que el defensor de familia no apruebe el acuerdo registrado referente a los hijos, el abogado deberá contestar las correcciones solicitadas, ocasionando un retraso adicional. La razón de este proceso adicional es el de velar por los derechos de los menores, los cuales están regulados por el código de infancia y adolescencia. Se considerará que los interesados han desistido de la solicitud de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, si transcurren dos (2) meses desde la fecha en que el instrumento fue puesto a su disposición, sin que concurran a su otorgamiento.

En la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso se protocolizará la solicitud, el poder, las copias o certificados de los registros civiles y el concepto del Defensor de Familia, una vez satisfechos los requisitos sustanciales y formales exigidos en la ley, el notario autorizará la escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso e inscribirá en el Libro Registro de Varios; y comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados. Como en Cuba, tampoco es necesaria la homologación judicial para la anotación respectiva del divorcio en el Registro Civil. En cuanto a los efectos, queda disuelto el matrimonio civil y cesan los efectos del matrimonio religioso.

Mediante Ley 54 de 28 de diciembre 1990 se reconoce a la Unión de Hecho como aquella unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular, constituyéndose una sociedad patrimonial común. Esta Ley fue reformada el 26 de julio de 2005, para establecer unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes y se

permite efectuarle por mutuo consentimiento mediante escritura pública ante Notario y por acta de Conciliación en un centro de conciliación. (LEY 979, 2005)

Una vez que se ha analizado la normativa legal vigente de los países de Cuba, Perú y Colombia, y comparado con nuestra realidad jurídica, es imperativo que revisemos nuestra practica notarial, y en el campo, analizar los criterios que diferentes notarios tienen sobre la aplicación de su facultad para divorciar o dar por terminada la unión de hecho, por mutuo consentimiento en sede notarial. Para lo cual se transcribe las siguientes entrevistas realizadas a cinco notarios, que actualmente se encuentran en funciones.

¿Tramita usted en su Notaria peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento?

De los cinco notarios entrevistados, existió un notario, que se niega definitivamente a tramitar peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento, por determinar que no existe un procedimiento claro que les faculte para actuar. La mayoría de notarios si acepta y tramita estas peticiones, por considerar que existiendo una norma que los faculte, deben prestar de todas maneras el servicio notarial, por ser éste un servicio público. En conclusión, no todos los notarios tramitan este tipo de peticiones, por considerar que existe un vacío legal, en cuanto al procedimiento a aplicarse.

¿Existe un procedimiento determinado en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial para tramitar usted en su notaria las peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento?

Conforme se ha venido analizando en el presente trabajo y del análisis realizado a la norma, las respuestas obtenidas por todos los notarios consultados, son concordantes con los antecedentes empíricos, en el sentido de que no existe un procedimiento en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial para tramitar usted en su Notaria las peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento. En conclusión, todos los notarios coincidieron que las reformas últimas efectuadas a este artículo, suprimió el procedimiento que existía antes de la Reforma legal.,

¿Cuál es el procedimiento que aplica para tramitar usted en su notaria las peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento?

Los notarios que tramitan las peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento, son variados. Para algunos notarios, el procedimiento que aplican es el mismo que existía con anterioridad a la reforma efectuada el 26 de junio de 2019. Otros notarios aplican un procedimiento propio, adaptado al anterior, donde han retirado algunos pasos; y, finalmente otros han dejado que sean los propios peticionarios quienes en su solicitud determinen un procedimiento a seguirse, basados en el principio legal de petición y rogación. En conclusión, no existe uniformidad en las actuaciones notariales relacionadas con este tema.

¿Cuál es el fundamento legal que le permite aplicar un procedimiento para tramitar usted en su Notaria las peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento?

Todos los notarios consultados y que tramitan este tipo de peticiones coinciden que no existe fundamento legal directo para aplicar un procedimiento, pero se fundamentan en el derecho de rogación, en el tema constitucional de que no pueden abstenerse a prestar un servicio público a la homologación de normas que señala el Código Orgánico de la Función Judicial, entre otros. En conclusión, no existe coincidencia entre los notarios el fundamento legal que le permite aplicar un procedimiento para tramitar las peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento, pero todos coinciden que esto podría afectar a la seguridad jurídica de sus actos.

¿Para los usuarios del servicio notarial, resulta fácil el Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento, con hijos menores de edad o dependientes?

Todos los notarios coinciden que el problema del Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento, con hijos menores de edad o dependientes, radica en las actas de mediación, que en su mayoría provienen del Consejo de la Judicatura y que no hace referencia al aspecto relacionado con la tenencia. Esto ha originado a que, en algunas ocasiones para continuar con el

respectivo trámite, los usuarios tengan que acudir a otro centro de mediación, privado, que cubran el aspecto de tenencia que no fue mediado. Esto ha incrementado los costos del trámite de divorcio y ha generado malestar entre los usuarios.

Propuesta

La propuesta para el presente trabajo de investigación nace de una necesidad de orden jurídico y social, con el afán de contribuir con la Función Judicial bajo la premisa de que el servicio notarial puede ayudar a cumplir con los principios procesales de simplificación, celeridad y economía procesal que contempla el artículo 169 de la Constitución y dotar de seguridad jurídica a los actos realizados por los notarios. La propuesta planteada en esta investigación tiene por objeto, el implementar un procedimiento para la aplicación del numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, la misma que debe hacerse por vía de una reforma legal, por cuanto se está afectando el sentido mismo de la ley, lo cual requiere de otra ley de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 141 de la Constitución. El procedimiento que se propone para la aplicación del numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, debe contener los siguientes parámetros: una petición formulada por parte de los dos conyugues o convivientes, donde expresen su voluntad de disolver el vínculo matrimonial o dar por terminado la unión de hecho, patrocinada por un abogado.

