



FACULTAD DE DERECHO

**NORMATIVA LEGAL PARA ERRADICAR LA SUPLANTACIÓN DE
IDENTIDAD EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República del Ecuador

Dr. José Alcivar Bernal

Oscar Sebastián Yépez Navas

2010

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.

DR. JOSÉ ALCÍVAR BERNAL

PROFESOR GUÍA

C.C. No. 170687979-6

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

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.

f.: Oscar Sebastián Yépez Navas

C.C. No. 171419494-9

RESUMEN

La fe pública es un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico, que tiene como objetivo el brindar seguridad jurídica a las personas que viven bajo el imperio del mismo en un estado determinado. Por este motivo y al ser el estado su único titular, se encarga de regularlo y determina quienes y la forma como la aplican prácticamente para cumplir con su objeto de dar legitimidad, legalidad y dar forma suficiente a los actos y contratos jurídicos que necesitan realizar las personas para la solemnidad y validez jurídica de los mismos. Así, los notarios son nombrados para aplicar la fe pública a los actos y contratos, por ser servidores públicos, en razón de su profesión de abogados.

El problema jurídico de comisión de falsedades ideológicas en instrumentos públicos notariales, debido a la forma en que se otorgan y la falta de seguridades tecnológicas de los documentos públicos actuales; llevan a buscar soluciones en la aplicación de innovaciones tecnológicas para los documentos de identidad, instrumentos públicos notariales y reconocimiento de personas por medios informáticos que proporcionan un mayor porcentaje de seguridad.

Estos cambios tecnológicos, buscan además el asegurar la identidad de las personas a través de documentos fidedignos que permiten identificar a cada uno por medio de los rasgos menos repetidos en la fisionomía humana y permitir al funcionario que los utiliza con fines que atañen a la fe pública, el realizar esta comprobación de forma inmediata y hasta el negarse a seguir adelante con el otorgamiento de un instrumento público notarial si no existe identificación positiva, a través de los métodos introducidos en la ley para el efecto. Esto recordando que los notarios no pueden valerse de la costumbre para regir sus funciones, sino que deben ceñirse a la Ley.

La introducción de estas nuevas tecnologías en el andamiaje jurídico del país y del servicio notarial tiene su costo, que debe ser asumido por los notarios, siempre que el órgano regulador estatal realice los estudios técnicos necesarios que permitan establecer definitivamente el tipo de medios a usarse y se preocupe de la aplicación de la reforma legal.

ABSTRACT

Public faith is a legal right, protected by the laws, aimed to give legal security to the people who live under the rule of the law in a determined country. For this reason and to be its sole owner status, it handles the regulation and the determination of who and how it is practically applied to fulfill its objective to legitimize, legalize and give enough shape to the legal acts and contracts that people need to execute for its solemnity and legal validity. That way, Notaries are appointed to apply public faith to acts and contracts, cause of their public service, in reason of their legal profession.

The legal problem of the ideological falsehoods commission in the notaries public instruments, because of the way in which they are granted and the lack of technological securities, in the actual public documents; lead us to look for solutions in applying technological solutions on our identity documents, notaries public instruments and the recognition of people by means of data that provide of a greater percentage of security.

This technological innovations, also seek to ensure the identity of the people, through reliable documents, which identify each of the traits through less than once in the human physiognomy and allow the officer that uses them for purposes pertaining to public trust, the making this check immediately and refuse to proceed with the issuance of a notary public instrument if there is positive identification, through the methods introduced in law to the effect. This recalling that notaries cannot invoke the custom to govern its functions, but must abide by the law.

The introduction of this new technologies in the legal structure of the country and the notarial service has its costs, which must be taken by a notary, provided that the states regulatory body performs the necessary technical studies that establish definitively the type of media used and worry about the implementation of the legal reform.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LOS NOTARIOS	
1.1. Definición.....	3
1.1.1. Fe Pública.....	4
1.2. Naturaleza Jurídica e Importancia	
1.2.1. Naturaleza Jurídica.....	7
1.2.2. Importancia de su labor.....	8
1.3. Base Legal: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial y Ley Notarial.....	10
1.3.1. Constitución de la República del Ecuador.....	10
1.3.1.1. Consejo de la Judicatura.....	11
1.3.1.1.1. Capítulo Séptimo: Administración Pública.....	12
1.3.1.1.2. Disposiciones Transitorias.....	14
1.3.2. Código Orgánico de la Función Judicial.....	14
1.3.2.1. Título I: Principios y Disposiciones Fundamentales, Capítulo II: Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales.....	15

1.3.2.2.	Título II: Carreras de la Función Judicial, Capítulo I: Directrices de las Carreras de la Función Judicial, Sección I: Directrices.....	16
1.3.2.2.1.	Título II: Carreras de la Función Judicial, Capítulo II: Ingreso y Promoción.....	17
1.3.2.3.	Capítulo VI: Derechos y Deberes de Servidoras y Servidores de la Función Judicial.....	20
1.3.2.4.	Título IV: Órganos Administrativos, Capítulo I: Consejo de la Judicatura.....	22
1.3.2.5.	Título VI: Órganos Auxiliares de la Función Judicial, Capítulo I: Notarias y Notarios.....	23
1.3.2.6.	Disposiciones Transitorias.....	27
1.3.3.	Ley Notarial.....	28
1.3.3.1.	Atribuciones, Deberes y Prohibiciones de los Notarios....	29
1.3.3.1.1.	Atribuciones.....	29
1.3.3.1.2.	Deberes.....	30
1.3.3.1.3.	Prohibiciones.....	31
1.3.3.1.4.	Título II: Documentos Notariales, Capítulo I: Del Protocolo.....	32
1.3.3.1.5.	Título II: Documentos Notariales, Capítulo III: De las Copias Compulsas.....	32
1.3.3.1.6.	Título III: De la Organización Notarial.....	33

1.3.3.1.7.	Disposiciones Transitorias y Generales.....	33
1.3.4.	Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura Referente a los Aranceles Notariales.....	34
1.4.	Régimen Disciplinario.....	35

CAPÍTULO II: EL INSTRUMENTO PÚBLICO

2.1.	Definición.....	39
2.1.1.	Fuerza Probatoria.....	41
2.1.2.	Forma.....	45
2.1.3.	Autenticidad.....	46
2.1.4.	Importancia.....	47
2.1.5.	Generalidades.....	47
2.2.	Clasificación de los Instrumentos Públicos.....	49
2.2.1.	Instrumentos Públicos Notariales.....	49
2.2.1.1.	Clasificación.....	51
2.2.1.2.	Escritura Pública.....	51
2.2.1.2.1.	Ley Notarial, Título II: Documentos Notariales, Capítulo II: De las Escrituras Públicas.....	52
2.2.1.3.	Actas Notariales.....	54
2.2.1.4.	Reconocimiento de Firmas.....	55

2.3.	Falsedad del Instrumento Público.....	57
2.3.1.	Procedimiento Legal para Declarar la Falsedad del Instrumento Público.....	59
2.4.	Nulidad del Instrumento Público.....	60
2.4.1.	Ley Notarial, Título II: Documentos Notariales, Capítulo IV: De las Nulidades y Sanciones.....	61
2.4.2.	Procedimiento Legal para declarar la Nulidad del Instrumento Público.....	62

CAPÍTULO III: LA IDENTIDAD

3.1.	Definición.....	64
3.1.1.	La Identificación.....	65
3.1.2.	La Cédula de Identidad.....	66
3.2.	Derecho Humano de Primera Generación Reconocido Constitucionalmente.....	67
3.3.	Normativa Vigente que la Regula: Constitución, Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.....	69
3.3.1.	Constitución de la República del Ecuador.....	69
3.3.2.	Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.....	72

3.3.3. Instructivo para la Estandarización de Procedimientos del Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación.....	77
3.3.4. Código de la Niñez y la Adolescencia.....	82
3.3.5. Código Penal.....	84
3.3.6. Corporación de Registro Civil de Guayaquil.....	85

CAPÍTULO IV: SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD EN EL OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

4.1. Definición de Suplantación de Identidad.....	87
4.2. Formas de Falsedades.....	88
4.2.1. Art. 239 del Código Penal.....	88
4.2.2. Art. 337 del Código Penal.....	89
4.2.2.1. Firmas Falsas.....	89
4.2.2.2. Alteración de Actas, Escrituras y Firmas.....	89
4.2.2.3. Suposición de Personas.....	90
4.2.3. Art. 338 del Código Penal.....	91
4.2.4. Art. 339 del Código Penal.....	92
4.3. Alcances de la Suplantación de Identidad.....	93

