



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA DEBIDO A LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER AL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO EN LA VÍA JUDICIAL, EN LOS CASOS EN LOS QUE NO EXISTEN HIJOS MENORES DE EDAD

Autor

José María García Muñoz

Año
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO GRATUITO A LA
JUSTICIA DEBIDO A LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER AL DIVORCIO
POR MUTUO ACUERDO EN LA VÍA JUDICIAL, EN LOS CASOS EN LOS
QUE NO EXISTEN HIJOS MENORES DE EDAD

Trabajo de titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República.

Profesor Guía

Dra. Dunia Carmita Martínez Molina

Autor

José María García Muñoz

Año

2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido el trabajo, la vulneración del derecho de acceso gratuito a la justicia debido a la imposibilidad de acceder al divorcio por mutuo acuerdo en la vía judicial, en los casos en los que no existen hijos menores de edad, a través de reuniones periódicas con el estudiante, José María García Muñoz, en el semestre 2018-2, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de titulación”.

Dunia Carmita Martínez Molina
Doctora en Jurisprudencia
C.I. 0103209268

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, la vulneración del derecho de acceso gratuito a la justicia debido a la imposibilidad de acceder al divorcio por mutuo acuerdo en la vía judicial, en los casos en los que no existen hijos menores de edad, del estudiante, José María García Muñoz, en el semestre 2018-2, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Rosana Lorena Granja Martínez
Magister en Derecho Ambiental
C.I. 1713443503

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

José María García Muñoz
C.I. 1711948800

AGRADECIMIENTOS

Agradezco infinitamente a Dios, a mi familia, mi madre, hermano y mi novia, quienes han estado apoyándome incondicionalmente; especialmente a mi tutora y corrector del presente trabajo.

DEDICATORIA

El presente trabajo de titulación va dedicado a todas aquellas personas de escasos recursos que al no poder acceder a la justicia de forma gratuita no han podido divorciarse, situación que no solo vulnera el derecho de acceso gratuito a la justicia, sino también otros derechos garantizados en la en la Constitución.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene el objetivo principal demostrar que el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos es inconstitucional, debido a que limita el ejercicio del derecho de acceso gratuito a la justicia, pues al remitir estos casos a la competencia del notario, se condiciona el ejercicio del derecho, al pago de una tasa notarial, por lo que evidentemente las disposiciones contenidas en el artículo 340 del COGEP, no son compatibles con la Constitución, y por tanto no solo vulnera uno de los elementos del núcleo fundamental del derecho que recae en la gratuidad, sino también vulnera ciertos principios específicos y de aplicación que rigen a este derecho constitucional.

ABSTRACT

The main objective of this titling work is to demonstrate the unconstitutionality of the article 340 of the General Organic Code of Processes, because it limits the exercise of the right of free access to justice. Since the referring of these cases to a notary competence, the exercise of the right has been limited to the payment of a notarial fee, which generates the transgression to the right of the free access to justice.

Evidently the provisions contained in article 340 of the General Organic Code of Processes, are not compatible with the Constitution, and therefore not only violates the elements of the fundamental core of the right that lies in the gratuity, these provisions also violates the specifics and application principles that govern this constitutional right.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITULO I. DERECHO AL ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA	2
1.1. Concepto y características del derecho constitucional de acceso gratuito a la justicia.....	3
1.1.1 Concepto	3
1.1.1.1. Acceso a la justicia	4
1.1.1.2 Gratuidad en el acceso a la justicia	5
1.1.2 Características del derecho de acceso gratuito a la justicia	6
1.2 Núcleo esencial del derecho de acceso gratuito a la justicia ...	7
1.3. Principios de aplicación y principios específicos del derecho de acceso gratuito a la justicia.....	10
2. CAPITULO II. EL DERECHO DE ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	15
2.1. Antecedentes del derecho de acceso gratuito a la justicia en la legislación ecuatoriana	16
2.2 Disposiciones vigentes aplicables al divorcio por mutuo acuerdo para los cónyuges sin hijos menores de edad.....	18
2.2.1 Código Civil	18
2.2.2 Reformas incluidas en el Código Orgánico General de Procesos....	18
2.2.3 Ley Notarial	20
2.3 De la gratuidad del acceso a la justicia en el divorcio por mutuo consentimiento sin hijos dependientes	22
3. CAPÍTULO III. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 340 DEL COGEP	24
3.1 Control Constitucional y Principio de Supremacía Constitucional	25

3.2 Análisis de los fundamentos de la inconstitucionalidad del artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos	29
3.3 De la acción de inconstitucionalidad	33
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	36
4.1 Conclusiones	36
4.2 Recomendaciones.....	36
REFERENCIAS	38

INTRODUCCIÓN

A partir del año 2016, desde la implementación del Código Orgánico General de Procesos, se ha generado una gran polémica enfocada en la vulneración del derecho constitucional que garantiza el acceso gratuito a la justicia, por una disposición normativa proveniente de una norma jerárquicamente inferior a la constitución.

De conformidad con lo establecido en el artículo 424 de la carta magna, la Constitución debe ser considerada como la norma suprema y en consecuencia siempre deberá prevalecer sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Es indispensable considerar que de acuerdo a esta disposición, las normas y los actos del poder público deben ser concordantes con las disposiciones constitucionales, pues de no guardar armonía, carecerán de eficacia jurídica.

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo general realizar un análisis exegético dogmático que permita demostrar la inconstitucionalidad del artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, por vulnerar las disposiciones constitucionales que engloban el núcleo esencial del derecho, los principios de aplicación de los derechos constitucionales, así como las disposiciones referentes a los principios específicos del derecho de acceso gratuito a la justicia.

Este trabajo se encuentra integrado por tres capítulos de los cuales el primer capítulo aborda el derecho de acceso gratuito a la justicia y analiza brevemente dentro de este, el concepto, las características como derecho constitucional, el núcleo esencial del derecho, los principios de aplicación y los principios específicos, pues todos estos aspectos son fundamentales para que en los siguientes capítulos se pueda determinar con precisión las disposiciones vulneradas por el artículo 340 del COGEP.

El segundo título aborda el derecho de acceso gratuito a la justicia en la legislación ecuatoriana y dentro de este se detallan los antecedentes del derecho de acceso gratuito a la justicia, las disposiciones vigentes aplicables al divorcio por mutuo acuerdo para los cónyuges sin hijos menores de edad, tipificadas en el Código Civil, en el Código General de Procesos y en la Ley Notarial y, los aspectos relacionados a la gratuidad del acceso a la justicia, de manera que en el tercer capítulo se pueda precisar los aspectos del artículo 340 del COGEP, que son incompatibles con la constitución.

El tercer capítulo se enfoca en demostrar la inconstitucionalidad del artículo 340 del COGEP y engloba varios temas de suma importancia, el primero recae en la atribución de la Corte Constitucional para realizar el control constitucional en el Ecuador y el Principio de Supremacía Constitucional, el segundo radica en el análisis de los fundamentos de la inconstitucionalidad del artículo 340 del COGEP y en el tercero, se analiza la acción de inconstitucionalidad como mecanismo de solución al problema jurídico planteado en el presente trabajo de titulación.

Por último se establece una conclusión en cuanto a la inconstitucionalidad del artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos por vulnerar: el artículo 11 numerales 2, 4, 6 y 8; el artículo 168 numeral 4, el artículo 75 y el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador 2008. Finalmente se establece una recomendación como posible solución al problema jurídico planteado, basada en una demanda de inconstitucionalidad y una reforma a la Ley Notarial con la posibilidad de que los divorcios por mutuo consentimiento de cónyuges sin hijos dependientes, se sustancien en esta misma vía pero de manera gratuita.

1. CAPITULO I. DERECHO AL ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA

Dentro del presente capítulo se analizarán detalladamente los siguientes temas: primero, el concepto y características del derecho constitucional de

acceso gratuito a la justicia; segundo, el núcleo esencial del derecho y, posteriormente se estudiarán los principios específicos y los principios de aplicación del derecho de acceso gratuito a la justicia. Se puede afirmar que es indispensable el desarrollo de los temas antes mencionados, debido a que de su análisis se puede extraer los argumentos fundamentales para poder demostrar la existencia del problema jurídico planteado en el presente trabajo de titulación.