La Función Notarial tiene como principio rector al principio de rogación, puesto que ésta no actúa sin una petición de los interesados, que active este tipo de jurisdicción voluntaria, la misma que debe ser voluntaria y expresa al momento de solicitar la realización de un acto notarial. Los notarios no actúan de oficio, sino a petición de parte o a requerimiento de una autoridad judicial o administrativa, semejante al principio dispositivo judicial (Villaro, 2005).

El derecho de petición, es conceptualizado de la siguiente manera:

(...) supone que toda persona puede acudir a las autoridades competentes por algún motivo de interés colectivo o general. El concepto suele estar vinculado al documento que se presenta ante una autoridad y que es firmado por muchas personas. En este sentido se tiene además que exponer que en España existe lo que se conoce como derecho de petición. Se trata de un derecho, recogido en la propia

Constitución, mediante el cual cualquier persona puede dirigirse a los poderes públicos para darles cuenta de un hecho o bien para poder reclamarles que actúen en una determinada línea. Además, esta petición deberá contener las firmas y rubricas las mismas que deberán ser reconocidas formalmente ante el Notario, con el objeto de asegurarse la identidad y la voluntad real de los peticionarios. Al respecto, Jorge Andrade Martínez, aclara que:

El reconocimiento es el hecho por el cual una persona comparece ante el notario y reconoce como suyas la firma y rúbrica que constan en un instrumento; el notario deja constancia de dicho acto, y en la autenticación, es el notario quien acredita que la firma constante en un documento pertenece a determinada persona por haber sido estampada en su presencia. Pero, el reconocimiento para que tenga valor y haga tanta fe como el instrumento debe hacerse ante un juez civil, o ante el notario, pero mediante escritura pública (Andrade, 2016, pág. 51).

Para el caso de la petición de divorcio por mutuo consentimiento o terminación de la unión de hecho, cuando no existan hijos menores de edad o dependientes, añadiendo a los nasciturus, deberá efectuarse una declaración juramentada en ese sentido, con la finalidad de no contrariar lo establecido en el artículo 107 del Código Civil. En este caso la declaración juramentada servirá de prueba para que el Notario pueda proceder, sin que sea necesario exigir una resolución judicial previa o acta de mediación, donde se encuentre resueltas los aspectos relacionados con la tenencia, alimentos y visitas de los hijos o dependientes. Al respecto, hay que recordar que las declaraciones juramentadas, solamente son consideradas como tales, cuando son rendidas a una autoridad o cuando la propia norma le otorga dicha calidad (Stein, 2008, pág. 19).

Lógicamente, cuando no se ha dicho la verdad en la declaración juramentada, se configura el delito de perjurio, el cual es un delito que consiste en mentir estando bajo juramento, de conformidad a lo que reza el artículo 270 del COIP:

Artículo 270.-Perjurio y falso testimonio. - La persona que, al declarar, confesar, informar o traducir ante o a autoridad competente, falte a la verdad bajo juramento, cometa perjurio, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años; cuando lo hace sin juramento, cometa falso

testimonio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. De igual modo, se comete perjurio cuando a sabiendas se ha faltado a la verdad en declaraciones patrimoniales juramentadas o juradas hechas ante Notario Público.

Para el caso de la petición de divorcio o terminación de la unión de hecho, cuando si exista hijos menores de edad o dependientes, se debe presentar la respectiva resolución judicial donde conste que los aspectos de la tenencia, visitas y alimentos, se encuentra resuelta. Al respecto, se entiende por resolución judicial:

(...) todo pronunciamiento de los jueces y tribunales, a través de los cuales acuerdan determinaciones de trámite o deciden cuestiones planteadas por las partes, incluyendo la resolución del fondo del conflicto y, aun cuando no existe un criterio claramente establecido para clasificar a las resoluciones, un sector importante de los códigos procesales mexicanos adoptan una clasificación tripartita, dentro de la cual establecen, que resoluciones pueden ser los decretos, autos y sentencias; los primeros, son simples determinaciones de trámite, los segundos son aquellos que deciden cualquier punto del proceso y las sentencias son las que resuelven el fondo del negocio (Tribunales Colegiados del Circuito, 1992).

Para el caso en que, habiendo hijos menores de edad o dependientes, y no se cuente con una resolución judicial o acta de mediación donde se encuentra resuelto los aspectos de tenencia, visitas y alimentos; si no que estos aspectos podrían ser acordados por las partes en la respectiva audiencia ante el Notario; recordando que, de manera general, una audiencia es un proceso que se desarrolla ante un tribunal o una entidad pública para la resolución de un conflicto o para el aporte de pruebas o testimonios en el marco de un litigio (Pérez, s.f.).

En la presente propuesta, no se estaría dando facultades de mediador al Notario, sino que el como encargado de dar fe pública, recoja los acuerdos de voluntades, debidamente apegados a la Ley, a fin de evitar mayores costos y tiempos a los usuarios del sistema. Hay que recordar que no todos los centros de mediación son gratuitos; y, aquellos que sí lo son, como el caso de los de la Función Judicial, demoran mucho en fijar el día de la Audiencia de Mediación o simplemente no

median sobre el tema de tenencia de menores; debiendo acudir inclusive dos veces a diferentes centros de mediación para suplir esta problemática.

El notario, de conformidad con la petición efectuada por los propios usuarios, fijará la fecha y la hora en que se producirá la respectiva audiencia, donde se ratifique la voluntad de los peticionarios de dar por terminado el matrimonio o la unión de hecho y de ser el caso se acuerde también los aspectos de tenencia, visitas y alimentos, bajo los parámetros previstos en el Código de la Niñez y Adolescencia. Esta audiencia podría producirse el mismo día de la presentación de la petición, puesto que no se evidencia una razón para diferirle, salvo el esperar un futuro arrepentimiento, circunstancias que rebasa la esfera de lo jurídico. Sin embargo y si las partes lo desearan podría efectuarse dentro de un plazo de hasta diez días, luego de presentada la petición.