4.4. La Suplantación de Identidad en los Instrumentos Públicos Notariales.....	94
4.4.1. Escrituras Públicas.....	94
4.4.2. Reconocimiento de Firmas.....	95

CAPÍTULO V: NORMATIVA PARA ERRADICAR LA SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD EN EL OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

5.1. Posibles Soluciones en Derecho Comparado: Normativa a Nivel Iberoamericano para comprobar la Identidad de las personas. (España, Italia, Perú).....	96
5.1.1. Italia.....	96
5.1.2. España.....	97
5.1.2.2. Documento Nacional de identidad.....	99
5.1.3. Perú.....	100
5.2. Factibilidad de Implementación de los Escáneres y Lectores Biométricos en las Notarías.....	103
5.2.1. Tarjetas Inteligentes o Chip.....	105
5.2.2. Lectores Biométricos.....	107
5.2.3. Lectores de Tarjeta Chip.....	108

5.2.4. Sistema Informático.....	108
5.3. Reformas Legales Necesarias para su Implementación...	109
5.3.1. Proyecto de Ley para implementar el Sistema Electrónico de Identificación Biométrica de Personas en las Notarías.....	109
CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	120
ANEXOS.....	123

INTRODUCCIÓN

El Derecho Notarial en el Ecuador avanza conforme con las reformas legales adoptadas con el tiempo, cambiando su organización y sistematizándolo desde 1966 con la Ley Notarial. El escribano se encontraba en la fundación española de las ciudades, dando fe de esta y levantando el acta. Se vislumbra la existencia de este funcionario en América Latina y el sur de Estados Unidos. Los documentos notariales del derecho indiano evolucionan de los romanos. El Corpus Iuris Civilis, es la primera regulación del notariado latino; referido a la actividad del notario, el protocolo y el carácter probatorio del instrumento.

La Tercera Partida, de las Siete dictadas por Alfonso el Sabio, define escritura pública y al escribano público. La Ley de Ventoso de 1803 separó lo notarial de lo judicial. La Reina Isabel Segunda dicta la ley que introduce el requisito de ser profesional en derecho para ejercer esta función, además de sus requisitos de nombramiento, ejercicio, control disciplinario, gobierno, protocolo y copias.

Al independizarnos, aplicamos leyes españolas en Latinoamérica hasta legislar sobre esos temas, como decía el orden de prelación de las Leyes del Código de Procedimiento Civil de 1848 y las constituciones de 1835 y 1843. En el siglo XX, los escribanos eran los únicos (de varios funcionarios con el mismo nombre) que sobrevivieron al tiempo y llegaron a ser los notarios de hoy. Desde 1900 la figura del notario se enriqueció con la evolución del derecho societario, bancario, municipal, tributario, etc.; que dieron paso a regulaciones dispersas sobre la función notarial, deberes del notario y sus formas de intervenir. En 1966 entra en vigencia la primera Ley Notarial del Ecuador, que se ha reformado, pero se encuentra vigente. Se complementaba con la Ley Orgánica de la Función Judicial, derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial.

El instrumento público es elemento esencial de la función notarial, se nutre de los cambios en las sociedades con el paso del tiempo, garantizando las relaciones jurídicas entre los particulares y el estado; en los actos y contratos.

La Unión Internacional del Notariado Latino influye en los órganos legislativos de cada país, logrando los cambios necesarios de acuerdo a la evolución de la nación. Muchos notarios notables fueron artífices de la expedición de la Ley Notarial y sus reformas, aunque la última fue resultado de las reformas introducidas en la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la Función Judicial. En 1974, por decreto Supremo de Guillermo Rodríguez Lara se permitió que: Protocolos, Registros y Libros de cualquier naturaleza, sean escritos en máquina de escribir y no a mano; y el uso de medios fotomecánicos para conceder copias certificadas. La facultad para dar fe de los reconocimientos de firmas que se realicen ante él aparece en 1986, junto al Libro de Diligencias. En 1978 se introducen las Actas Notariales al ordenamiento jurídico. En 1986 se constituye la Organización Notarial, con un Colegio de Notarios

por Distrito y una Federación Nacional. En 1996 se reparte las escrituras del sector público entre los notarios de la jurisdicción y se amplía las facultades de los notarios en la jurisdicción voluntaria, descongestionando el trabajo de los jueces de lo civil. Los aranceles notariales han evolucionado con el tiempo, desde el derecho romano y el español, tomando como elemento de cálculo la fijación de categorías de cuantías y número de fojas de la matriz, los habilitantes y el número de copias a conferirse.

La tecnología trae soluciones para los problemas normativos surgidos del quehacer diario de los notarios, como: la suplantación de la identidad de las personas en el otorgamiento de los instrumentos públicos notariales. El reto tecnológico al que se somete al país, es evidente con los avances en Internet y telecomunicaciones, que deben regularse: por medio de leyes especializadas como la de Comercio Electrónico, y de la actualización de las demás. La certeza jurídica del instrumento público es el fin de la labor del notario, motivo por que este problema jurídico debe resolverse normativamente con la aplicación de medios tecnológicos que nos faciliten la vida y ayuden a tener certeza de actos y contratos que otorgan la seguridad jurídica y sostienen al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Este cambio normativo, refleja una necesidad de reafirmar al instrumento público y al servicio notarial del país como instituciones jurídicas fuertes capaces de otorgar seguridad jurídica. Debe verse aplicando un método técnicamente probado para la certera identificación de los individuos al realizarse un instrumento público notarial. Esto es lo que nos ofrece el campo de la biometría y de las bases de datos hoy en día, la posibilidad de que este problema jurídico tenga una solución real y aplicable en el ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I: LOS NOTARIOS

1.1. Definición.

Cabanellas define al Notario como: “*Funcionario Público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*”¹, tal como señala el Art. 1 de la Ley del Notariado Español. Criterio que se acepta en la definición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua².

Borrero Espinosa, sostiene que el notario es:

*...el funcionario público autorizado legalmente para dar fe pública, conforme a las leyes, y que tiene a su cargo por oficio autorizar o dar fe de hechos y actos que ante él pasan y se otorgan, dando forma legal y seguridad jurídica a la voluntad de las personas, consignada en instrumentos públicos, a los cuales la ley les da el valor de fuerza probatoria.*³

La Unión Internacional del Notariado latino, define al notario como:

*...es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido...*⁴

Además señala que la autenticación de hechos es parte de sus funciones.

La Ley Notarial en el inciso primero de su Art. 6 define al notario como: “...son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes.”⁵.

El Art. 296 del Código Orgánico de la Función Judicial define a los notarios concordando con el precitado artículo de la Ley Notarial, pero su texto añade la frase: “...y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia.”⁶

Giménez Arnau define al Notario como:

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, Buenos Aires, 2000, pg. 270.

² http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=notario

³ BORRERO ESPINOSA, Camilo; La Función del Notario, la Fe Pública y la Fuerza Probatoria del Instrumento Notarial, Revista del Colegio de Abogados de Loja, No. 2, Período 28, Colegio de Abogados de Loja, Loja 2006, pg. 151. (Notario Cuarto del Cantón Loja)

⁴ Pérez Fernández del Castillo Bernardo; Derecho Notarial, Porrúa, Décimo Segunda Edición, México, 2002, pg. 159

⁵ Ley Notarial, Decreto Supremo 1404, Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre de 1966.

⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, Suplemento del Registro Oficial No. 544 del lunes 09 de marzo del 2009.

...es un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en los que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria.⁷

Se evidencian tres elementos principales: la prueba de los actos, el pretender el normal desarrollo de los actos jurídicos, dándoles forma legal, y colaborar con la producción formal y auténtica del acto o negocio jurídico autorizado.

De esta forma, la definición de Notario a tomarse en cuenta en adelante es: “Notario es el profesional del derecho que ejerce una función pública por mandato de la ley, que le inviste de fe pública y permite: autorizar y dar forma a los actos jurídicos, contratos y demás documentos permitidos por la ley; traídos ante sí voluntariamente y plasmados en instrumentos públicos solemnizados. Documentos con fuerza probatoria casi indubitable, de los que debe conservar sus originales y otorgar las copias que den fe de su contenido.”