1.1. Concepto y características del derecho constitucional de acceso gratuito a la justicia

A fin de poder estudiar a profundidad el derecho de acceso gratuito a la justicia, es indispensable realizar un análisis de su concepto desde la perspectiva de varios autores, de manera que dentro del presente trabajo de titulación se pueda construir un concepto que sea propio, completo y que permita demostrar la existencia del problema jurídico planteado. Por tanto, dentro del presente título se estudiarán varios conceptos de los cuales se tomarán los aspectos más importantes para la construcción de un concepto íntegro y posteriormente se detallarán las características de este derecho como un derecho constitucional.

1.1.1 Concepto

Existen autores que afirman que el derecho de acceso a la justicia es también conocido con el nombre de derecho de acción; mientras que otros afirman que es un derecho derivado del derecho de acción (Trujillo, 2013. p. 141).

Por otro lado, existen Organismos Internacionales como la ONU que consagran al principio de acceso gratuito a la justicia como un principio básico del estado de derecho, pues afirman que “sin acceso a la justicia, las personas no pueden hacer oír su voz, ejercer sus derechos, hacer frente a la discriminación o hacer que rindan cuentas los encargados de la adopción de decisiones.” (ONU, 2017) Ahora bien, para poder realizar un análisis más profundo en lo relacionado al

concepto de este derecho constitucional, es indispensable conceptualizar en primer lugar a los elementos que comprenden el núcleo esencial de este derecho, siendo estos el acceso a la justicia y la gratuidad en el acceso.

1.1.1.1. Acceso a la justicia

En cuanto al acceso a la justicia se consideran relevantes las siguientes definiciones:

Julio César Trujillo afirma que este derecho consiste en la facultad de acudir ante una autoridad investida por la ley del poder de resolver los conflictos o controversias, y pedirle que, con la aplicación del Derecho, resuelva el litigio o controversia, reconozca el derecho que se autoatribuye el demandante y disponga que la otra parte haga cuanto el demandante estime necesario para que el derecho sea respetado o restablecido, bajo prevención de que, de ser el caso, usará la fuerza para ese efecto. (2013, pp.141-142)

Saavedra Álvarez manifiesta que el derecho de acceso a la justicia constituye la vía legal que permite reclamar el cumplimiento y reparación de derechos vulnerados ante los tribunales competentes, de manera que se pueda garantizar la igualdad ante la ley. (Saavedra, 2013)

Loretta Ortiz hace mención a que el derecho de acceso a la justicia puede considerarse “como el requisito más básico, el derecho humano más fundamental, en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos” (Ortiz, 2010)

María Mercedes Lema afirma que el derecho de acceso a la justicia, desempeña un rol esencial para poder garantizar “los derechos fundamentales en general y los derechos sociales en particular”. (Lema, 2009)

En fin, se puede considerar que el acceso a la justicia es un derecho constitucional que radica en la facultad de las personas a reclamar ante los

tribunales competentes el respeto, cumplimiento y la garantía de sus derechos. Se puede estimar que este derecho es de suma importancia, porque su objeto es ser *un instrumento de protección de los demás derechos*, de manera que si uno es vulnerado, este derecho se activa y su ejercicio permite exigir el respeto del derecho vulnerado. Adicionalmente, se puede afirmar que el objeto del derecho de acceso a la justicia tiene una naturaleza reparadora, que implica que cuando cualquier derecho es vulnerado, solamente el derecho de acceso a la justicia permitirá a la persona vulnerada exigir tanto el cumplimiento o respeto de sus derechos, así como también una reparación que subsane de alguna manera la vulneración sin obstáculos formales.

1.1.1.2 Gratuidad en el acceso a la justicia

En cuanto al otro elemento del núcleo de este derecho, es decir la gratuidad, es indispensable analizar su significado de manera que se pueda entender su importancia para el ejercicio al acceso de la justicia.

El diccionario de la Real Academia Española define al término gratuidad un término proveniente del latín *gratuitus*, y lo considera como una “cualidad de gratuito” y la palabra haciendo referencia al tema, implica la asistencia jurídica gratuita. (RAE, 1992)

La gratuidad en la justicia implica que para el ejercicio de este derecho no se requiere de ninguna contribución, tasa, costa procesal o un costo que condicione el ejercicio del derecho de acceso a la justicia a la realización de un pago.

Es importante recalcar que la Constitución de la República del Ecuador 2008 contempla al acceso gratuito a la justicia como un derecho constitucional en el artículo 75 y a su vez como un principio constitucional en el artículo 168 numeral 4.

En conclusión, después de haber analizado los aportes doctrinarios antes mencionados, se puede conceptualizar al derecho de acceso gratuito a la justicia como aquel derecho constitucional determinado como un derecho de protección de los demás derechos garantizados por la Constitución, que otorga a las personas la facultad para solicitar a la autoridad competente que en función del ordenamiento jurídico vigente, garantice el ejercicio de un derecho o disponga la reparación de uno vulnerado dentro de un plazo adecuado, sin tener que pagar alguna tasa, contribución o costa.

1.1.2 Características del derecho de acceso gratuito a la justicia

En cuanto a las características de este derecho se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 11, numeral 6, pues dentro de esta disposición constitucional se enmarcan las características de los derechos constitucionales, y en consecuencia se determina que estos derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía constitucional.

Los derechos constitucionales son irrenunciables debido a que su titularidad no está sujeta a una aceptación o renuncia, simplemente su titularidad existe desde la existencia de la persona, lo que implica que cualquier manifestación de la voluntad de una persona tendiente a la renuncia de un derecho constitucional debe ser considerada como nula. Son inalienables pues bajo ningún motivo pueden ser gravados o transmitidos de un individuo a otro. Son indivisibles porque no se puede dividir el ejercicio de un derecho para ejercerlo parcialmente o sacrificar el ejercicio de uno para ejercer cualquier otro. Son interdependientes debido a que todos los derechos constitucionales están interrelacionados unos con otros y el ejercicio de uno puede influir en el ejercicio de otro derecho. Finalmente se considera que todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía debido a que a pesar que la constitución establece diversas categorías de sus derechos garantizados, no los ubica a unos sobre otros, todos tienen la misma importancia, y en consecuencia, todos tienen la misma jerarquía legal.

El derecho de acceso gratuito a la justicia, al ser un derecho garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, posee todas las características antes mencionadas, de tal forma que su titularidad no está sujeta a renuncia, bajo ningún fundamento puede ser gravado; su ejercicio no puede ser dividido o sacrificado para el ejercicio de otro derecho; se encuentra interrelacionado con otros derechos constitucionales porque su ejercicio permite el ejercicio de otros derechos constitucionales tales como el derecho a la defensa y al debido proceso; y por último es de igual jerarquía a todos los demás derechos garantizados en la constitución.

En conclusión, después de haber realizado un análisis de los conceptos de los elementos que integran el núcleo esencial del derecho de acceso gratuito a la justicia, se lo puede conceptualizar como un derecho constitucional de suma importancia que otorga a las personas, la facultad de reclamar gratuitamente ante la autoridad competente el cumplimiento, respeto y garantía de sus demás derechos. Se puede considerar además que este derecho es autónomo, pero a su vez puede ser utilizado como un instrumento de protección de los demás derechos, de manera que si uno es transgredido, este derecho se activa y su ejercicio permite no solo la posibilidad de reclamar el derecho vulnerado, sino también una reparación que subsane de alguna manera la vulneración.

Finalmente al ser un derecho constitucional, es un derecho irrenunciable, inalienable, indivisible, interdependiente y de igual jerarquía.

1.2 Núcleo esencial del derecho de acceso gratuito a la justicia

A fin de demostrar el problema jurídico planteado, es indispensable estudiar al núcleo esencial del derecho constitucional de acceso gratuito a la justicia, así como el contenido mínimo de este derecho, pues uno de los argumentos principales del presente trabajo de titulación recae en la vulneración de uno de estos. En consecuencia, en el presente título se estudiarán aportes jurisprudenciales y doctrinarios relacionados al núcleo esencial de los derechos

a fin de poder determinar con precisión a los elementos que constituyen el contenido mínimo del núcleo esencial del derecho de acceso gratuito a la justicia.