De no darse la audiencia por ausencia de una de las partes, el Notario podrá por una única vez volver a convocar la audiencia dentro de un plazo de hasta cinco días. De no darse la audiencia o acuerdo, el notario guardará todo lo actuado en el respectivo libro de diligencias, con la respectiva razón. En el caso de haber total acuerdo en la voluntad de terminar con el vínculo matrimonial o con la unión de hecho, y que estén debidamente acordados los aspectos de tenencia, visitas y alimentos, de los hijos menores de edad o dependientes, bajo los parámetros previstos en el Código de la Niñez y Adolescencia; el Notario levantará un Acta que recoja lo acordado, la misma que deberá ser suscrita por los comparecientes.

Con el objeto de dar la publicidad necesaria y registrar el cambio en el estado civil, y además que se ejecute lo acordado en relación a los menores, el notario enviará el acta antes referida dentro de los siguientes treinta días al Registro Civil, en coherencia con lo que señala el artículo 63 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y al Sistema Único de Pago de Alimentos S.U.P.A, de la Función Judicial.

Art. 63.- Obligación de notificar. Están obligados a notificar, en un plazo no mayor a treinta días, la terminación de la unión de hecho para su registro en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación el notario, juez o agente diplomático o consular, con la remisión de la sentencia ejecutoriada,

declaración juramentada o información sumaria de los dos convivientes, según el caso. (Asamblea Nacional, 2015)

Cabe mencionar que el Consejo de la Judicatura, implemento el Sistema Único de Pensiones Alimenticias que de conformidad con lo manifestado en su Resolución número 198-2015, es un sistema informático desarrollado por que permite administrar todos los procesos de pensiones alimenticias y sus particularidades. Estos procesos se encuentran registrados y organizados a través de códigos que identifican a sus respectivos actores y a sus tarjetas, en las cuales se identifican los registros pormenorizados de las transacciones efectivamente realizadas por la recaudación de pensiones alimenticias.

Título

Reformas al Código Orgánico General de Procesos y a la Ley Notarial

Justificación de la Propuesta

Esta propuesta nace de una necesidad de orden jurídico y social, basada en mi experiencia personal como abogada y asesora notarial, en el afán de contribuir con la función judicial bajo la premisa de que la función notarial en el Ecuador, puede ayudar a cumplir con los principios procesales de simplificación, celeridad y economía procesal que se contemplan en el Art. 169 de la Constitución de la Republica y dotar de seguridad jurídica a los actos realizados por los notarios.

La propuesta planteada en esta investigación tiene por objeto el implementar un procedimiento para la aplicación del numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento y a la terminación de la unión de hecho, en sede notarial. La misma que debe hacerse por vía de una Reforma Legal, por cuanto no solo se está dando el procedimiento para aplicación de una ley, sino que además se está afectando el sentido mismo de la susodicha ley.

Objetivo de la propuesta

Objeto general

Modificar al numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial para que las actuaciones procedimentales de los notarios, relacionados con el divorcio por mutuo consentimiento y a la terminación de la unión de hecho, en sede notarial, cuenten con un procedimiento establecido.

Objetivos Específicos

Permitir un mejor acceso por parte de los usuarios del sistema notarial, para tramitar divorcios y terminaciones de uniones de hecho por mutuo consentimiento, en sede notarial.

Dar seguridad jurídica a las Actas que recogen las peticiones relacionadas con el divorcio por mutuo consentimiento y a la terminación de la unión de hecho, en sede notarial

Modelo operativo de la propuesta

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Quito, 10 de noviembre del 2019 - No 1

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que, el artículo 75 de la Constitución de la República dispone que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”;

Que, el artículo 169 de la Constitución de la República señala: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”;

Que el artículo 199 de la Constitución de la República establece que “Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarías y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios serán fijados por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determina la ley”;

Que, el artículo 200 de la Constitución de la República dispone: “Las notarías y notarios son depositarios de la fe pública, serán nombrados por el Consejo de la

Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un plazo no menor a tres años. Las notarías y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución”;

Que, es deber fundamental del Estado Ecuatoriano garantizar la seguridad jurídica y propender a la vigencia del principio de generalidades de las leyes y eliminar cualquier discriminación entre sus habitantes;

Que, la normativa vigente sobre el procedimiento para el divorcio por mutuo consentimiento y para la terminación de la unión de hecho, en sede notarial, no determina un procedimiento en el cual la Función Notarial, pueda fundamentar sus actuaciones;

Que es imprescindible reformar la normativa legal pertinente con la finalidad de implementar un procedimiento para el divorcio por mutuo consentimiento y para la terminación de la unión de hecho, en sede notarial y que se ha puesto en consideración para la Asamblea Nacional a efecto que guarde relación y conformidad a los principios constitucionales, derechos y garantías; y, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales expide la siguiente:

Ley Reformatoria a la Ley Notarial

ARTÍCULO UNICO: Refórmese el numeral 22 del artículo 18 de la Ley notarial por el siguiente texto:

“NUMERAL 22: Tramitar y solemnizar las peticiones de divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia según lo previsto en la Ley, y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos sea resuelta previamente mediante resolución judicial dictada por Juez competente o por los peticionarios, en la audiencia de divorcio o terminación de la unión de hecho.

Para el efecto, en caso de que no existan hijos comunes menores de edad o dependientes, los cónyuges o convivientes, expresarán conjuntamente en el

petitorio, bajo juramento, este hecho y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial o dar por terminada la unión de hecho.