1.1.1. Fe Pública.

Es esencial conocer y analizar la Fe Pública. Partiendo del sustantivo fe, esta se reconoce como de dos tipos: la religiosa y la pública. Así, se puede adjetivar específicamente a la fe pública y derivada esta, entre otras, tenemos a la fe pública notarial. Diferenciándolas por el origen de la autoridad de que proviene, pudiendo ser religiosa o humana y dentro de la última, la fe pública, que a su vez puede ser notarial (si la otorga un notario).

La fe, según el diccionario de la R.A.E.⁸, es: “*Conjunto de creencias... Confianza, buen concepto... de alguien o de algo, creencia que se da a algo por la autoridad de quién lo dice o por la fama pública.*”⁹

Cabanellas define a la fe pública como:

Veracidad, confianza o autoridad legítima atribuida a notarios, secretarios judiciales, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y otros funcionarios públicos, o empleados y representantes de establecimientos de igual índole, acerca de actos, hechos y contratos realizados o

⁷ Giménez Arnau, Enrique; “Introducción al Derecho Notarial”, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1944, pg. 44.

⁸ Real Academia Española de la Lengua.

⁹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fe

*producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad*¹⁰.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la define como:

*Autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos y 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.*¹¹

En palabras del tratadista español Enrique Giménez Arnau:

*Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autónomamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social.*¹²

Froylán Bañuelos Sánchez señala:

*...Mediante la fe pública se impone coactivamente a todos la certidumbre de los hechos objeto de la misma... el contraste realizado por el estado asegura para siempre, con exclusión de ulterior comprobación,..., la veracidad de los hechos que se sujetan a la fe pública en cualquiera de sus manifestaciones.*¹³

Su publicidad radica en la presunción legal de veracidad que hace al instrumento público exigible ante todas las personas; por lo que el funcionario necesita la facultad legal para otorgarla en nombre del estado; al reconocerlo la ley como probo y facultarlo para repartirla a hechos y convenciones de las personas. Su titular es el estado, que delega esta función a algunos funcionarios públicos, para abarcar todos los actos y negocios de las personas.

Es el elemento primordial del ejercicio de la función notarial, constituyéndose en el aval de: actos, contratos y otros hechos jurídicos celebrados por las

¹⁰ Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Heliasta, Buenos Aires, Tomo III, Pg. 345.

¹¹ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fe

¹² Giménez Arnau Enrique; "Introducción al Derecho Notarial", Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1944, pg. 78.

¹³ El Notario Público: Función y Desarrollo Histórico, Arrache Murguía José Gerardo, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=455&Itemid=72, pg. 511.

personas. Sus consecuencias repercuten en la sociedad; contribuyendo a mantener orden y tranquilidad, dando certeza de la validez de los actos.

Es la garantía que da el estado, a través de la ley, para que notarios y funcionarios autorizados den fe, de que determinados hechos que interesan al derecho, son verídicos. Son auténticos y tienen fuerza probatoria plena, mientras no se pruebe lo contrario, o se demuestre su falsedad.

El estado debe proteger y garantizar los derechos contra cualquier violación; lo hace con documentos cuya formación sea indubitable, haciendo así que los actos jurídicos se revisten de requisitos para acreditar que se originaron.

Giménez Arnau define a la fe pública notarial como: "*Función pública y técnica por cuya interposición los actos jurídicos privados y extrajudiciales que se someten a su amparo adquieren autenticidad legal.*"¹⁴

Para alcanzar la fe pública notarial, los instrumentos públicos autorizados por el fedatario deben cumplir los requisitos legales y formales que lo hacen auténtico y válido jurídicamente: capacidad de las personas, comparecencia voluntaria, conocimiento de obligaciones y derechos que provienen de dicho acto, contrato o instrumento que el notario autorice dentro del ordenamiento jurídico.

La fe pública notarial previene conflictos, no nace de un juicio, es anterior al mismo; satisface la necesidad de la prueba, al actuar el notario al instante que acontece el hecho, mientras que la prueba judicial se actúa posteriormente.

Es atributo inseparable y fundamental de la función notarial, debe dar fe de: lo que ve, oye y perciben sus sentidos, sin deducir, ni emitir juicio de valor.

1.2. Naturaleza Jurídica e Importancia.

1.2.1. Naturaleza Jurídica

Esta se ve en las facultades de: su ejercicio, delegación y privilegio; otorgados por el poder del estado, buscando declarar y dar forma al derecho y al acto jurídico; exteriorizándolos formalmente. Surge naturalmente en la sociedad, consiste en el sistema organizado de personas investidas de fe pública para autorizar o dar fe de hechos y actos que ante ellos se autorizan.

Existen dos posiciones doctrinales: las que afirman que el notario es un funcionario público y las que no, pero la posición del autor mexicano Froylán Bañuelos Sánchez, explica que va más allá, al decir:

¹⁴ GIMENEZ ARNAU, Enrique; "Introducción al Derecho Notarial", Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1944, pg. 34.

Es un delegado especial del poder público revestido de autoridad, para imponerse y ser respetado erga omnes¹⁵ en el ejercicio de sus funciones... en armonía con la especialidad de su ministerio.¹⁶

El notariado latino se basa en un funcionario dotado de fe pública y a la vez un abogado que ilustra a las partes, redacta el documento, lo autoriza, expide copias certificadas y conserva el original; con la limitación de la Ley.

Se lo caracteriza como Magistrado de la jurisdicción voluntaria¹⁷. Pero la magistratura implica que quién la ejerce aplique la ley y declare la existencia derechos y obligaciones; lo que el notario no hace al recibir la declaración de voluntad de las partes, los derechos y obligaciones provienen de la aplicación de la Ley. No ejerce autoridad, no dicta disposiciones con fuerza coercitiva, los protocolos son bases en que se sustenta una relación en derecho y cuya ejecución es obligada por la Ley. No aprueba el acto jurídico, declara que está conforme al derecho; lo solemniza, autentifica y da el carácter de ejecutivo en razón a su certeza no dubitable. Su función es pública por encargo de la ley, por lo que debe reunir requisitos de idoneidad profesional, probidad personal y la autorización de la entidad nominadora. No es funcionario público de derecho administrativo, no es parte de los poderes del estado, ni depende de ellos. Realiza una actividad particular por el estado, en razón de su profesión.

No existe en nuestra legislación la dependencia estatal de los notarios, ellos consiguen clientes, escogen y pagan trabajadores; y establecen las notarías con herramientas de trabajo y mobiliario. No existe relación de dependencia, el estado no responde por sus actos; lo hacen personalmente, al ser nombrados ganando un concurso de merecimientos y oposición.

1.2.2. Importancia de su labor

Es una institución necesaria jurídicamente para ejercer el poder legitimador del estado, desarrollándose como un organismo de jurisdicción propia.

Labor fundamental en el andamiaje jurídico mundial, los tratadistas señalan la máxima: *“Notaría abierta, juzgado cerrado”¹⁸*; destacando su importancia como

¹⁵ Expresión latina que significa frente a todos o respecto de todos, usada en derecho para referirse a la aplicabilidad de una norma, acto o contrato; a todas las personas, es decir que son oponibles con respecto a terceros, una vez cumplidas las formalidades exigidas por la ley para los fines probatorios respectivos. Por principio, las normas son erga omnes en sus efectos, por ser de aplicación general.

¹⁶ El Notario Público: Función y Desarrollo Histórico, Arrache Murguía José Gerardo, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=455&Itemid=72, pg. 505.

¹⁷ Codificación del Código de Procedimiento Civil, Título I: De la Jurisdicción y el Fuero, Sección I: De la Jurisdicción y la Competencia, Art. 3 inciso segundo: *“Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelve sin contradicción.”*

¹⁸ Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Heliasta, Buenos Aires, Tomo IV, Pg.572.

cumplidores de un fin del derecho: brindar seguridad jurídica a los usuarios. El documento notarial es la prueba anti litigiosa por excelencia.

Es una institución necesaria para el derecho, porque al reconocer el estado la función fedataria, adopta un mecanismo de tutela y regulación de los negocios jurídicos, a través de una institución jurídica que dispone lo concerniente al interés y seguridad general; obligándose a elaborar las garantías contractuales. Así, es necesario en los estados un organismo que discipline a los fedatarios.