La Corte Constitucional de Colombia, dentro de la Sentencia T-473 de 1998 consideró al núcleo esencial de los derechos como “el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares”. Adicionalmente afirma que el núcleo esencial de los derechos está comprendido por su contenido mínimo, el cual radica en “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose.” (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

En resumen, la Corte Constitucional de Colombia dentro de la mencionada sentencia, considera al núcleo esencial de un derecho como aquella parte del contenido mínimo indispensable para que todos aquellos intereses jurídicos protegidos, específicamente aquellos que caracterizan al derecho, no puedan ser tocados.

Agustín Grijalva define al núcleo esencial del derecho como “aquellos elementos constitutivos de un derecho que lo hacen jurídicamente existente y reconocible, de forma que sin dicho contenido el derecho perdería entidad o se transformaría en otro derecho”. (2009, p. 230)

Peter Habermas denomina al contenido esencial de los derechos como aquel “ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste”. (Habermas, 2004)

La legislación ecuatoriana prevé en la parte dogmática de la Constitución, un principio de aplicación referido al núcleo esencial de cada derecho y establece una prohibición al poder público que consiste en que: “Ninguna norma jurídica

podrá restringir el contenido de los derechos (...)" (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Jorge Benavides en su libro Manual de Justicia Constitucional, menciona que el núcleo esencial es un *derecho subjetivo* reconocido que si se ve afectado en lo más mínimo en alguno de sus componentes pasa a convertirse en otro, lo que conllevaría a la desnaturalización del derecho, por esto afirma que "el contenido esencial de los derechos fundamentales es una institución clave para el Estado constitucional, porque se constituye en *un límite para el legislador ordinario*, en aras de la protección de las libertades y garantías ciudadanas" (2013. p. 96). (Lo resaltado en cursiva me pertenece)

Respecto al aporte del autor antes mencionado, se puede considerar que para el caso del derecho de acceso gratuito a la justicia, lo establecido en el artículo 11 numeral 4, se convierte en un limitante para el legislador ordinario, al inhabilitarlo para restringir el contenido del derecho, de manera que, los elementos que integran el núcleo esencial, siendo estos el acceso a la justicia así como la gratuidad en el acceso, no pueden ser afectados por ningún acto normativo. En caso de que sucediera, de conformidad con las atribuciones establecidas en la Constitución, la Corte Constitucional debe analizar si los elementos del núcleo fundamental del derecho han sido transgredidos y por tanto declarar su inconstitucionalidad.

En conclusión se considera al núcleo esencial de un derecho constitucional a aquel contenido mínimo de cada derecho compuesto por elementos jurídicamente protegidos que lo diferencian de los demás derechos y cuya afectación desencadenaría en la extinción del derecho o de la transformación de este derecho en otro distinto al garantizado por la Constitución. En efecto, el núcleo esencial del derecho de acceso gratuito a la justicia, se encuentra comprendido por dos elementos, por un lado el acceso a la justicia, entendiéndose a ésta como la facultad de una persona de acceder a una autoridad competente para que exija el cumplimiento, respeto o reparación de

un derecho; y por otro lado, la gratuidad en el acceso, lo que implica que por ningún motivo se puede someter el ejercicio de este derecho al pago de una contribución, tasa, tarifa, costa, etc.

Finalmente, el núcleo fundamental de un derecho debe ser considerado como un limitante para el legislador que lo inhabilita para restringir el contenido del derecho, de manera que el núcleo del derecho de acceso gratuito a la justicia no puede ser limitado por ninguna norma jurídica.

1.3. Principios de aplicación y principios específicos del derecho de acceso gratuito a la justicia

Dentro del presente título se detallarán expresamente los principios de aplicación y específicos establecidos a nivel constitucional para el ejercicio del derecho de acceso gratuito a la justicia, considerados como pertinentes para la construcción de uno de los argumentos que permite demostrar el problema jurídico planteado en el presente trabajo de titulación.

Los principios de aplicación y los principios específicos de los derechos deben ser utilizados para la interpretación de los derechos y para su aplicación. Autores como Ramiro Ávila Santamaría señalan que los principios de aplicación “son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos”; mientras que los principios sustantivos “se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos” (2012, p.66).

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 11 consagra nueve principios que rigen la interpretación de los derechos, sin embargo para el presente trabajo es pertinente analizar los siguientes principios.

El numeral 2 del artículo 11 de la Constitución instaura al principio de igualdad y establece que todas las personas son iguales y en consecuencia gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Adicionalmente este principio dispone que nadie puede ser discriminado por razones de *estado civil*,

condición económica, ni por cualquier otra distinción que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

Doctrinariamente este principio ha sido desarrollado desde diversas aristas y la más relevante para el presente trabajo se enfoca en que este principio puede ser aplicado bajo dos aspectos, por un lado la igualdad ante la Ley y por otro lado, la igualdad por la Ley. Autores como Aída Kemelmajer de Carlucci definen a la igualdad ante la ley como una regla aplicada y dirigida principalmente a los jueces que consiste en aplicar la misma norma a todas las personas; mientras que la igualdad por la ley radica en un mecanismo empleado por la autoridad con potestad normativa para corregir ciertas desigualdades de hecho a través de la ley (2003, p.231-235). Es indispensable considerar que independientemente de si se aplica la igualdad ante la norma o la igualdad por la norma, en ningún caso, bajo esta interpretación se podría emitir un acto normativo que contenga disposiciones discriminatorias, pues la prohibición de discriminación es un elemento fundamental del principio de igualdad.

Elard Ricardo Bolaños Salazar sostiene que todas las personas deben ser tratadas por igual ante la ley, y en consecuencia todas ellas tienen derecho a igual protección contra cualquier acto discriminatorio (Bolaños, 2016).

Adicionalmente este autor manifiesta que:

La igualdad material se constituye como una forma de llevar a la realidad aquellas aspiraciones y consagraciones legislativas que, si bien son un paso muy importante para la consecución del objetivo, resultan muchas veces exiguas dado su carácter estático y abstracto. No se debe olvidar, además, que el Estado podría incurrir en una discriminación indirecta si solo concibe normativa que condene, prohíba y castigue la discriminación sin adoptar otras acciones que coadyuven a conseguir una verdadera igualdad (Bolaños, 2016).

En el caso del derecho de acceso gratuito a la justicia, específicamente en lo relacionado al divorcio de cónyuges con hijos menores de edad, el legislador ha previsto la facultad que las partes puedan accionar ante un juez de lo civil que los divorcie; mientras que para los casos en los que los cónyuges no poseen hijos menores, el COGEP les obliga a recurrir ante un notario para poder divorciarse. A simple vista esta disposición de un cuerpo normativo jerárquicamente inferior a la Constitución no implicaría un acto discriminatorio, sin embargo al analizar que para poder ser divorciados por un notario es indispensable el pago de una tasa notarial, se evidencia que el principio de igualdad en el ejercicio del derecho de acceso gratuito a la justicia no está siendo garantizado de manera efectiva, pues este principio debe ser aplicado al ejercicio del derecho constitucional independientemente de quién sea la persona o la condición en la que está ejerciendo el derecho.

Con relación al principio de aplicación directa o inmediata, se entendería que basta el reconocimiento del derecho de acceso gratuito a la justicia, para que un juez de lo civil reciba una demanda de divorcio de cónyuges sin hijos menores de edad, la califique y proceda con el respectivo trámite judicial, pues es su obligación aplicar directamente las disposiciones constitucionales sobre las demás del ordenamiento jurídico.

En cuanto al principio de prohibición de restricción normativa que ya fue analizado de manera breve en el título referente al núcleo esencial, se puede afirmar que toda autoridad con potestad normativa se encuentra obligada a respetar el contenido mínimo de los derechos garantizados a nivel constitucional caso contrario, de conformidad con el artículo 425 y 428 de la Constitución, los servidores judiciales, en caso de duda tienen la obligación de consultar a la Corte Constitucional para que resuelva la inconstitucionalidad.