De haber hijos comunes menores de edad o dependientes, los cónyuges o convivientes, expresarán este hecho en el petitorio, y adjuntarán la resolución judicial dictada por Juez competente, que demuestre que la situación de los hijos menores de edad o dependientes, en relación a los aspectos de su tenencia, visitas y alimentos, se encuentran debidamente resueltos; o en su defecto, anticiparán que estos aspectos serán acordados conjuntamente por los peticionarios en la respectiva Audiencia.

El notario mandará a que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas puestas en la petición y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, que podrá efectuarse en el mismo día de la presentación de la petición o dentro de un plazo de hasta diez días. De no darse la audiencia por ausencia de una de las partes, el Notario podrá por una única vez y previa petición, volver a convocar la audiencia en un plazo de hasta diez días. De no darse la audiencia, o de no haber acuerdo, el Notario sentará la respectiva razón y archivara lo actuado.

En la audiencia los peticionarios deberán ratificar su voluntad de divorciarse o de dar por terminado la unión de hecho, haciendo constar, en el caso de haber hijos menores de edad o dependientes, los acuerdos sobre la tenencia, visitas y alimentos, deberán ser efectuados bajo los parámetros y condiciones previstos en el Código de la Niñez y Adolescencia, el Notario levantará un Acta que de fe de lo acordado y de la declaración de terminación del vínculo matrimonial o de la unión de hecho, la misma que deberá ser suscrita por los comparecientes, y remitida dentro de los siguientes treinta días por el Notario, al Registro Civil para su marginación; y al Sistema Único de Pago de Alimentos y a los Juzgados de la Niñez y Adolescencia.

Los sistemas de correo y firma electrónica podrán utilizarse para la notificación señalada en esta Disposición. Los cónyuges o las personas en unión de hecho podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales.

DISPOSICIÓN FINAL. -Esta Ley entrará en vigencia, a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve.

Evaluación de la Propuesta

Una vez que sea aprobado por la Asamblea Nacional el texto de reforma, se garantizará que los notarios están actuando con la debida seguridad jurídica y bajo los principios de una tutela efectiva, en los trámites y peticiones de divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, en sede notarial.

Conclusiones

Las reformas que se emitieron a la Ley Notarial, contenidas en las reformas al Código Orgánico General de Procesos, buscaron dotar de mayor celeridad a la administración de la justicia, ampliando la facultad de los notarios en lo relacionado con el trámite de los divorcios y terminaciones de unión de hecho por mutuo consentimiento. Sin embargo, con estas reformas se suprimió el procedimiento que debía ser observado por los notarios y que se encontraba íntegramente contemplado en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial.

El servicio notarial es un servicio público que debe ser ejecutado conforme lo dispone la Constitución de la Republica, razón por la cual no puede ser suspendido, sin embargo, los notarios deben sujetarse a principios tales como el de la objetivación, el de legalidad, el de seguridad jurídica y el de interpretación de normas procesales. De conformidad con las entrevistas realizadas y el análisis de este trabajo, los notarios que aceptan los trámites de divorcio y terminación de la unión de hecho, no estarían aplicando estos principios.

Las actuaciones de los notarios de manera general han contribuido para descongestionar a los juzgados y tribunales de aquellas actuaciones, en donde no se debe juzgar o dirimir, permitiendo a los operadores de justicia concentrarse en las tareas propias de su ejercicio jurisdiccional. El mundo en general camina hacia esa nueva visión en donde la jurisdicción voluntaria debe ir imponiéndose la jurisdicción contenciosa, en donde los mecanismos alternativos de solución de conflictos, se imponga frente a aquellos que impliquen solamente ganadores y perdedores. Los notarios lo han hecho bien y han contribuido significativamente a la desconcentración de procesos en la función judicial.

A medida que se va dotando a los notarios de nuevas facultades, se está reconociendo, que la jurisdicción voluntaria envuelve una actividad que no es de carácter jurisdiccional, es decir que no es contenciosa, y que debe ser encargada a funcionarios administrativos o los auxiliares de la función judicial como son los notarios, quienes investidos para dar fe pública y están en la capacidad de legitimar actuaciones jurídicas no controversiales. Este trabajo considera que el camino correcto y conforme al derecho moderno, los jueces deben estar para juzgar y

dictaminar el derecho, no para solemnizar actos o contratos; las voluntades expresadas en estos actos voluntarios, constituyen actos materialmente administrativos y que perfectamente pueden ser de exclusiva competencia notarial.

Es imperativo que los notarios cuenten con las herramientas necesarias para el ejercicio de sus competencias, razón por la cual se hace indispensable proponer un proyecto de Ley que reforme el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, mediante el cual se establezca un procedimiento para tramitar los divorcios y terminaciones de unión de hecho por mutuo consentimiento sin hijos menores de edad o bajo dependencia y cuando hubiere hijos menores de edad o dependientes, que se resuelva en sede notarial su situación de tenencia, alimentos y visitas.

Recomendaciones

Mientras no exista un procedimiento claramente establecido y definido, donde se señale como deben los notarios aplicar la facultad prevista en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, para tramitar el divorcio o la terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento, éstos funcionarios deberían abstenerse de continuar haciéndolo, por ser inaplicable dicha norma, en función de los principios de objetivación, el de legalidad y seguridad jurídica., que debe primar en todas sus actuaciones.

Con el objeto de que exista total claridad para los diferentes centros de mediación del país, así como para coadyubar a los notarios que sí tramitan divorcios y terminaciones de unión de hecho por mutuo consentimiento en sede notarial, el Consejo de la Judicatura, debería instruir sobre lo relacionado con la transmisibilidad de los aspectos relacionados con la tenencia de menores, a fin de que las actas de mediación, utilizadas como habilitantes para los procedimientos de divorcio en sede notarial, no adolezcan de ningún vicio, que pueda acarrear la nulidad.