Se lo conoce como Ministro de Fe o de Paz, a quién las partes acuden con sus diversas índoles de requerimientos de la jurisdicción voluntaria; de acuerdo a las funciones que la legislación le da. En general, sus actos tienden a dar fe pública constitutiva de: pruebas pre judiciales, la forma exacta de un acontecimiento o hecho; o la falta de voluntad de las partes para que en situaciones que pueden acarrear conflictos, estos no aparezcan, al cumplirse las circunstancias que permiten al notario celebrar actas que terminan los problemas antes de que se susciten (ej.: posesiones efectivas de bienes).

La función notarial es social por excelencia, la jerarquía de servidor público exige un alto concepto de responsabilidad profesional. Así, se convirtió en institución de tradición, dejando: seguridad jurídica, confianza, probidad y discreción; debidas a su eficacia, valor, y larga evolución en el tiempo.

Mantiene la seguridad jurídica del estado, al: aconsejar a las partes, redactar, autorizar, certificar y reproducir instrumentos públicos, que observan el ordenamiento jurídico a través de procedimientos: judiciales, administrativos, servicios públicos, autoridades, la intervención del aparato estatal completo y la fuerza pública. Es una actividad que requiere nobleza, dignidad, justicia y responsabilidad, al ser garante de la aplicación de la ley, ministro de fe y representante del estado en las relaciones jurídicas de los ciudadanos. Para nombrar un notario, se requiere que esta persona posea cada característica señalada, porque su cargo e importancia como dador de fe pública, acarrear consecuencias jurídicas graves y muchas veces nefastas, al solemnizar actos o contratos que por ignorancia de la ley o mala fe del notario, o de los otorgantes, sean contrarios a derecho y terminen con la destitución de su cargo o la cárcel.

Esta función tiene su grado de delicadez y su importancia, radicadas en la responsabilidad conferida, al punto de que un error o equivocación mínimos; puede acarrear responsabilidad civil, penal y administrativa. La selección de notarios se hace por concurso de méritos y oposición riguroso y selectivo, buscando: alta calidad moral, probidad e idoneidad en el aspirante.

1.3. Base Legal: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial y Ley Notarial.

El Art. 297 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁹, se refiere al régimen legal aplicable al Servicio Notarial imponiendo que tres cuerpos legales lo regulen en nuestro ordenamiento jurídico: la Constitución de la República del Ecuador; el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Notarial.

1.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador²⁰, trata al Servicio Notarial en su Título IV: Participación y Organización del Poder, Capítulo Cuarto: Función Judicial y Justicia Indígena, Sección Duodécima. Es parte de la Función Judicial, por lo que algunas normas de la Sección Primera, se le aplican.

El Art. 170 dispone que el ingreso a la Función Judicial debe observar criterios de: igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana; que se deben aplicar en concursos de merecimientos y oposición organizados, previo el nombramiento del servidor.

La Sección Tercera: Principios de la Función Judicial, establece en su Art. 174 establece que los servidores judiciales no pueden ejercer la abogacía, ni desempeñar otro empleo público o privado, a excepción de la docencia universitaria y sólo fuera del horario de trabajo.

El Art. 176 establece que para designar servidores judiciales debe haber concurso de oposición y méritos, impugnación y control social, con paridad entre hombres y mujeres. Deben aprobar cursos de formación general y especial, pasar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas.

La Sección Cuarta: Organización y Funcionamiento, de este título, en el Art. 177 establece que la Función Judicial se compone de: órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos; manda que sus estructuras, funciones, atribuciones, competencias y todo aspecto necesario para el correcto funcionamiento de la administración de justicia se determine por Ley.

El Art. 200 dispone que sean los notarios: depositarios de la fe pública, nombrados por el Consejo de la Judicatura, previo concurso de merecimientos y oposición, sometido a impugnación y control social. Para ser notario, necesita tener título de tercer nivel en derecho, legalmente reconocido y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado o abogada por un lapso no menor a 3 años. Su período de permanencia en el cargo es de 6 años,

¹⁹ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo del 2009.

²⁰ Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del año 2008.

pudiendo ser reelegidos por una vez. La ley debe establecer estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

La definición de Cabanellas de depositario²¹ dice: *“Como adjetivo, lo referente al depósito; lo que contiene, guarda o encierra algo.”*²²; y de depósito como: *“Entrega de una cosa para ser custodiada y devuelta.”*²³ Así, el notario es custodio de la fe pública, al contenerla, guardarla o encerrarla temporalmente en razón de su profesión.

1.3.1.1. Consejo de la Judicatura

El Art. 178, inciso segundo establece al Consejo de la Judicatura como el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. Es la institución pública encargada de la parte administrativa de la Función Judicial en el país; separando a los administradores de justicia de estas funciones; y dejando de lado el sistema judicial basado en un Tribunal Máximo de Justicia; donde era común la injerencia política e interferencia directa de los magistrados en asuntos administrativos que les distraían de sus funciones, represando el despacho y retrasando la administración de justicia.

En 1998 aparece el Consejo Nacional de la Judicatura, siguiendo modelos como el colombiano y el español, basados en un Tribunal Supremo y un órgano que en conjunto supervise a la Función Judicial, como el Ministerio de Justicia²⁴. Este cuerpo colegiado se compone por nueve vocales sin funciones de administración de justicia, que no pueden intervenir en el campo jurisdiccional, ni influir en las decisiones judiciales.

Al ser el Servicio Notarial parte de la Función Judicial, cae en el ámbito de su jurisdicción en cuanto se determine en la Ley.

El inciso tercero de este artículo 178, establece que la Función Judicial tiene como órganos auxiliares: al servicio notarial, martilladores, depositarios judiciales y demás que determine la Ley.

El Art. 199 señala que los servicios notariales son públicos, el Consejo de la Judicatura determina: número de notarías por cantón y remuneraciones de los notarios, el régimen del personal auxiliar y tasas a cobrar. Además indica que los valores por concepto de tasas, ingresan al Presupuesto General del Estado.

²¹ Concordante con el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

²² Cabanellas de Torres, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, Buenos Aires, 2000, pg. 118.

²³ Idem. Pág. 118.

²⁴ De reciente creación en el país, con tareas de tipo logístico y operativo en un nivel macro, además de guiar y realizar estudios demográficos y de otras índoles para mejorar la administración de justicia de los derechos humanos en el país. Además del apoyo logístico para mejorar la administración de justicia.

1.3.1.1.1. Capítulo Séptimo: Administración Pública

Son parte del Servicio Público los órganos de la Función Judicial. (Art. 225) Quienes ejerzan la potestad estatal; deben hacerlo sólo en el ámbito de sus competencias y facultades constitucionales y legales. Deben coordinar acciones para cumplir sus fines, y hacer gozar y ejercer efectivamente los derechos reconocidos en la constitución. (Art. 226)

La Sección Segunda define a la Administración Pública, como un servicio a la colectividad regido por principios de: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, evaluación, descentralización, coordinación, participación, planificación y transparencia. (Art. 227)

El ingreso al servicio público se da por medio de un concurso de méritos y oposición determinado legalmente. La inobservancia de este requisito provoca la destitución de la entidad nominadora. (Art. 228)

La Sección Tercera dispone que tengan categoría de servidores públicos, quienes en cualquier forma o título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad en el sector público. Sus derechos son irrenunciables, su remuneración será justa, equitativa y relacionada a sus funciones, valorando la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia. (Art. 229)

Se prohíbe desempeñar simultáneamente, más de un cargo público, excepto la docencia universitaria; el nepotismo y las acciones discriminatorias. (Art. 230)

Los servidores públicos deben presentar al posesionarse y durante el ejercicio de sus funciones, una declaración patrimonial juramentada con sus activos y pasivos; además de la autorización para levantar el sigilo bancario sobre sus cuentas, so pena de no permitir su posesión. La Contraloría General del Estado tiene poder de examinar estas declaraciones e investigar el enriquecimiento ilícito, que se presume por incumplir esta disposición. En caso de testaferrismo, la Contraloría debe disponer la declaración de terceros vinculados. (Art. 231)

No pueden ser funcionarios: miembros integrantes de organismos de control, quién tenga intereses en áreas a ser controladas por él, o en representación de terceros interesados. Los servidores deben abstenerse de actuar cuando sus intereses estén en conflicto con los de sus instituciones. (Art. 232)

Ninguno está exento de responsabilidad por actos u omisiones en ejercicio de sus funciones, son responsables: administrativa, civil y penalmente por manejo y administración de fondos públicos. Se sujetan a sanciones por: peculado,

cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito. Las acciones para perseguirlos no prescriben y pueden darse los juicios sin presencia del sindicado. (Art. 233)

El Art. 234 garantiza en nombre del estado la formación y capacitación continua de los servidores públicos, por medio de instituciones y programas creados para ello y de acuerdos con instituciones nacionales e internacionales.