En lo relacionado al principio de progresividad es imprescindible considerar que este principio consiste en la obligación del estado del desarrollo progresivo del contenido de los derechos y en consecuencia bajo este principio se debe tener

en cuenta que es inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. Por tanto el legislador por ningún motivo se encuentra facultado para restringir el contenido mínimo de un derecho mediante un acto normativo, lo que implica que las disposiciones contenidas en el COGEP no pueden restringir el contenido mínimo del derecho de acceso gratuito a la justicia, por el contrario en función de este principio debían haber desarrollado progresivamente el ámbito jurídico protegido del derecho mismo. Adicionalmente, si no respeta el principio matriz de acceso a la justicia tampoco respetan las indicaciones.

Respecto a los principios específicos del derecho de acceso gratuito a la justicia, el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador establece que este derecho deberá ejercerse con sujeción a los principios de inmediación y celeridad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Código Orgánico General de Procesos, el principio de inmediación consiste en que “La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso.” (COGEP, 2015)

En lo relacionado al principio de celeridad, el Código Orgánico de la Función Judicial establece que este principio consiste en que “la administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.” (COFJ, 2009)

Después de analizar los principios específicos establecidos en el artículo 75, se puede evidenciar que los principios de inmediación y celeridad no pueden ser aplicados, si no se garantiza el acceso a la justicia, por lo que es indispensable remitirse a lo establecido en el artículo 168 de la Constitución, en el cual se tipifican los principios que se deben aplicar a la administración de justicia, siendo estos: la independencia interna de los órganos de la función judicial; la autonomía administrativa, económica y financiera; la prohibición de las autoridades de las demás funciones del Estado para poder desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria; la publicidad de los juicios y las decisiones judiciales en todas las etapas; el principio de oralidad y, el principio de gratuidad, mismo que garantiza que: “El acceso a la administración de justicia será gratuito. (...)” (CRE, 2008)

Para el ejercicio del derecho de acceso gratuito a la justicia, es oportuno considerar que la Función Judicial, se encuentra integrada por órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, y que por mandato del artículo 178 de la Constitución, solo los órganos jurisdiccionales son los encargados de administrar justicia, lo que implica que estos órganos tienen la obligación de aplicar los principios para la administración de justicia establecidos en el art. 168 ibídem, incluyendo al principio de gratuidad. El servicio notarial se encuentra dentro de los órganos auxiliares, los mismos que al no ser los encargados directamente de la administración de justicia, están facultados para el cobro de tasas notariales previamente establecidas por la Ley.

Ahora bien, con la promulgación del COGEP, tácitamente se delega una atribución de los órganos jurisdiccionales a un órgano auxiliar, pues a pesar de que no se tipifique expresamente la imposibilidad de los cónyuges sin hijos dependientes para divorciarse en la vía judicial, se establece que bajo el procedimiento voluntario, únicamente se podrá sustanciar divorcios de cónyuges “siempre” que existan hijos dependientes y en consecuencia, la sustanciación de los divorcios por mutuo consentimiento sin hijos dependientes

solamente se puede realizar en la vía notarial y ya no en la vía judicial, como se lo podía hacer con el Código de Procedimiento Civil. La legalidad de esta delegación de atribuciones no es materia del presente trabajo de titulación; sin embargo, para efectos de garantizar el acceso gratuito a la justicia, el legislador debió prever que el pago de la tasa notarial vulneraba no solo el derecho de acceso gratuito a la justicia, sino también el principio de gratuidad previsto para la administración de justicia, por lo que esta delegación implementada con el COGEP, debió disponer una reforma a la ley notarial en la que se indique que estos casos se sustancien en la vía notarial de manera gratuita.

En fin, de conformidad con lo establecido por Ramiro Ávila Santamaría, se debe entender que los principios de aplicación analizados en la primera parte deben ser aplicados al ejercicio del derecho, no sólo por los jueces o las autoridades judiciales, sino también deben ser tomados en cuenta por el legislador en la elaboración de los actos normativos, de manera que se pueda garantizar de manera efectiva el ejercicio de los derechos constitucionales. Para el caso del derecho de acceso gratuito a la justicia, también es indispensable su ejercicio bajo los principios que rigen a la administración de justicia, pues en caso de que se vulneren cualquiera de estos por un acto normativo, se podría recaer en la violación de un derecho y un principio constitucional y por tanto en la inconstitucionalidad del acto normativo.

2. CAPITULO II. EL DERECHO DE ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Dentro del presente título es pertinente realizar una comparación entre la legislación vigente y la legislación recientemente derogada en lo relacionado a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil aplicables al divorcio por mutuo consentimiento en los casos en los que los cónyuges no poseen hijos menores de edad y las disposiciones vigentes establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, en adelante COGEP. Es importante realizar un análisis comparativo de la legislación ecuatoriana, debido a que la reforma

establecida en el COGEP, afecta directamente al ejercicio del derecho de acceso gratuito a la justicia en el caso de los cónyuges sin hijos menores de edad que han optado por divorciarse.

2.1. Antecedentes del derecho de acceso gratuito a la justicia en la legislación ecuatoriana

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador 2008, se encontraba vigente la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, la misma que de conformidad con lo establecido en su artículo 207, solamente garantizaba la gratuidad en la administración de justicia para los casos en materia penal, de alimentos, de menores y laborales, para el resto de casos, otorgaba la atribución al Consejo Nacional de la Judicatura para que fije el monto de la tasa correspondiente a los servicios judiciales. Durante el tiempo que se encontraba vigente esta Constitución, para los casos en los que los cónyuges decidían divorciarse por mutuo consentimiento, independientemente de si poseían o no hijos bajo su dependencia, para poder presentar la demanda debían realizar el pago de una tasa judicial equivalente a USD 10 diez dólares de los Estados Unidos de América. (El Universo, 2008)

El 15 de abril de 2007, mediante una consulta popular, el pueblo ecuatoriano aprobó la convocatoria a una Asamblea constituyente y el 30 de septiembre del mismo año se eligieron a 130 asambleístas para que la conformaran. Dentro del Pleno de la Asamblea hubo muchos puntos en debate y uno de los principales se encontraba enfocado en el acceso a la justicia. El asambleísta Rafael Esteves, miembro de la mesa 8 de Justicia, sostenía que el acceso gratuito a la justicia debía ser garantizado en la nueva Constitución, pues las disposiciones contenidas en la Constitución de 1998 eran discriminatorias y generaban diferencias entre pobres y ricos al requerir que para acceder a la justicia se realice el pago de tasas judiciales (El Universo, 2008). Esta tesis fue acogida por los demás miembros del pleno de la Asamblea, y finalmente en la Constitución de la República del Ecuador 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, se garantiza el derecho de acceso gratuito a la justicia.

A la entrada en vigencia de la nueva Constitución se eliminaron las tasas judiciales y en función del principio de progresividad y no regresividad, el contenido de los derechos constitucionales de protección se ha ido desarrollando de manera progresiva y se ha garantizado la gratuidad no solo en el acceso a la justicia, sino también se han realizado reformas tendientes a garantizar el patrocinio gratuito de un abogado. Ahora bien, en lo relacionado al derecho de acceso gratuito a la justicia, específicamente en los casos de divorcios sin hijos dependientes se puede afirmar que el COGEP no ha considerado ciertos aspectos indispensables para no transgredir el principio de progresividad.

Hasta el 22 de mayo de 2015 se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil, bajo el cual el divorcio por mutuo consentimiento se tramitaba mediante un procedimiento verbal sumario. En virtud de que la Constitución 2008 garantiza el acceso gratuito a la justicia, los cónyuges que no poseían hijos dependientes tenían la facultad de escoger si se divorciaban por la vía judicial, de manera gratuita, o se remitían a la competencia de un notario, considerando que esta segunda opción requería el pago de una tasa notarial. La ventaja de someterse a la competencia de un notario para divorciarse implicaba una reducción trascendental en los términos para efectuar el proceso de divorcio; sin embargo, el derecho de acceso gratuito a la justicia se seguía garantizando, pues quedaba a voluntad de la persona ejercer su derecho de acceso gratuito en la vía judicial o divorciarse por la vía notarial.

Desde el año 2016, que entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, para los cónyuges que no poseen hijos dependientes, esta facultad de escoger la vía por la cual divorciarse ha sido restringida, pues de acuerdo a las reformas legales de la Ley Notarial y lo dispuesto el artículo 340 del COGEP explicados más adelante, los cónyuges sin hijos dependientes podrían divorciarse únicamente por la vía notarial, lo que condiciona el ejercicio del derecho de acceso a la justicia al pago de una tasa notarial.