La actividad de los assembleístas debe estar orientadas a usar adecuadamente técnicas legislativas, en virtud de las cuales obtengan como resultado, normas claras, completas y entendibles, que no generen dudas o inseguridad jurídica al momento de aplicarlas, como es el caso del numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial; donde la falta de procedimiento para aplicar esta facultad, vuelve imperativo que se efectúe la respectiva reforma a esta norma.

En la actividad notarial, existen algunos casos donde no está debidamente reglamentada dicha actividad o faltan definiciones en los procedimientos que deben seguir los notarios, como es el caso del numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial; motivo por el cual correspondería al Consejo de la Judicatura, promover y proponer a los assembleístas, que de manera general se emita un reglamento procesal para toda la actividad notarial, donde se contemplen todos los requisitos, documentos habilitantes, formatos de escrituras y diligencias, para que todos los notarios actúen de manera unificada y homologada.

El Consejo de la Judicatura debería promover a los legisladores, que se reforme el Código Orgánico General de Procesos y a la Ley Notarial, a fin de que algunos trámites de jurisdicción voluntaria, en donde no haya contradicción, sino mero trámite, donde prima exclusivamente la voluntad de las partes pueda ser trasladadas a los notarios, con la finalidad de que se desconcentren las actividades de juzgados y tribunales, de conformidad como está sucediendo en otros países de la región.

El Consejo de la Judicatura debería propender para que todas las instituciones involucradas en la actividad notarial como son el Registro Civil, los Registros de la Propiedad y Mercantil, Cancillería, Sistema Único de Pensiones Alimenticias, Agencia Nacional de Transito y en general, todas aquellas donde la DINARDAP tenga su ámbito de influencia estén debidamente enlazadas, a fin de que exista el acceso oportuno a toda la información que las notarías requieran y produzcan en el ejercicio de sus funciones.

Referencias bibliográficas

- Andrade, J. (2016). *Apuntes del Derecho Notarial Ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Arellano Palafox, S. (2018). Matrimonio. En UNAM, *Matrimonio y Familia* (pág. 136). Ciudad de México.
- Arellano, P. D. (2019). *Publicación del libro después de la reforma*. EDITORIAL CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES - PAGINA 221.
- Asamblea Nacional. (2015). *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. Quito, Ecuador: LEY ORGANICA DE GESTION DE LA IDENTIDAD Y DATOS CIVILES.
- Bustamante, E. O. (2017). *Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima Peru.
- Cabanellas, G. (1978). *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabrera, J. P. (2010). *Tenencia. Legislación, doctrina y práctica*. Quito: Editorial Cevallos.
- Carnelutti, F. (1997). *Instituciones del derecho procesal civil*. Madrid: Pedagógica Iberoamericana.
- Carretero, P. A. (2008). *El principio de economía procesal en lo contencioso administrativo*. Magistrado Contencioso Administrativo .
- Castillo, C. A. (2014). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO*. <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/7010/13.J01.001705.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.
- Chiriboga Pazmiño, D. (2016). *Competencias procesales previstas para los notarios en el Código Orgánico General de Proceso*. Quito: Universidad UNIANDES.
- Clacso, C. L. (2007). , (*El Divorcio En Cuba. Características Generales Y Efectos Para La Familia Estudio De Caso - Familia Y Diversidad* . En America Latina- Buenos Aires - Pag 218.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015).
- Cunalata, M. E. (2017). *LA UNION DE HECHO Y LA ENAJENACION DE BIENES POR PARTE DE UNO DE LOS CONVIVIENTES*. <http://repo.uta.edu.ec/bitstream/123456789/25655/1/FJCS-DE-1018.pdf>.

- Díez Sastre, S. (2018). *Las Instituciones jurídicas de nuestro tiempo: los conceptos clave*. Obtenido de <https://almacenederecho.org/las-instituciones-juridicas-tiempo-los-conceptos-clave/>
- Domínguez, C. J. (2016). *LA UNIÓN DE HECHO COMO ESTADO CIVIL Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, RESPECTO DE LA SOCIEDAD DE BIENES EN EL CANTÓN RIOBAMBA DENTRO DEL PERÍODO 2014-2015*. Riobamba, Ecuador : “UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO”.
- Dromi, R. (2001). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Fernández Egea, M. (2016). *La jurisdicción voluntaria notarial en el ámbito sucesorio*. Madrid: Marcial-Pons.
- Fernández Vasquez, E. (2005). *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires.
- Fernandez, C. A. (2017). *Catedrático de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.
- Fernandez, C. A. (2017). *Derecho notarial del Peru*. Lima Peru.
- Gallego Marín, C. (2012). *El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social*. Obtenido de [juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6)
- García Falconí, J. (2011). El Juicio de Divorcio en el Ecuador. *Derechoecuador*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/el-juicio-de-divorcio-en-el-ecuador>
- Guarango, G. B. (2015). *LA UNIÓN DE HECHO COMO ESTADO CIVIL EN LA CIUDAD DE CUENCA- ECUADOR*. Cuenca , Ecuador : UNIVERSIDAD DE CUENCA.
- Herrera, I. J. (2015). *Derecho de las personas y la familia. El divorcio: el código civil para el Estado de Tamaulipas vs. Divorce Act Canadiense*. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100011: Bol. Mex. Der. Comp. vol.46 no.136 México ene./abr. 201.
- Larenz, K. (2017).
- LEY 979. (2005). *El Congreso de Colombia modifica parcialmente la Ley 54 de 1990*.
- Mariaca, V. J. (2012). ANÁLISIS DEONTOLÓGICO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO BOLIVIANO. *Revista de Difusión cultural y científica de la Universidad La Salle en Bolivia*, 5(55).
- Masaquiza, P. J. (2014). “*EL DIVORCIO POR ABANDONO Y EL RESPETO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL*

DERECHO, <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2772/1/TUAAB019-2014.pdf>: UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES .

Ministerio Público de la Defensa. (2008). *Poder judicial*. Neuquén: <http://www.mpdneuquen.gov.ar/index.php/penal/17-principio-de-concentracion>.

Mogrovejo, J. D. (2011). *LA ADMISIBILIDAD Y LA ACEPTACIÓN DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN EN EL SISTEMA ECUATORIANO EN CASOS DE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.

Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Nomos.

Muñoz Rivera, I. (2010). La Seguridad Jurídica en el derecho notarial. *Revista de Derecho Notarial Mexicano* 123.

Omeba Enciclopedia Jurídica. (1954). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.

Ordellín, J. L. (2014). *(DOS DECADAS DEL DIVORCIO NOTARIAL EN CUBA)*. http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=13807670&name=DLFE-222967.pdf: XVI Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en La Habana.

Palacio, E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Parra Lucan, M. Á. (s.f.). *La jurisdicción voluntaria y las leyes civiles autonómicas*. doi:<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.30.03>

Patrón, B. R. (2018). *Divorcio por mutuo consentimiento, determinación de tenencia y regulación de visitas a menores mediante vía notarial*. Guayaquil, Ecuador : Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Pérez Contreras, M. (2010). *Derecho de Familia y sucesiones*. Ciudad de México: Nostra ediciones.

Pérez Gallardo, L. (2007). *El divorcio por mutuo acuerdo en el derecho cubano*. Edersa.

Prada, J. M. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis.

Quisbert, E. (2010). *Apuntes de Derecho Procesal Boliviano*. Sucre: Editorial Usfx.

Real Academia Española. (2017). *Principios notariales Diccionario Español Jurídico* . <https://dej.rae.es/lema/fe-p%C3%BAblica>.

Robles, L. S. (2016). *La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el Nuevo Código Orgánico General de Procesos*.

<http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6196/1/128043.pdf>:
UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ.

- Roca Sastre, R. M. (1946). *Instituciones del derecho hipotecario*. Barcelona: Bosch.
- Rodriguez, A. A. (2018). *PRINCIPIOS NOTARIALES. EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN*. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-7/2970-principios-notariales-0-7845801196848788>.
- Rodriguez, D. E. (2016). *EL DIVORCIO NOTARIAL EN ESPAÑA*. <https://www.unioviedo.es/reunido/index.php/RJA/article/view/12898>.
- Rodriguez, P. A. (2017). METODOS CIENTIFICOS DE INDAGACION Y DE CONSTRUCCION DEL CONOCIMIENTO. *EAN*, 82, 189.
- Samos, R. (1992). *Apuntes de Derecho de familia*. Bolivia.
- Saquisela, I. P. (2010). *Proceso en ciencias políticas y sociales*. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2926/1/td4303.pdf>.
- Torres, M. F. (2011). *Principios notariales*. Quito Ecuador.
- Unión Internacional del Notariado. (2013). *Deontología y Reglas de Organización del Notariado*. Lima: Unión Internacional del Notariado.
- Vásquez, P. I. (2016). *LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA*. Cuenca, Ecuador: UNIVERSIDAD DE CUENCA.
- Vegas, T. J. (2015). *LA EFICACIA EXCLUYENTE DE LA LITISPENDENCIA*. Logroño, España: Universidad de La Rioja.
- Villaro, F. (2005). Examen y reformulación de los llamados principios registrales inmobiliarios. *Revista del Notariado* N° 882, 45.
- Yepez Andrade, M. (2015). Reformas al Código Civil y Unión de Hecho. *Derechoecuador*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/reformas-al-codigo-civil-y-la-union-de-hecho>
- Zavala Egas, J. (2009). Teoría de la seguridad jurídica. *Iuris Dictio* N° 12, 217-229. Obtenido de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_14/iurisdicio_014_013.pdf
- Instructivo para la derivación de causas judiciales a centros de mediación y ejecución de actas de mediación. Resolución N° 145-2016

Apéndices

Apéndice 1 Formato de entrevista

Formato de cuestionario de entrevista a notarios del cantón Quito y Rumiñahui.

Pregunta 1: ¿Tramita usted en su Notaria peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento?

Pregunta 2: ¿Existe un procedimiento determinado en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial para tramitar usted en su notaria las peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento?

Pregunta 3: ¿Cuál es el procedimiento que aplica para tramitar usted en su notaria las peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento?

Pregunta 4: ¿Cuál es el fundamento legal que le permite aplicar un procedimiento para tramitar usted en su Notaria las peticiones de Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento?

Pregunta 5: ¿Para los usuarios del servicio notarial, resulta fácil el Divorcio o Terminación de Unión de Hecho, por mutuo consentimiento, con hijos menores de edad o dependientes?

Apéndice 2 Recolección de datos de entrevistas realizadas

Entrevista 1

Nombre del entrevistado:	Dr. Diego Chiriboga Pazmiño
Cargo del entrevistado:	Notario Primero del cantón Rumiñahui
Edad:	57 años
Ubicación:	Rumiñahui-Pichincha
Fecha:	5 noviembre 2019
Entrevistador:	Abg. Carmen Álvarez Pacheco



Figura 1 Entrevista realizada a Dr. Diego Chiriboga Pazmiño

Entrevista 2

Nombre del entrevistado:	Dra. María Elena Sánchez
Cargo del entrevistado:	Notaría segunda del cantón Rumiñahui
Edad:	43 años
Ubicación:	Rumiñahui-Pichincha
Fecha:	7 noviembre 2019
Entrevistador:	Abg. Carmen Álvarez Pacheco