1.3.1.1.2. Disposiciones Transitorias

La disposición transitoria novena, indica que el Consejo de la Judicatura debe implementar el nuevo servicio notarial de acuerdo a la Constitución y la Ley, en un plazo de no menos de 360 días. Declara concluidos desde su entrada en vigencia, los períodos de nombramiento, encargo, interinazgo o suplencia de los notarios. Ordena que se convoque en plazo de 360 días, al concurso público de merecimientos y oposición, de acuerdo al nuevo marco jurídico. Los notarios están en funciones prorrogadas por ese lapso, hasta que concluyan los concursos y puedan ser nombrados legalmente sus sustitutos.

Finaliza ordenando que instalaciones y documentos notariales que dadas bajo el anterior régimen notarial, ingresarán al nuevo servicio notarial; con el objeto de que todas las actuaciones notariales contenidas en estos documentos tengan la validez jurídica necesaria para efectuarse esta transición.

1.3.2. Código Orgánico de la Función Judicial.

La disposición transitoria primera de la Constitución de la República del Ecuador, le da a la Asamblea Nacional el plazo máximo de 120 días contados desde la entrada en vigencia de la constitución, para aprobar las leyes que regulen a la Función Judicial y Consejo de la Judicatura, entre otras. Motivo por que la Asamblea Nacional las combina y publica en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 09 de marzo del 2009, el: Código Orgánico de la Función Judicial, tocando aspectos organizativos de control y disciplina del notariado.

Su Título I: Principios y Disposiciones Fundamentales, Capítulo I: Ámbito, contiene al Art. 2 referido a la estructura de la Función Judicial, los deberes y atribuciones de los órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos establecidos en la Constitución y la Ley; entre otras cosas²⁵.

El Art. 3 establece las políticas administrativas de justicia que deben formular los Órganos de la Función Judicial para: transformar la Función Judicial de acuerdo a las necesidades, gestionar el presupuesto optimizando recursos,

²⁵ Concordando con la Constitución de la República en sus Arts. 177 y 178 incisos segundo y tercero.

planificación y programación de inversiones en infraestructura física y operacional, entre otras; para garantizar: acceso a la justicia, debido proceso, independencia judicial y los demás principios constitucionales y legales.

1.3.2.1. Título I: Principios y Disposiciones Fundamentales, Capítulo II: Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales

Enumera varias normas legales que se aplican al servicio notarial. El Art. 16 establece el principio de dedicación exclusiva, entendido como que en ejercicio de cualquier servicio permanente o por período en la Función Judicial, remunerado por partida presupuestaria o por derechos fijados en las leyes, es incompatible con el libre ejercicio de la profesión de abogado o de cualquier otro cargo público o privado, excepto la docencia universitaria ejercida sólo fuera del horario de trabajo. Prohíbe que los servidores judiciales ejerzan labores administrativas o directivas en las universidades por no ser parte de la docencia. También el ejercicio de varios cargos titulares en la Función Judicial y determina que todo encargo es temporal, salvo los casos que determinen las normas. Esto se aplica a los notarios al ejercer un servicio a período en la Función Judicial, remunerado por derechos fijados con las leyes.

El Art. 21 establece el principio de probidad, entendido como que la Función Judicial tiene la misión de conservar y recuperar la paz social, garantizando la ética laica y social como sustento del quehacer público y del ordenamiento jurídico; logrando la eficacia plena y el acatamiento del mismo. Manda que los servidores judiciales observen conducta: diligente, recta, honrada e imparcial.

El Art. 30 manda a que las instituciones que representan a los poderes del estado, gobiernos autónomos, regímenes especiales y demás instituciones del estado; funcionarios, empleados y servidores que las integran, están obligados a colaborar con la Función Judicial. Los obligados a colaborar, auxiliar y ayudar a los órganos de la Función Judicial, que no lo hicieren sin justa causa, incurrirán en delito de desacato, tipificado en el Art. 238 del Código Penal.

1.3.2.2. Título II: Carreras de la Función Judicial, Capítulo I: Directrices de las Carreras de la Función Judicial, Sección I: Directrices

El Art. 37 establece el perfil del servidor judicial como: un profesional del derecho con sólida formación académica; capaz de interpretar y razonar jurídicamente, éticamente irreprochable en su trayectoria. Deben dedicarse a servir a la justicia y tener vocación de servicio público, iniciativa, capacidad de innovar, creatividad y comprometidos con el cambio institucional.

El numeral quinto del Art. 38 dispone que los integrantes de la Función Judicial, son, entre otros: notarios y demás personas que prestan servicios en órganos auxiliares de la Función Judicial.

El Art. 41 establece la verificación de idoneidad (incursión en inhabilidades o incapacidades que da el código para los servidores judiciales, periódicamente desde el inicio del proceso de ingreso y por el tiempo de su desempeño).

La Sección II del mismo capítulo: Carreras de la Función Judicial, en su Art. 42, dispone en su inciso final que entre otros, los notarios y quienes prestan sus servicios en las notarías, no pertenecen a las carreras de la Función Judicial.

1.3.2.2.1. Título II: Carreras de la Función Judicial, Capítulo II: Ingreso y Promoción.

El Art. 52 manda que el ingreso de personal a la Función Judicial sea por concurso público de merecimientos y oposición, sujeto a impugnación y control social, propendiendo paridad entre hombres y mujeres.

No debe sujetarse a irregularidades, ni anomalías; si existen y causan nulidad insanable, se repite el procedimiento total o parcialmente, por resolución de quién lo dirige. Si no hay aprobados, se declara desierto y hacen uno nuevo, sin la participación de los anteriores postulantes. (Art. 53)

El Art. 55 inicia la Sección I: Perfil de los Postulantes. Establece requisitos generales para acceder: ser ecuatoriano, gozar de los derechos políticos; acreditar probidad, diligencia y responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, para lo que el Consejo de la Judicatura dictará un Reglamento.

La Sección II: Convocatoria Común, dice que debe publicarse en el Registro Oficial; y socializarse en medios masivos escritos de comunicación social de cobertura nacional, y la página web de la Función Judicial, sin prohibir el uso de otros medios de comunicación. Debe ser a nivel nacional pública, abierta y respetando principios de: transparencia, no discriminación e igualdad. (Art. 58)

Debe contener: los requisitos a cumplir, donde se recibirá la documentación, fecha máxima y horario de recepción. Esto y el instructivo del concurso deben estar en la página web de la Función Judicial. (Art. 59)

La Sección II: Calificación, ordena que al cerrar la recepción de postulaciones, la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, califica el cumplimiento de requisitos; y las incompatibilidades e inhabilidades legales, evaluando la motivación expresada. Una vez calificados, emite un informe motivado con el listado de preseleccionados, notificándolos en su domicilio

señalado, difundiendo: lugar, fecha y hora para rendir las pruebas previstas en el proceso. (Art. 60 concordante con el Art. 276)

La Sección Cuarta establece el proceso de selección. Los preseleccionados deben rendir pruebas teóricas, prácticas y psicológicas, escritas y orales, que se adecuen a los puestos o cargos objeto del concurso. (Art. 61)

Las teóricas: a través del banco de preguntas desarrollado para esto, al que accederán al momento de notificación. Se evalúan conocimientos y habilidades para resolver conflictos, presentar propuestas, aplicar conocimientos a casos concretos y capacidad analítica. (Art. 62)

Las prácticas evalúan el desarrollo de habilidades y destrezas del cargo al que se postula, simulando audiencias o diligencias judiciales. (Art. 63)

Las psicológicas procuran indicar si el postulante tiene un tipo de cuadro clínico psiquiátrico o psicológico (traumas o complejos), que puedan impedirles cumplir a cabalidad las funciones inherentes al cargo. (Art. 64)

Los aprobados son elegibles en orden de puntaje (vinculante y obligatorio para acceso a la formación inicial). La C.A.R.O.A.²⁶ debe emitir informe con la lista de elegibles, ordenados por puntaje, que debe notificarse a los interesados; y publicarse en un diario de amplia circulación nacional, señalando donde y hasta cuándo se presenten impugnaciones. (Art. 65)

La Sección V: Impugnación, dispone que esta se da en virtud del principio de participación ciudadana, control social, transparencia y acceso a la información pública. Todo proceso de ingreso a la Función Judicial debe contemplarla, para que cualquiera observe al candidato. Los hechos públicos que pueden descalificar al aspirante, podrá investigarlos la C.A.R.O.A.²⁷.