2.2 Disposiciones vigentes aplicables al divorcio por mutuo acuerdo para los cónyuges sin hijos menores de edad

Dentro del presente título, se considera oportuno analizar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que son aplicables a los divorcios por mutuo consentimiento en los que los cónyuges no poseen hijos dependientes.

2.2.1 Código Civil

El Código Civil ecuatoriano, codificado en junio del 2005, en su artículo 105 determina que el matrimonio puede terminar por cuatro causales, siendo estas: la muerte de uno de los cónyuges, una sentencia ejecutoriada que determine que el matrimonio es nulo, una sentencia ejecutoriada que resuelva conceder la posesión definitiva de los bienes de una persona que ha desaparecido y finalmente por un divorcio.

Para el caso del divorcio, prevé dos situaciones, la primera consiste en el divorcio contencioso, que requiere del perfeccionamiento de una causal para poder interponer la demanda y la segunda que permite a los cónyuges interponer la demanda por mutuo consentimiento. Sin embargo, en el COGEP, para los divorcios por mutuo consentimiento de cónyuges sin hijos dependientes se le da un tratamiento procesal diferente, pues no los incluye dentro del procedimiento voluntario, ni en ningún otro, por lo que su sustanciación es excluida de la vía judicial.

2.2.2 Reformas incluidas en el Código Orgánico General de Procesos.

El Código Orgánico General de Procesos fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 506 el 22 de mayo de 2015 y entró en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial. Este cuerpo normativo derogó al Código de Procedimiento Civil y tipifica

el procedimiento bajo el cual se debe sustanciar el divorcio por mutuo consentimiento. Para efectos del presente trabajo de titulación es indispensable el análisis normativo dos artículos, el Art. 334 que tipifica los casos que se deben sustanciar bajo el procedimiento verbal sumario, y el artículo 340, el cual establece las disposiciones legales, aplicables a la sustanciación de los divorcios por mutuo acuerdo.

El artículo 334 establece lo siguiente:

Art. 334.- Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

(...)

3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes. (Lo resaltado en cursiva me corresponde) (COGEP, 2015)

El artículo 340 establece lo siguiente:

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***, se sustanciará ante la o el juzgador competente. (Lo resaltado en cursiva y negrita me corresponde)

La o el juzgador convocará a los cónyuges o a los convivientes a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial y ratificarán su decisión de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

Si en la audiencia, los cónyuges o los convivientes han acordado sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años y de los bienes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

En caso de divorcio o terminación de la unión de hecho se dispondrá la inscripción de la sentencia conforme con la ley.

De no haber acuerdo sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años, el asunto se sustanciará ante la o el mismo juzgador en procedimiento sumario y resuelta esta controversia se declarará disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho. (COGEP, 2015)

Aparentemente esta disposición legal no vulnera el derecho de acceso gratuito a la justicia, por lo que es necesario realizar un análisis al primer inciso del artículo antes mencionado, el mismo que establece que los cónyuges pueden divorciarse de mutuo acuerdo bajo un procedimiento voluntario, siempre que tengan hijos dependientes, lo que en la aplicación excluye a los cónyuges que no tienen hijos dependientes y los remite al procedimiento establecido en la vía notarial, claramente vulnerando su derecho a acceder gratuitamente a la justicia y pagar una tasa notarial..

Esta disposición normativa implica una delegación tácita de funciones del órgano jurisdiccional a uno de los órganos auxiliares y en consecuencia, los servicios notariales, al no estar encargados de la administración de justicia de manera directa, se encuentran facultados para el cobro de las respectivas tasas notariales, condicionando de esta manera el ejercicio del derecho de acceso a la justicia a un pago.

2.2.3 Ley Notarial

Con la entrada en vigencia del COGEP (Código Orgánico General de Procesos) considerando que el artículo 340, prevé que se pueden someter a un procedimiento voluntario los cónyuges “*siempre que haya hijos dependientes*”, obliga a los cónyuges que desean divorciarse por mutuo acuerdo y que no poseen hijos dependientes, a sustanciar su divorcio bajo el procedimiento establecido en la Ley Notarial.

El artículo 18 de la Ley Notarial establece el siguiente procedimiento de sustanciación de divorcios por mutuo consentimiento únicamente para los casos que no existan hijos dependientes:

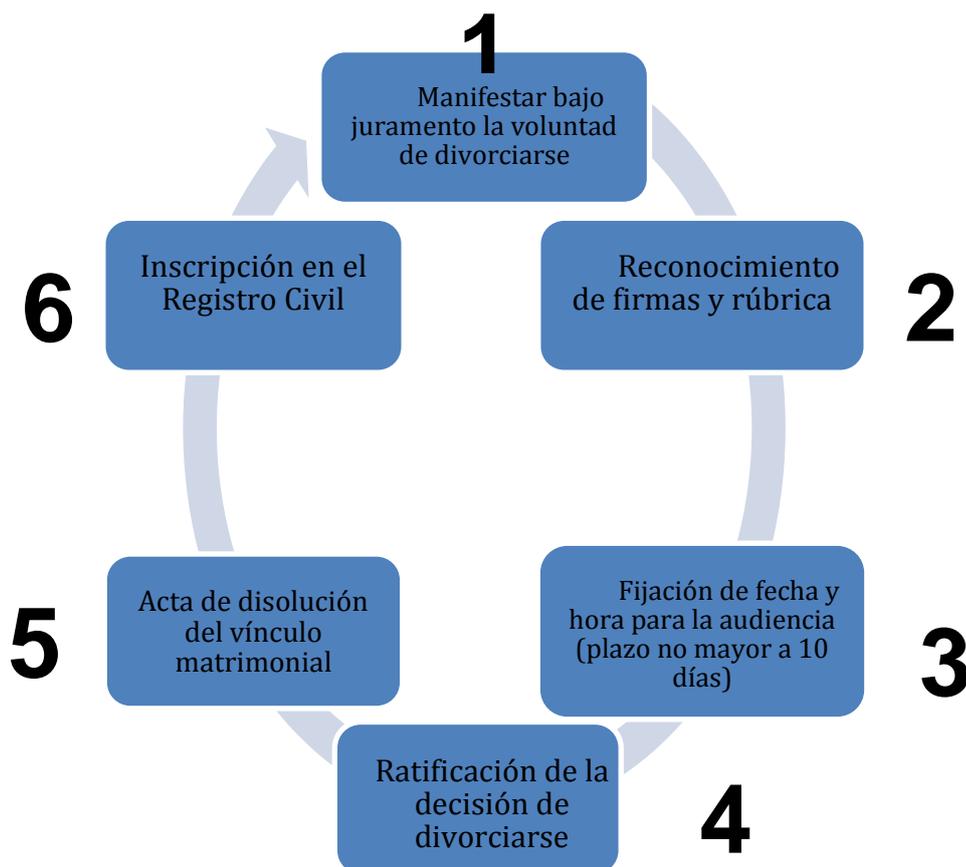


Figura 1. Procedimiento.

El procedimiento establecido en la Ley notarial permite que las partes comparezcan de forma directa o a través de procuradores especiales. Es necesario recalcar que para el caso en el que no pueda realizarse la audiencia en la cual se realiza la ratificación de la voluntad de los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, se puede solicitar una nueva fecha y hora para que se lleve a cabo dicha diligencia siempre que se realice dentro de los cinco (5) días posteriores a la fecha en la cual debió realizarse la primera audiencia. Si las partes no concurren a la segunda audiencia, el notario archivará la petición.

Es necesario recalcar que el notario dentro de los habilitantes de esta diligencia notarial, descarga una certificación en línea que se obtiene del Registro Civil, en donde constan los datos de cada persona y los hijos que posee.

2.3 De la gratuidad del acceso a la justicia en el divorcio por mutuo consentimiento sin hijos dependientes

Se puede considerar que el ejercicio de los derechos constitucionales se encuentra íntimamente relacionado con el presupuesto que el Estado asigna para poder garantizar el ejercicio de cada uno, por lo que para efectos del presente trabajo de titulación es indispensable realizar un breve análisis de lo que implica el acceso gratuito a la justicia en el Ecuador.