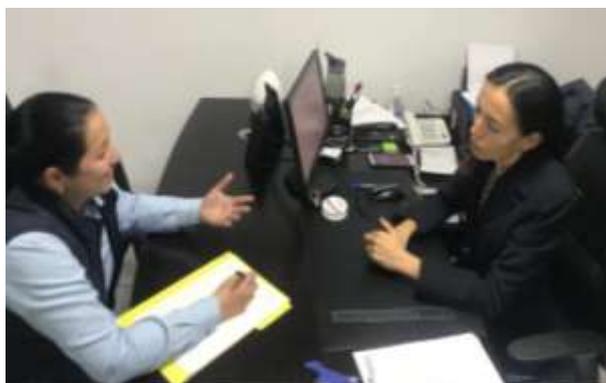


Figura 2. Entrevista realizada a Dra. María Elena Sánchez

Entrevista 3

Nombre del entrevistado: **Dr., Marcelo Pazmiño**
Cargo del entrevistado: Notario tercero del cantón Rumiñahui
Edad: 49 años
Ubicación: Rumiñahui-Pichincha
Fecha: 8 noviembre 2019
Entrevistador: Abg. Carmen Álvarez Pacheco



Figura 1 Entrevista realizada a Dr. Marcelo Pazmiño

Entrevista 4

Nombre del entrevistado: **Dra. María Elena Altamirano**
Cargo del entrevistado: Notaría 71 del cantón Quito
Edad: 41 años
Ubicación: Quito-Pichincha
Fecha: 11 noviembre 2019
Entrevistador: Abg. Carmen Álvarez Pacheco



Figura 4. Entrevista realizada a Dra. María Elena Altamirano

Entrevista 5

Nombre del entrevistado: **Ab. María Verónica Sabando Mendoza**
Cargo del entrevistado: **Notaría 1 del cantón Portoviejo**
Edad: **39 años**
Ubicación: **Portoviejo-Manabí**
Fecha: **5 noviembre 2019**
Entrevistador: **Abg. Carmen Álvarez Pacheco**



Figura 5. Entrevista realizada a Ab. María Verónica Sabando M.

Apéndice 3 Marco conceptual

Instituciones jurídicas. Se reconoce como instituciones jurídicas, a aquel conjunto de normas que regulan la actividad del Estado, de la sociedad y del individuo, con carácter de duraderas y coercitivas; y que procuran el orden social y el bienestar común. Para Silvia Díez Sastre, las instituciones jurídicas cumplen una función puente con otras disciplinas –Historia, Economía, Política, Sociología, entre otras– porque aluden a fenómenos de la realidad social, del mismo modo que el concepto de institución jurídica se vinculaba a las estructuras sociales de una época determinada. Son conceptos útiles para destacar determinados fenómenos de la realidad que deben tomarse en cuenta a la hora de elaborar el Derecho (Díez Sastre, 2018).

Matrimonio: Para la autora mexicana Sara Arellano (2018, pág. 136) señala que el matrimonio es una institución, “por cuanto los diferentes preceptos que la regulan, tanto el acto de su celebración (...) como las que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida”

Divorcio: El Diccionario Jurídico Omeba (1954) define al divorcio como: “la separación legal de un hombre y su mujer producida por una causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes”.

Divorcio contencioso: Es importante señalar que en la legislación, la normas de procedimiento disponen que el divorcio contencioso se tramitarán por un procedimiento denominado como sumario; y, para lo cual y de manera previa, se deberá haber resuelto por parte del juzgador y en todos los casos, las situaciones relacionados con los alimentos, es decir la fijación de una pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley; además establecer el régimen de tenencia y de las visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces. (Robles, 2016)

Divorcio por mutuo consentimiento. En el Ecuador es factible la terminación convencional del matrimonio, es decir el divorcio por mutuo consentimiento, y es aquel en que los dos cónyuges expresan su voluntad de manera conjunta o mutua, ante una autoridad facultada para aquello, de dar por terminado el vínculo matrimonial. El vocablo adecuado no es el de divorcio por mutuo acuerdo, puesto

que la sola expresión de acuerdo es suficiente para referirse a la expresión bilateral de dos partes en hacer algo que jurídicamente cause efectos, puesto que ningún acuerdo existe en el caso de que no sea de manera conjunta por parte de los comparecientes.

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. (Patrón, 2018, pág. 2)

La Unión de Hecho. Es una institución jurídica que busca formalizar de alguna manera al estado de convivencia entre las parejas en el Ecuador, y que constituye una realidad socio económica difundida a nivel nacional, en todos los estratos sociales, económicos y edades generacionales. La simplicidad y practicidad de la convivencia, ha obligado a dotar a esta circunstancia de derechos y obligaciones, tratando de asimilarle a los previstos para el matrimonio; lo que ha coadyuvado para que la institución de la unión de hecho vaya ganando espacio entre las familias ecuatorianas e imponiéndose frente al matrimonio.

La unión de hecho es una institución formada para la protección y reconocimiento del llamado matrimonio por costumbre o de hecho que tan común es en el país. Como ya lo había mencionado en la Constitución manifiesta en el Art. 67 la garantía de protección al núcleo central de la sociedad, la familia. (Domínguez, 2016, pág. 15)

Terminación de la unión de hecho. Se da por mutuo consentimiento dado por un juez e instrumento público, se da por unos de los convivientes por propia voluntad, Por una tercera persona por parte de uno de los convivientes y por muerte. La Unión de Hecho genera una comunidad patrimonial en la sociedad conyugal. (Cunalata, 2017)

Su deseo es terminar la Unión de Hecho existente entre los dos convivientes por medio de escritura pública; o a su vez comparecer ante un Juez de Familia y por medio de abogados patrocinadores presentar una petición conjunta al juez manifestándole su deseo de dar por concluido la Unión de Hecho, sin embargo la

dificultad se plantea en el caso de que exista hijos, debiéndose aplicar lo que se dispone para el matrimonio, por lo que previo a acoger la petición, de concluir la Unión de Hecho, se resolverá: Alimentación, tenencia y régimen de visita de los hijos no emancipados. (Guarango, 2015, pág. 44)

Lege Ferenda. Se emplea en el ámbito jurídico en referencia a lo que se desea, se contrapone a *lege data*, que es el Derecho vigente. Un operador de justicia al existir múltiples argumentos, propone modificaciones en la legislación, sin embargo, no todo lo que se desea se puede realizar mediante la ley vigente. El juez no contradice al legislador desde el punto jurídico político en el derecho vigente. (Larenz, 2017)

Apéndice 4 Diferencias del Registro Oficial 2006 y 2019, Artículo 18.