La impugnación se da en el término señalado (no más de 8, ni menos de 3 días), desde que se hace público el listado de elegibles. Impugnante e impugnado tienen derecho a comparecer ante la C.A.R.O.A.²⁸, separadamente para argumentar. Se debe resolver motivadamente la impugnación y darla a conocer a los interesados. La resolución no es susceptible de recurso alguno. Denuncias no fundamentadas, dan paso a iniciar acciones civiles o penales.

La Sección VI: Formación Inicial, establece que quienes pasen las instancias anteriores, entren al curso de formación inicial de acuerdo a cupos disponibles, en el orden de puntajes obtenidos en las pruebas.

²⁶ Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares.

²⁷ Idem..

²⁸ Ibidem.

Tienen beca, previo compromiso de dedicación a tiempo completo y exclusivo, y la rendición de garantía de reembolso de la beca; compensando los gastos, en caso de reprobar por negligencia, abandono sin causa justa o desistimiento.

El curso de formación inicial comprende: la etapa de formación general, la de formación de perfil específico y de práctica. Aquí se imparte clases sobre género, interculturalidad y diversidad, además de los específicos por perfil.

Cada etapa es evaluada por la escuela Judicial de acuerdo al reglamento que se debe dictar. La nota mínima para aprobación es del 80%. Al fin del curso, la Escuela Judicial debe entregar un diploma con sus respectivas calificaciones.

El banco de elegibles²⁹, hará constar a quienes aprueben formación inicial y fueren declarados elegibles, pero no fueron nombrados. Al presentarse una vacante, se prioriza a quienes estén en él, de acuerdo al orden de calificación. De aquí se escoge reemplazo de titulares por falta, impedimento o contingencia. Los nombres constan aquí por seis años, siendo esto un mérito. (Art. 72, concordante con el inciso primero del numeral primero del Art. 276)

La Sección VII: Nombramiento, dispone que los resultados del concurso y evaluaciones a concursantes, son vinculantes para los nominadores, quienes deben nombrar al que tuvo las mejores calificaciones en el concurso, siguiendo el orden de puntos. En caso de los notarios, la entidad nominadora es el Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo al Art. 264, del Capítulo III: Pleno, Título IV: Órganos Administrativos, en su numeral 12, literal e); concordante con el inciso segundo del numeral primero del Art. 276, de la Sección VI: Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares.

Una vez nombrados, deben presentar la declaración patrimonial y una caución. Al inscribir el nombramiento, se debe posesionar al funcionario ante el nominador o su delegada, en 15 días hábiles. (Art. 74) Los nombramientos caducan si el nombrado no se posesionare en el plazo de 15 días. (Art. 76)

Las inhabilidades para desempeñar cargo en la Función Judicial, son entre otras: hallarse en interdicción judicial, realizar cesión de bienes o le hayan iniciado juicio de concurso de acreedores; ser condenado por sentencia ejecutoriada a pena privativa de libertad. Condenado por: concusión, prevaricato, cohecho, extorsión, peculado, defraudación al estado y organismos del sector público, hacen la inhabilidad definitiva. También: los llamados a juicio por delitos sancionados con prisión o reclusión por providencia ejecutoriada, los suspendidos en el ejercicio de la profesión, los que desempeñan cargos públicos o dignidades de elección popular, los sancionados disciplinariamente

²⁹ A cargo de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares.

con resolución de destitución del cargo; los ministros de cualquier culto; y los comprendidos en incompatibilidades por relación familiar. (Art. 77)

Son incompatibilidades por relación familiar: los cónyuges, quienes tengan unión de hecho, familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la autoridad nominadora o miembros de ella (si fuere colegiada); y el que tenga el mismo grado de parentesco, con otro servidor o servidora de la Función Judicial que sirva en la misma dependencia. (Art. 78)

La incompatibilidad es superviniente si alguien desempeña su cargo legal e idóneamente y le alcanza una; entonces se lo trasladará a otra unidad, donde no exista esta, con igual remuneración y categoría. (Art. 79)

1.3.2.3. Capítulo VI: Derechos y Deberes de Servidoras y Servidores de la Función Judicial.

La Sección I establece los derechos de los servidores judiciales, disponiendo que gocen de estabilidad en sus cargos, pudiendo ser removidos, suspendidos o destituidos, sólo con arreglo a la Ley. Sus remuneraciones deben ser equitativas y justas con relación a sus funciones, valorando la capacitación, profesionalización, responsabilidad y experiencia. (Art. 90)

Sus vacaciones serán de 30 días anuales acumulables hasta 60 días, después de trabajar por once meses. El Consejo de la judicatura debe aprobar el calendario de vacaciones, buscando no interrumpir el servicio. (Art. 96)

Cada año, se concede licencia con remuneración por: enfermedad (60 días); calamidad doméstica (hasta 8 días) como: fallecimiento o enfermedad grave de cónyuge o parientes hasta segundo grado de consanguinidad y siniestros que afecten gravemente su patrimonio; nacimiento de hijos de las servidoras (10 días antes y después); paternidad de los servidores (10 días); rendición de grados por culminación de sus estudios (8 días); para realizar estudios en el exterior, hasta por 2 años; entre otras. (Art. 97)

Las licencias sin remuneración, son por: enfermedad que traspase los 60 días, (180 días); estudios en el exterior (una sola vez hasta por dos años); asuntos particulares (hasta 8 días), si no afecta al servicio; y para ser candidatos a puestos de elección popular desde la inscripción de la candidatura, hasta el día siguiente a las elecciones y de ser elegidos deben renunciar. (Art. 98)

La Sección II establece los deberes de los servidores como: cumplir, hacer cumplir y aplicar en sus funciones: constitución, ley, tratados internacionales de derechos humanos, reglamentos, el Estatuto Orgánico de la Función Judicial,

reglamentos, manuales, instructivos y resoluciones del Pleno del Consejo de la Judicatura y sus superiores jerárquicos. Ejecutar personalmente sus funciones con honestidad, diligencia, celeridad, eficiencia, lealtad e imparcialidad; cumplir semanas de trabajo de 40 horas en jornadas de 8 horas diarias; ser cortés con compañeros y usuarios; participar en programas de formación profesional y capacitación; dar a conocer al órgano judicial respectivo los hechos irregulares que afecten a la Función Judicial; residir en el lugar donde ejerce el cargo, excepto en los casos que autorice el Presidente del Consejo de la Judicatura; aparte de lo que establezcan las leyes y reglamentos.

1.3.2.4. Título IV: Órganos Administrativos, Capítulo I: Consejo de la Judicatura.

Este capítulo concuerda y desarrolla detalladamente lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, Sección Quinta: Consejo de la Judicatura, del Capítulo IV: Función Judicial y Justicia Indígena, Título IV: Participación y Organización del Poder.

De estas disposiciones, las aplicables al Servicio Notarial son algunas, como: La Sección I: Conformación y Funciones, la que dispone que el Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, que comprende a los órganos auxiliares como el servicio notarial, entre otros. Es el órgano instrumental para asegurar el funcionamiento ordenado, correcto y eficiente de los órganos auxiliares. (Art. 254)

Su sede está en Quito y ejerce su potestad administrativa en el territorio nacional de forma desconcentrada y descentralizada. (Art. 256)

El Art. 257 lo integra por 9 vocales y sus suplentes, elegidos por un período de seis años, sin posibilidad de reelección, propendiendo la paridad entre hombres y mujeres. Serán fiscalizados por la Asamblea Nacional (Art. 259).

El Capítulo II: Estructura Funcional, en su Art. 261, numeral 4 establece que este organismo ejerce sus funciones a través del Pleno y la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, concordando con el capítulo II: Pleno, Art. 264, numeral 12, literal e) y numeral 13. El Pleno nombra y evalúa a los notarios de acuerdo a sus estándares de rendimiento y puede removerlos. También fija y actualiza, previo Informe de la C.A.R.O.A.³⁰, las tasas a pagarse por los servicios notariales. Esto concuerda con el numeral segundo del Art. 276, Sección VI: Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares. Artículo que manda a esta a elaborar un informe anual del cumplimiento de los

³⁰ Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares.

estándares de rendimiento de los notarios y notarias a fin de establecer si existe la posibilidad de removerlos (Art. 264, numeral 12, literal e).