Stephen Holmes afirma que todos los derechos tienen un costo y para que el Estado pueda garantizar su ejercicio debe contar con un presupuesto que le permita financiar cada uno de elementos indispensables para su efectivo goce. “El costo de los derechos puede leerse como una exhortación a reconocer la vinculación entre derechos y gasto estatal” (Holmes & Sunstein, 2011. p. 20). Por ejemplo para el caso de la Justicia en el Ecuador, en el año 2018, el Estado contempló dentro de su presupuesto general USD 65,497,086.00 dólares para el sector jurisdiccional, compuesto por el Consejo de la Judicatura, la Corte Constitucional, la Fiscalía y la Defensoría Pública, los mismos que se encuentran a cargo de la Administración de Justicia (Ministerio de Finanzas, 2017).

Como se puede evidenciar, para que los ecuatorianos puedan acceder de manera gratuita a la justicia, el Estado debe destinar una parte de su presupuesto general al sector jurisdiccional y de esta manera poder garantizar el ejercicio de este derecho, lo que implica que el costo de la administración de justicia se encuentra cubierto por el presupuesto del Estado.

Por este motivo, autores como Joel Escudero sostienen que la gratuidad en el acceso a la justicia no existe como tal, debido a que la Justicia no es gratuita, ni tampoco su acceso, pues para que el estado tenga un presupuesto para financiar el gasto que genera, debe recaudar a través del sistema tributario los fondos de los mismos ciudadanos, en consecuencia, lo que garantiza la

Constitución del Ecuador del 2008, es un acceso libre a la justicia generada por un efecto redistributivo. (Escudero, 2018)

Ahora bien, después del análisis hecho en los párrafos anteriores, se puede concluir que la administración de justicia no es estrictamente gratuita, tiene un costo que es financiado por el Estado e indirectamente por todos los ecuatorianos que contribuyen a los activos del presupuesto del estado mediante el pago de sus impuestos, pero para efectos del ejercicio del derecho de acceso gratuito a la justicia se debe entender que su costo ya está cubierto previamente por el Estado, por lo que para poder acceder a la justicia no se requiere que el accionante cubra con ningún valor o costa procesal, porque esto generaría indirectamente un doble pago.

Por lo tanto el acceso gratuito a la justicia es cubierto por todos los ecuatorianos a través de la recaudación fiscal, por lo cual no debería cobrarse esa tasa notarial para el acceso al divorcio por mutuo consentimiento en la vía notarial.

La Constitución de la República del Ecuador 2008, garantiza la gratuidad del acceso a la justicia, como derecho constitucional y a su vez como un principio constitucional.

En cuanto al derecho constitucional, el artículo 75 establece:

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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En cuanto al principio constitucional, el artículo 168 numeral 4 establece:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En función de estas dos disposiciones legales, y de acuerdo con uno de los principios constitucionales de aplicación, el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos y principios constitucionales, por lo que este derecho y el principio de acceso gratuito a la justicia deben ser garantizados a todas las personas, sin importar su condición económica, estado civil, o si tienen o no hijos dependientes, pues de no hacerlo la administración de justicia recaería en un acto discriminatorio. Por tanto la legislación que se dicte a fin desarrollar el ejercicio del derecho de acceso gratuito a la justicia, debe garantizar la gratuidad en el acceso a absolutamente todas las personas, pues si se tipifican excepciones injustificadas en la norma, el acto normativo sería inconstitucional.

3. CAPÍTULO III. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 340 DEL COGEP

En función del análisis realizado a los elementos que integran el núcleo esencial del derecho de acceso gratuito a la justicia, así como los principios que rigen al ejercicio e interpretación del mismo, dentro del presente título, se analizará el principio de supremacía constitucional y el control constitucional, como mecanismo de protección a la constitucional, se determinarán con precisión los argumentos que demuestran que el artículo 340 del COGEP contiene disposiciones que transgreden a lo garantizado por la Constitución y finalmente se estudiará la acción de inconstitucionalidad como solución al problema jurídico planteado.

3.1 Control Constitucional y Principio de Supremacía Constitucional

Se puede considerar al control constitucional como el mecanismo indispensable para la existencia de un Estado Constitucional de Derecho que le permite al órgano determinado como competente, velar por el estricto cumplimiento de la Constitución. El control constitucional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de supremacía constitucional, pues este radica en que la Constitución es la norma suprema y por tanto prevalece sobre cualquier otra norma que integra al ordenamiento jurídico. En efecto, todas las normas o actos del poder público que se emitan deben guardar armonía con las disposiciones constitucionales pues de no hacerlo carecen de eficacia jurídica.

Luciano López afirma que el control constitucional es “el instituto sistémico destinado a buscar, del modo más eficaz, el cumplimiento cabal de la Constitución.” (López, 2017)

Pedro Cruz Villalón manifiesta que:

“El control de constitucionalidad es una garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa del Estado o, como la manera de proteger la integridad de la Carta mediante sentencias que pongan fin, de una vez por todas, a las inquietudes y criterios que se tengan sobre si una norma se ajusta o no a la Constitución.” (1987, p. 26)

Luis Fernando Torres dice que el control constitucional no es sino “la consecuencia lógica de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico en el cual la Constitución ocupa el primer lugar. El control garantiza la eficacia del principio de constitucionalidad y, sobre todo, la supremacía de la Constitución.” (1987, p. 48)

En el Ecuador, existen dos tipos de control constitucional, por un lado el control concreto, el mismo que en función de lo establecido en el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en concordancia con el artículo 428 de la Constitución, faculta a los jueces, en el caso de que consideren que una norma jurídica es contraria a la Constitución, a consultar a la Corte Constitucional, para que esta se pronuncie en lo relacionado a la constitucionalidad de la norma en conflicto y por otro lado el control abstracto que se deslinda de los casos concretos y de conformidad con lo establecido en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución en concordancia con el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, también otorga a la Corte Constitucional la competencia para pronunciarse en cuanto a la inconstitucionalidad de una norma al determinar incompatibilidades de esta con la Constitución. Por tanto, el control abstracto y el concreto están concentrados en la Corte Constitucional.

Juan Francisco Guerrero afirma que el control constitucional abstracto sirve para:

(...) garantizar la adecuación de las normas que componen el ordenamiento jurídico al contenido de la Constitución. Se denomina abstracto porque se lleva a cabo supuestamente con abstracción de la aplicación concreta de la normas a una hipótesis de hecho determinada y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad o no de un texto normativo (sin importar si se aplica o nunca se ha aplicado) (...) (2012. p.109)

En este mismo sentido, el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional manifiesta que la finalidad del control abstracto de constitucionalidad se enfoca en “*garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico*” (lo resaltado en cursiva me corresponde); mientras que el artículo 141

establece que el control concreto tiene como finalidad “garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

En fin, se puede considerar al Control Constitucional abstracto como un mecanismo que permite al órgano competente, realizar un estudio de constitucionalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico frente a la Constitución, permitiéndole de esta manera determinar si existen disposiciones que transgredan al contenido constitucional con el fin de eliminarlas y garantizar la seguridad jurídica, pero sobretodo la supremacía constitucional, así como la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico con la Constitución.