<p align="center">Registro Oficial N°406 del 28 de noviembre del 2006 Artículo 18 numeral 22, Ley Notarial</p>	<p align="center">Registro Oficial No. 517 del 26 de junio del 2019 Artículo 18 numeral 22, Ley Notarial</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 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. “</p> <p>Debe haber mutuo consentimiento para divorciarse o terminar la unión de hecho.</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 Ley, y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente.”.</p> <p>Debe haber mutuo consentimiento para divorciarse o terminar la unión de hecho.</p>

<p>Existe un procedimiento notarial tipificado en la ley.</p> <p>Procede solo en los casos cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia</p> <p>No procede cuando existan hijos menores de edad y dependientes.</p> <p>Facultad exclusiva del notario</p> <p>Se adjunta el Formulario para el Divorcio y terminación de la unión de hecho, según resolución 047-2017 del Pleno del Consejo de la Judicatura, cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia</p>	<p>No existe procedimiento notarial tipificado en la ley.</p> <p>Procede solo en los casos cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia</p> <p>Procede cuando existiendo hijos menores de edad y dependientes, su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente.</p> <p>Facultad exclusiva del notario</p> <p>Se adjunta el Formulario para el Divorcio y terminación de la unión de hecho, según resolución 047-2017 del Pleno del Consejo de la Judicatura, solo cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia.</p>
--	---



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR	
Nombre:	DR. DIEGO XAVIER CHIRIBOGA PAZMIÑO
Cédula N°:	1706847298
Profesión:	DOCTOR EN JURISPRUDENCIA
Dirección:	SANGOLQUI, AV. LUIS CORDERO 555 - CANTON RUMIÑAHUI

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertenencia	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia	X				
Comprensión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
Universalidad	X				
Moralidad social		X			

Fuente (Carmen Alvarez)

Comentario:

El tema es muy pragmático, de actualidad jurídica, de fácil entendimiento y el trabajo está debidamente desarrollado dentro de lo que la normativa constitucional y legal se refiere; llegando a la proposición obvia que consiste en la reforma a la Ley Notarial, que permita a los notarios del país contar con un procedimiento adecuado para poder tramitar en sede notarial, los divorcios y terminaciones de unión de hecho, por mutuo consentimiento.

Fecha: lunes 13 de enero del 2020.

FIRMA: DR. DIEGO CHIRIBOGA PAZMIÑO

CI:



DECLARACIÓN AUTORIZACIÓN

Yo, **Álvarez Pacheco, Carmen Mercedes**, con C.C: # **130931448-0**, autora del trabajo **componente práctico del examen Complexivo: Procedimiento Notarial del Divorcio y la Terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento**, previo a la obtención del título de

Magíster en Derecho Mención 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 titulación 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 titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 17 de enero del 2020

f. _____
Nombre **Erazo Robles Paulo Alexander**
C.C: **0930319157**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Procedimiento Notarial del Divorcio y la Terminación de la unión de hecho, por mutuo consentimiento.		
AUTOR/ES:	Ab. Carmen Mercedes Álvarez Pacheco.		
REVISORES O TUTORES:	Ab. María José Blum		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
CARRERA:	Maestría en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
TÍTULO OBTENIDO:	Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	17 de enero del 2020	N.º de Páginas	78
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Notarial		
PALABRAS CLAVE:	Divorcio, Unión de Hecho, Procedimiento notarial, Mutuo consentimiento, Seguridad jurídica.		
RESUMEN:	<p>Como antecedente en la presente investigación se detalla el vacío procesal que existe para la aplicación del divorcio y la terminación de la unión de hecho, facultad otorgada a los notarios, a raíz de la promulgación de la Ley Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, mediante la cual se suprimió del numeral 22 del artículo 18 la Ley Notarial, el procedimiento para tramitar los divorcios y terminaciones de unión de hecho por mutuo consentimiento en sede notarial, dejándole inaplicable jurídicamente a esta nueva facultad. El objetivo es el proponer un proyecto de Ley que reforme el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, para poder tramitar los divorcios y terminaciones de unión de hecho por mutuo consentimiento sin hijos. La metodología utilizada comprende un estudio Histórico- Lógico, Jurídico Doctrinal, de enfoque cualitativo, además de los métodos empíricos en el análisis documental, legislación comparada; y, las entrevistas. Los resultados en ambos estudios pernotan las limitadas acciones del proceso notarial en caso del divorcio y separación de unión de hecho, no hay un conceso real que estimule el libre consentimiento de las partes, sin una mediación de la judicatura. Como conclusión se pretende diseñar un procedimiento notarial para que puedan los notarios aplicar su facultad de tramitar el divorcio y la terminación de hecho por mutuo consentimiento, con la finalidad de que estos actúen bajo los principios constitucionales relacionados con la seguridad jurídica, legalidad y tutela efectiva.</p>		
ADJUNTO PDF:	SÍ	NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0995798595	E mail: abcarmenalvarezp@hotmail.com	
CONTACTO EN LA INSTITUCION	Mariuxi Blum Moarry, Coordinadora Sistema de Posgrado		
COORDINADOR DEL PROCESO UTE:	Teléfono: 0991521298		
	E mail: maria.blum02@cu.ucsg.edu.ec		