De acuerdo al Art. 270 de la Sección I: Estructura, Capítulo VI: Comisiones Especializadas, la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, es parte del Consejo de la Judicatura y se compone por tres vocales salidos: uno por cada Comisión: Administración de Recursos Humanos, Administrativa-Financiera, y de Mejoramiento y Modernización.

1.3.2.5. Título VI: Órganos Auxiliares de la Función Judicial, Capítulo I: Notarias y Notarios

Este título se encarga de señalar algunas normas en 12 artículos que establecen el sistema de servicios notariales a funcionar en el Ecuador.

El Art. 296 define al Notariado como: *“...es un órgano auxiliar de la Función Judicial...”*³¹, sosteniendo que *“...el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias o notarios...”*³²; además de definir a los notarios.

El último inciso, dice que el ejercicio de la función es: personal, autónomo, exclusivo e imparcial. El notario no puede delegar sus derechos, obligaciones y facultades legales. Es independiente económicamente del estado, puede organizar su notaría como desee, establecer forma de operar, elegir su personal de apoyo y establecer sus remuneraciones. El carácter de exclusiva se refiere a que ningún funcionario que no sea el nombrado como notario público puede permitirse ejercer esta función. La imparcialidad del notario consiste en no tener preferencia hacia una o ambas partes intervinientes.

El ingreso al servicio notarial es por concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social, con el procedimiento que establece este Código en su Título II: Carreras de la Función Judicial, Capítulo II: Ingreso y Promoción. Dirigido por la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares del Consejo de la Judicatura, sin perjuicio de que la Escuela Judicial imparta la formación inicial. (Sección VI: Formación Inicial, del Capítulo II: Ingreso y Promoción, Título II: Carreras de la Función Judicial; Art. 298.)

Lo dispuesto respecto a: convocatoria, calificación, selección, impugnación, formación inicial y nombramiento para ingreso a las carreras de la Función Judicial, se aplican para ingreso al servicio notarial. No existe posibilidad de

³¹ Código Orgánico de la Función Judicial, Suplemento del Registro Oficial No. 544 del lunes 09 de marzo del 2009.

³² Idem.

privilegiar la experiencia para su nombramiento, sin confrontarla antes con la preparación académica y la evaluación de desempeño del notario.

El Art. 299 concuerda con el Art. 200 de la Constitución de la República, disponiendo que para ser notario se necesite título de abogado legalmente reconocido, ser ecuatoriano y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado por un lapso de no menos de 3 años. Incluyendo otro requisito: ser ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política.

El Art. 300 concuerda con el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador, al disponer que estos servidores permanezcan por un período de 6 años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos por una vez. Dispone que los reelectos puedan participar en concursos respecto de otras notarías, al concluir su segundo período. Un notario podría permanecer más de 6 años en funciones, pero no más de 12 años en la misma notaría.

Los deberes de los notarios incluyen que el servicio sea permanente e ininterrumpido; y que para cumplir con sus funciones cuando se requiera, los actos o contratos pueden autorizarse fuera de su despacho. Deben presentar: relación de gastos y presupuesto de gastos ordinarios y extraordinarios al Consejo de la Judicatura; y declarar bajo juramento los valores cobrados mensualmente por sus servicios y depositar en la cuenta única del tesoro nacional el excedente del monto establecido en el Art. 304 como remuneración. Se establece que la falsedad en declaraciones tributarias o el ocultamiento en la inscripción de bienes muebles o inmuebles sean causales de destitución, sin perjuicio de las acciones penales que puedan derivar de ello. (Art. 301)

El Art. 302 dispone que el Código del Trabajo sea el cuerpo legal que regula las relaciones laborales entre el notario y su personal de apoyo, quienes estarán en relación de dependencia con el mismo.

El Art. 303 manda que las tasas por servicios notariales se establezcan, modifiquen o supriman por resolución del Consejo de la Judicatura, que debe regular cobros, fijar y actualizar mecanismos de remuneración de notarios. Los notarios que cobren valores no establecidos por el Consejo de la Judicatura, cometen falta disciplinaria susceptible de destitución.

El Art. 304 establece el mecanismo para calcular la remuneración del notario, señalando que deben asumir costos de administración general del despacho, su remuneración y obligaciones laborales de su personal de apoyo, a través del cobro de tasas. Establece que el estado no pagará ningún valor por este concepto y su obligación de sentar una razón al margen de la escritura matriz,

documento protocolizado o diligencia practicada; indicando el número de factura emitida por el acto o contrato realizado.

Determina el esquema para cálculo del porcentaje que recibirá el estado del ingreso bruto del notario. Cada supuesto determina el descuento del monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de categoría 5 y depositar el excedente en la cuenta única del tesoro nacional. El estado participa del 10% del excedente si su ingreso está entre la categoría 5 y 10 de la carrera judicial; del 20% si su ingreso comprende la categoría 10 y el duplo de la misma; del 30% si su ingreso está entre el duplo de la categoría 10 y el cuádruplo de misma; y el 51% si su ingreso es superior al monto anterior. Porcentajes que se modifican por resolución del Consejo de la Judicatura.

El notario debe depositar estos montos los primeros 10 días del mes siguiente, presentando la liquidación al Consejo de la Judicatura. En caso de no depositar el dinero en el plazo señalado, debe pagar intereses legales y multa del 3% por mes o fracción; sin perjuicio de responsabilidades penales y administrativas derivadas por retener fondos públicos. El retraso reiterado causa destitución.

Debe existir disposición legal o constitucional para que los servicios notariales sean gratuitos o causen cobros inferiores a los establecidos en la Ley y en la tabla dictada por el Consejo de la Judicatura. (Art. 305)

El Art. 306 establece la exención de cobros notariales a adultos mayores que realicen actos que contengan su declaración de voluntad. Si participan dos o más partes y una de ellas es un adulto mayor, la exención sólo se aplica a ella y está prohibido que asuman el pago del porcentaje que le toca a los otros.

El Art. 307 crea el Archivo Nacional Notarial dependiente del Consejo de la Judicatura, quién debe implementarlo a través de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares. Debe ser electrónico y desarrollarse progresivamente, conteniendo los actos y documentos que los notarios estuvieren obligados a registrar en los libros del protocolo.

Los libros del protocolo deben mantenerlos los notarios por 5 años, luego deben entregarlos a la oficina del archivo notarial a cargo de los Directores Provinciales del Consejo de la Judicatura hasta el último día hábil del mes de enero del año que atañe. Si el notario finalizó su período, debe entregarlos en 30 días. Si fallece, lo hace el suplente, o el encargado de los protocolos.

Los notarios deben remitir a la oficina provincial de archivo notarial, los primeros 15 días del mes, copia certificada del índice de protocolos del mes anterior. Esta debe remitir copia certificada de los protocolos al Archivo Nacional Notarial, los tres primeros meses de cada año. El Consejo de la

Judicatura debe reglamentar el funcionamiento del Archivo Nacional Notarial y de las oficinas provinciales.

Finaliza disponiendo que los notarios estén obligados a llevar un archivo electrónico de sus actuaciones dadas en ejercicio de sus funciones.

1.3.2.6. Disposiciones Transitorias

La disposición transitoria séptima, establece normas aplicables al régimen notarial con el objeto de estructurarlo de acuerdo a los cambios introducidos por este cuerpo legal, en cinco disposiciones relativas al sistema notarial.

El literal a), establece que de acuerdo a la disposición transitoria novena de la Constitución de la República, los notarios que integran el servicio notarial, seguirán en funciones hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura implemente el nuevo sistema notarial, en un plazo no mayor a 360 días desde su posesión.

El literal b) establece que los notarios que no cumplan los requisitos establecidos en la Constitución y la Ley se prorrogan en sus funciones hasta que se posesionen los nuevos. El Consejo de la Judicatura será quién disponga la entrega de los archivos de notarios salientes a los nombrados.

El literal c) dispone que los notarios en funciones deban cumplir con las obligaciones dadas por este cuerpo normativo en relación a su desempeño. Les da plazo de 30 días desde la entrada en vigencia de este Código para presentar declaración juramentada con el detalle de documentos notariales que ingresarán al servicio notarial. Quienes no cumplan con esto en los plazos señalados cometen falta susceptible de sancionarse con destitución.