En cuanto al principio de supremacía constitucional, autores como María Susana Villota afirman que:

Es el principio de supremacía constitucional el que se constituye en el fundamento dogmático del control de constitucionalidad a las omisiones legislativas, porque impone un deber permanente de vigilar y sancionar todo tipo de contravención a la constitución, bien se trate de acciones positivas que la violenten o bien de omisiones que obstaculicen el desarrollo real de sus preceptos. (2012, p. 471)

Juan Francisco Guerrero del Pozo:

“El principio de supremacía constitucional tiene como origen la consideración de que la Constitución es suprema, si bien la respuesta a por qué esta norma es de tal importancia, (...) es suprema porque así lo acordó un pueblo a través del poder constituyente, (...) porque ella misma lo manifiesta, o en su defecto, porque recoge principios y valores que son de tal carácter e importancia que requieren una garantía de no desconocimiento.” (Guerrero, 2011)

Adicionalmente este autor sostiene que la supremacía constitucional desde el punto de vista jurídico, está compuesta de dos aspectos fundamentales, por un lado el aspecto material y por otro el formal. En cuanto al sentido material implica la compatibilidad del contenido de todas las normas jurídicas infraconstitucionales con los valores y principios, establecidos en la Constitución de la república del Ecuador. El aspecto formal implica que la normas infraconstitucionales deben ser emitidas siguiendo los procedimientos de la constitución. (Guerrero, 2011)

Julio César Trujillo afirma que el principio de supremacía constitucional radica en que la Constitución es una norma superior a todas las otras normas que rigen en un país debido a que ésta además de regular su forma de creación, establece las instituciones u órganos responsables de la consecución de sus fines, fija el contenido mínimo de los derechos y los límites de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico. (2012, p.186) (Lo resaltado en cursiva me corresponde)

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 424 tipifica el principio de supremacía constitucional: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En fin, después de los aportes antes mencionados, se puede afirmar que la supremacía constitucional y el Control Constitucional se encuentran estrechamente relacionados, pues al realizar el control constitucional se debe observar el principio de supremacía constitucional el cual determina que la constitución al ser la norma suprema, sus disposiciones deben prevalecer ante cualquier otra norma.

Finalmente, es necesario considerar que de conformidad con lo establecido en el literal d) del artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

Control Constitucional, en concordancia con el artículo 436 numeral 3 y 429 de la Constitución, la Corte Constitucional es el órgano con competencias para realizar el control constitucional.

En conclusión se puede considerar que el control constitucional es el mecanismo que permite al órgano competente velar por el estricto cumplimiento de la constitución, garantizando de esta manera el principio de supremacía constitucional y su fuerza normativa.

Para efectos del presente trabajo de titulación, considerando que el objetivo principal es demostrar la inconstitucionalidad del artículo 340 del COGEP, se puede concluir que la Corte Constitucional es el órgano competente de realizar un control constitucional abstracto en el cual se analice si esta disposición transgrede el contenido constitucional relacionado con el núcleo del derecho de acceso gratuito a la justicia y los principios de aplicación y los principios que rigen a la administración de justicia.

3.2 Análisis de los fundamentos de la inconstitucionalidad del artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos

Como se ha indicado anteriormente, el objetivo del presente trabajo de titulación se enfoca en demostrar que el artículo 340 del COGEP es inconstitucional. Del análisis realizado anteriormente al concepto de inconstitucionalidad, se puede considerar inconstitucional a cualquier disposición jurídica que contradiga al contenido constitucional. En consecuencia, se puede afirmar que el artículo 340 del COGEP transgrede a las siguientes disposiciones constitucionales:

El artículo 340 del COGEP establece que se podrá sustanciar el divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, en un procedimiento voluntario, siempre que haya hijos dependientes. El legislador al establecer el término “siempre que”, establece como requisito para divorciarse por mutuo

consentimiento en la vía judicial, tener hijos dependientes y automáticamente imposibilita a los cónyuges que no cumplan con este requisito, a acceder a la justicia de manera gratuita, pues estos casos deben ser sustanciados en la vía notarial pagando la respectiva tasa establecida.

Esta disposición vulnera las siguientes disposiciones constitucionales:

1) Principios de aplicación (Art. 11 numerales 2, 4, 8 y 9 CRE):

1. Se puede afirmar que se vulnera al principio de igualdad y no discriminación debido a que este artículo establece como requisito para poder divorciarse en la vía judicial, tener hijos dependientes, lo que imposibilita a las cónyuges que no cumplen con este requisito a acceder a esta vía, remitiéndolos automáticamente a la vía notarial, la misma que requiere del pago de una tasa notarial para poder sustanciarse. Si bien es cierto, la posibilidad de que los notarios sustancien los divorcios por mutuo consentimiento sin hijos dependientes ha descongestionado las unidades judiciales, no se puede por este beneficio, justificar la privación del ejercicio del derecho al acceso gratuito a la justicia de los cónyuges que quieren divorciarse en la vía judicial.

Se considera que se vulnera el principio de igualdad cuando el legislador no ha realizado una justificación coherente y objetiva en la que se demuestren los efectos de la aplicación de la norma a emitirse y la finalidad de la excepción que se ha realizado mediante la misma norma. Es decir, que principalmente se debe buscar que exista una relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo y los medios empleados. En este caso, el objetivo de esta delegación de atribuciones del órgano jurisdiccional a un órgano auxiliar (servicio notarial) recaía en descongestionar la vía judicial, pero evidentemente el fin perseguido no es proporcional al medio empleado, pues un beneficio a la función judicial no debería ser

obtenido a cambio de la vulneración de un derecho constitucional y en consecuencia no existe una justificación coherente. Por tanto, no se puede justificar la vulneración del derecho de acceso gratuito a la justicia de los cónyuges sin hijos dependientes que desean divorciarse.

En consecuencia, se puede considerar a esta disposición como un acto discriminatorio, que *transgrede el principio de igualdad* debido a que perjudica y limita el ejercicio del derecho de acceso gratuito a la justicia a aquellos cónyuges que desean divorciarse por mutuo acuerdo en la vía judicial y no poseen hijos dependientes.

2. El núcleo esencial del derecho de acceso gratuito a la justicia se encuentra integrado por el acceso a la justicia y por la gratuidad en el acceso, y el artículo 340 del COGEP al no permitir la sustanciación en la vía judicial de los divorcios por mutuo acuerdo de cónyuges sin hijos dependientes delega tácitamente la sustanciación a un notario, lo que genera que la administración de justicia no sea gratuita. Por tanto, vulnera el *principio de prohibición de restricción del contenido mínimo del derecho constitucional*, pues para que sustancie el procedimiento respectivo, es indispensable que el accionante realice el pago de una tasa notarial, lo que viola el elemento del contenido mínimo del derecho que recae en la gratuidad y por tanto vulnera también el derecho de acceso gratuito a la justicia.
3. El principio de progresividad se enfoca en que el contenido mínimo de los derechos debe desarrollarse de manera progresiva. Con la promulgación de la Constitución 2008, se desarrolla progresivamente el contenido del derecho de acceso gratuito a la justicia, pues con la Constitución Política de 1998, solo se garantizaba la gratuidad de la justicia solo en ciertas materias, sin embargo con la promulgación del COGEP, al disponer en su artículo 340 una disposición que limita el ejercicio de este derecho por una determinada condición, no se está desarrollando de manera progresiva el contenido del derecho y por el contrario este sería un acto normativo regresivo que disminuye la

protección del derecho de acceso gratuito a la justicia.

4. El último de los principios de aplicación tipificado en el artículo 11 de la Constitución, radica en que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, en consecuencia el Estado debería garantizar el derecho de acceso gratuito a la justicia, declarando al artículo 340 como inconstitucional y aceptando la sustanciación, bajo el procedimiento voluntario, de los divorcios de cónyuges sin hijos dependientes.

2) Adicional a los principios de aplicación descritos en el numeral anterior, el artículo 340 del COGEP vulnera el siguiente principio que rige a la administración de justicia y en consecuencia al derecho de acceso gratuito a la justicia:

1. El artículo 168 numeral 4 de la Constitución establece los principios que deben aplicarse para la Administración de Justicia, y dentro de estos contempla el principio de gratuidad. El artículo 340 del COGEP al delegar tácitamente la competencia de un juez a un notario para sustanciar los divorcios por mutuo acuerdo de cónyuges sin hijos dependientes, implica que el accionante deba pagar una tasa notarial, lo que implica que no se está aplicando el principio de gratuidad en la administración de justicia para estos casos. La sustanciación de estos casos sin duda corresponde a los órganos jurisdiccionales, los mismos que por mandato constitucional son los competentes para la Administración de Justicia. El legislador, al establecer esta delegación, debió disponer una reforma a la Ley Notarial en la que determine que la sustanciación de estos casos se la debe realizar de manera gratuita.

3) El artículo 75 de la Constitución de la República del 2008 garantiza a todas las personas el derecho al acceso gratuito a la justicia sin excepción, sin

embargo el artículo 340 del COGEP, no permite a todas las personas someterse a un procedimiento voluntario para poder divorciarse, sino sólo a aquellos cónyuges que poseen hijos dependientes, dejando fuera a los cónyuges que no los poseen lo que vulnera las disposiciones garantizadas por el artículo 75 de la CRE.

4) El artículo 424 de Constitución establece que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, por lo que la Asamblea en el ejercicio de sus funciones legislativas debe velar por que los actos normativos a emitirse no posean disposiciones contrarias a la Constitución, y en efecto, debió analizar previa a la promulgación del COGEP, que el artículo 340 transgrede todos los artículos de la Constitución mencionados en los numerales anteriores.

En conclusión se puede afirmar que el artículo 340 del COGEP es inconstitucional debido a que es incompatible con las siguientes disposiciones constitucionales: los principios de aplicación establecidos en el artículo 11 numerales 2, 4, 8 y 9, esto es los principios de igualdad, prohibición de restricción del contenido mínimo de los derechos, progresividad y del deber del estado de respetar y hacer respetar los derechos constitucionales; el principio de gratuidad que debe ser aplicado para la administración de justicia establecido en el artículo 168 numeral 4; el artículo 75 al transgredir uno de los elementos del derecho constitucional que recae en la gratuidad; y finalmente, el artículo 424 debido a que la Asamblea emitió un acto que no guarda conformidad con las disposiciones constitucionales antes mencionadas.

3.3 De la acción de inconstitucionalidad

Julio César Trujillo afirma que la acción de inconstitucionalidad es el poder jurídico, reconocido por el Derecho, que faculta a solicitar a un juez que resuelva un conflicto de derecho enfocado en una antinomia o contradicción, sea esta por la forma o por el fondo o contenido, entre la norma constitucional y

una norma infraconstitucional y concluye que esta acción:

Es un proceso objetivo o de Derecho Objetivo que interesa sea resuelto para conservar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, función primordial de la Corte Constitucional, y para garantizar a todos la seguridad jurídica. (2013, p.203)

Juan Francisco Guerrero del Pozo manifiesta que la acción de inconstitucionalidad “es el mecanismo de control abstracto por antonomasia que le corresponde conocer a la Corte Constitucional, (...) es una modalidad de control a posteriori, es decir que se lo ejerce una vez que la norma ha sido promulgada y se encuentra vigente.” (Guerrero, 2011)

De conformidad con los aportes antes citados, se puede considerar a la acción de inconstitucionalidad como un mecanismo o acción que faculta a cualquier persona, de manera individual o colectiva, a acudir ante la autoridad competente, la misma que de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador 2008 es la Corte Constitucional, para que mediante un control constitucional abstracto, determine e identifique si existe incompatibilidades por razones de fondo entre una norma infraconstitucional y la Constitución.

De acuerdo con los argumentos planteados en el título anterior, la solución al problema jurídico planteado recae en la interposición de una acción de inconstitucionalidad en la cual, siguiendo los requisitos establecidos en el artículo 79 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se solicite que la Corte Constitucional, declare inconstitucional el artículo 340 del COGEP, por transgredir el núcleo esencial del derecho de acceso gratuito a la justicia (art. 75 CRE) , los principios de aplicación (Art. 11 n 2, 4, 8 y 9) y el principio de gratuidad que rige a la administración de justicia (Art. 168 n4). Finalmente dentro de la acción de inconstitucional se podría

solicitar como medida cautelar que hasta que la Corte Constitucional resuelva la acción, se admitan en la vía judicial las demandas de divorcios por mutuo acuerdo sin hijos dependientes.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

Después de haber analizado a profundidad los elementos que componen el núcleo el derecho de acceso gratuito a la justicia, así como los principios de aplicación de los derechos constitucionales y los principios que rigen a la administración de justicia, podemos concluir que la disposición “siempre que haya hijos dependientes” contenida en el artículo 340 del COGEP, vulnera:

Principios de aplicación (Art.11 numerales 2, 4, 6 y 8): principio de igualdad y no discriminación, el principio de prohibición de restricción del contenido de los derechos, el principio de progresividad, el principio que establece que el más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos constitucionales.

Principio que rige a la Administración de Justicia (Art.168 numeral 4): Principio de gratuidad.

Núcleo esencial del derecho de acceso gratuito a la justicia (Art. 75): Elemento del núcleo que recae en la gratuidad en el acceso a la justicia.

Principio de Supremacía Constitucional (Art. 424).

En consecuencia, el legislador al promulgar las disposiciones contenidas en el artículo 340 del COGEP, debió disponer una reforma a la ley notarial en la que se indique que estos casos se sustancien en la vía notarial de manera gratuita.

4.2 Recomendaciones

Se recomienda interponer una acción de inconstitucionalidad al artículo 340 del COGEP ante la Corte Constitucional, en la que se solicite se haga una reforma a este artículo suprimiendo las palabras “siempre que haya hijos dependientes”, ya que esto discrimina, imposibilita e impone a todas las personas sin hijos dependientes que quieren divorciarse o dar por terminado la

unión de hecho por mutuo consentimiento por la vía judicial a ir ante un notario y pagar una tasa notarial.

Se recomienda una reforma a la ley Notarial para que el divorcio o terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento acate lo que manda la constitución y sea gratuito.

REFERENCIAS

- Ávila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías Ensayos críticos*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) y Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Benavides, J. y Escudero, J. (2011). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Ecuador: CEDEC y CCE.
- Bolaños, E. (2016). *Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general*. Recuperado el 27 de mayo de 2018 de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/60970/pdf>
- Código Orgánico General de Procesos*. (2015). Registro oficial 506, 22 de Mayo 2015, Suplemento, Suplemento 759 de 20 de Mayo del 2016.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Cruz, P. (1988). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- EL UNIVERSO (2008). *En Carta Magna se elimina todo tipo de cobro de tasas judiciales*. Recuperado el 27 de mayo de 2018 de <https://www.eluniverso.com/2008/05/09/0001/8/3F913ED1C51840A3B77BAA715B706C7E.html>
- Escudero, J. (05 de mayo de 2018). *La gratuidad en el acceso a la Justicia*. (J. M. García, Entrevistador)
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) y Corte Constitucional para el Período de Transición
- Guerrero, J. (2011). *Aproximación al control abstracto en el Ecuador. Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial 2: control constitucional y otras competencias de la corte constitucional*.

Recuperado el 05 de mayo de 2018 de https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/apuntes_derecho_procesal_t3.pdf

Haberle, Peter. (2004). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Dykinson.

Holmes, S. y Sunstein, C. (2000). *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Londres, Inglaterra: WW Norton & Company.

Kemelmajer, A. (2003). El principio constitucional de igualdad. *LAS ACCIONES POSITIVAS*. México D.F., México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Lema, M. (2009). *Acceso a la justicia y derechos humanos en Ecuador*. Recuperado el 05 de mayo de 2018 de <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/114AccesoalajusticiaeindigenasECUADOR.pdf>

Ley Notarial. (1966). Registro Oficial 158 de 11 de noviembre de 1966.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009.

López, L. (2017). *EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: ¿UN MODELO AÚN POR ARMAR?* Recuperado el 05 de mayo de 2018 de: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/viewFile/1075/857>

Ministerio de Finanzas (2017). *Presupuesto General del Estado 2018*. Recuperado el 05 de mayo de 2018 de https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/11CN_Por-Sectorial-Entidad-Ingresos.pdf

ONU (2017). *Acceso a la justicia*. Recuperado el 02 de mayo de 2018 de <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>

Ortiz, L. (2010). *EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES Y NIÑAS EN MÉXICO*. Recuperado el 02 de mayo de 2018

- de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/download/11731/10725>
- Real Academia Española. (1992). *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. Madrid, España: UNIGRAF, S.L.
- Saavedra, Y. (2013). Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acceso a la justicia. Recuperado el 02 de mayo de 2018 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/14.pdf>
- Sentencia T-473. (1998). *Derechos Fundamentales - Núcleo Esencial*. Sentencia 3 de septiembre de 1998. (Corte Constitucional Colombiana 3 de septiembre de 1998).
- Torres, L. (1987). *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Ediciones de la Pontificia de la Universidad Católica del Ecuador.
- Trujillo, J. (2013). *Constitucionalismo Contemporáneo*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Villota, M. (2012). *El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho*. Recuperado el 02 de mayo de 2018 de <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a06.pdf>