El literal d) establece que el Consejo de la Judicatura en 90 días desde su posesión, fijará cuantías por cobros de tasas y remuneración por servicios notariales, así como dictará resoluciones para el funcionamiento del sistema; previo informe de la C.A.R.O.A.³³. Mientras tanto, siguen vigentes los aranceles establecidos en Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura, publicada en el Registro Oficial No. 178 del 26 de septiembre de 2007.

La quinta dispone que el Consejo de la Judicatura implementara el Archivo Notarial establecido en el Art. 307, en plazo no mayor a un año desde que este código sea promulgado, dictando las disposiciones necesarias. Es decir que desde el 09 de marzo de 2009, se comienza a contar este plazo legal.

³³ Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares.

Este Código termina lo concerniente al Servicio Notarial al establecer en la Disposición Reformativa y Derogatoria onceava, una serie de reformas a la Ley Notarial vigente, de acuerdo al sistema que se quiere implementar; cuerpo legal que a continuación pasará a ser objeto de este estudio.

1.3.3. Ley Notarial.

Cuerpo legal dictado por el Decreto Supremo No. 1404 de Clemente Yerovi Indaburu, Presidente Interino de la República, que data del 11 de noviembre de 1966, fecha de publicación en el Registro Oficial. Vigente desde entonces; con un par de reformas, las últimas llegaron con la publicación en el Registro Oficial No. 544, del Código Orgánico de la Función Judicial, el 04 de marzo del 2009.

Sus consideraciones iniciales señalan que el desarrollo notarial en el mundo se destaca en el plano: social, económico y científico; naciendo la necesidad de que el país cuente con una ley que regule la función notarial y al instrumento público; organizando los depositarios de fe pública y jerarquizando el notariado.

Esta Ley comprende 49 artículos, divididos en un título preliminar, tres títulos y dos disposiciones transitorias y tres disposiciones generales.

El Título preliminar trata el ámbito de regulación de esta ley, indicando que es la función notarial, la cual se rige además por disposiciones expresas de otras leyes que se refieren a ella de forma expresa. (Art. 1)

La costumbre no podrá regir a la función notarial, dejando como la única fuente del derecho aceptada para regirla, es la Ley. (Art. 2)

El Art. 3 manda que en caso de oposición entre normas de la Ley Notarial y las del Código Orgánico de la Función Judicial, se aplique las del último.

El Art. 4 ordena que esta función la ejerzan en el Ecuador exclusivamente los notarios, excepto cuando una ley lo disponga. Como la Ley de Derechos Consulares y su respectivo Reglamento, que dan la facultad a los Cónsules para realizar algunos actos notariales fuera del territorio del país.

Para el ejercer esta función, todos los días y horas del año son hábiles. (Art. 5)

Cada notario ejerce sus funciones en el cantón donde ha sido nombrado, sin importar el domicilio de los otorgantes, el sitio donde están los bienes materia del acto o contrato o el lugar donde se deban cumplir las obligaciones. (Art. 7)

El número de notarios por cantón lo determina el Consejo de la Judicatura, basado en el informe estadístico anual presentado por la C.A.R.O.A.³⁴, el que contempla: el número de actos y contratos en la jurisdicción, densidad poblacional y otros aspectos del tráfico jurídico. (Art.8)

El artículo in-numerado primero posterior al Art. 19, dispone que la C.A.R.O.A.³⁵ realizara el sorteo entre notarías de la jurisdicción donde se celebran los contratos del sector público y las empresas públicas.

El siguiente artículo in-numerado dispone que los contratos de obra o prestación de servicios celebrados con el sector público que requieran escritura pública por mandato legal, se autoricen de preferencia ante un notario de la jurisdicción donde se ejecute la obra.

No pueden ser notarios: los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los cónyuges de los Ministros de la Corte Nacional de Justicia o Corte Provincial de Justicia del distrito; y quienes fueron removidos o destituidos de sus cargos y no hubieren sido rehabilitados legalmente. (Art. 21)

1.3.3.1. Atribuciones, Deberes y Prohibiciones de los Notarios.

1.3.3.1.1. Atribuciones.

El Art. 18 dispone que los notarios, además de las señaladas en las otras leyes, tengan entre otras, las siguientes atribuciones:

- Autorizar actos y contratos a que fueren llamados y redactar las escrituras, excepto si tienen excusa legítima para no hacerlo.
- Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte con patrocinio de abogado, salvo que la Ley lo prohíba.
- Autenticar las firmas puestas en documentos que no sean escrituras.
- Dar fe de que las copias de los documentos que se le exhiben, son correctas, conformes y exactas a sus originales y conservar una de ellas con una nota al respecto en el Libro de Diligencias.
- Intervenir a petición de parte en remates, sorteos y actos que no requieran escritura pública, adjuntando al Libro de Diligencias el acta.
- Practicar reconocimientos de firmas.
- Realizar el acta necesaria para donación de bienes.
- Receptar la declaración juramentada habilitante de la posesión efectiva de los bienes pro indiviso.
- Protocolizar capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales y revocatorias de poder otorgados por los comerciantes a sus factores y dependientes.

³⁴ Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares.

³⁵ Idem.

- Registrar firmas de funcionarios y representantes legales de personas jurídicas, a petición de parte y si conocen plenamente a quién registra.
- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento solo en caso de que o haya hijos menores de edad bajo su dependencia.
- Proceder a la liquidación de la sociedad conyugal.
- Autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto.
- Solemnizar la declaración sobre la existencia de la unión de hecho.
- Declarar la extinción del usufructo.

1.3.3.1.2. Deberes.

El Art. 19 de esta ley determina que los notarios tienen los siguientes deberes:

- Receptar personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio. Si hay minuta, debe firmarla un abogado, indicando número de matrícula y el Colegio de Abogados.
- Exigir el pago de impuestos, previo a ejecutar actos o celebrar contratos, o recibir el dinero y entregarlo a las instituciones respectivas.
- Acudir de inmediato a obrar en actos en que la Ley pida su intervención.
- Incorporar a diario al protocolo las escrituras públicas autorizadas y los documentos que deban ser protocolizados.
- Llevar el Libro de Diligencias, donde se explicará las diligencias que no son parte del protocolo.
- Organizar el índice especial del testamento.
- Cerrar el último día del año los libros a su cargo, dando fe del número de fojas, la primera y la última diligencia practicadas.
- Conferir copias de instrumentos, escritos o diligencias constantes en procesos archivados en la notaría, por orden de Juez o tribunal.
- Afiliarse al Colegio de Notarios del distrito.
- Exhibir las tablas de aranceles notariales en un lugar visible.

1.3.3.1.3. Prohibiciones.

El Art. 20 dispone que los notarios tengan prohibido: ser depositarios de cosas litigiosas o dinero, excepto de valores por impuestos; permitir que saquen los protocolos archivados en sus oficinas por ningún motivo; autorizar escrituras de incapaces sin los requisitos legales, o en las que ellos mismos tengan interés o en que intervengan su cónyuge o parientes en el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; otorgar escrituras simuladas a sabiendas, ejercer la profesión de abogado o un cargo público o privado remunerado, excepto la docencia universitaria; permitir que alguien se informe del contenido del testamento mientras viva el testador, a menos que fuere el mismo testador; autorizar escrituras que no determinen la cuantía del acto o contrato, o que estipule su alteración por documentos privados.

1.3.3.1.4. Título II: Documentos Notariales, Capítulo I: Del Protocolo.

Los protocolos deben formarse anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la Ley, por orden de autoridad competente, o a petición de los interesados. Estos son propiedad del Estado y los notarios los conservan como archiveros de los mismos, bajo su responsabilidad, por el período de 5 años hasta que deban enviarlos al Archivo Nacional Notarial. (Art. 22)

Los protocolos deben formarse por año en libros con 500 fojas, divididos por mes y numerados manualmente o a máquina; observando el orden cronológico rigurosamente; todo el texto de la escritura debe tener el mismo tipo de letra; las fojas deben llevar la rúbrica del notario en el anverso y reverso. Aquí mismo establece que las minutas elevadas a escrituras, deben ser parte de un archivo especial que llevan los notarios por dos años. (Art. 23)

El protocolo debe tener un índice alfabético de los apellidos de los otorgantes, con la correspondencia del folio donde inicien las escrituras y la determinación del objeto sobre el que versan. (Art. 24)

1.3.3.1.5. Título II: Documentos Notariales, Capítulo III: De las Copias Compulsas.

Cualquier persona puede pedir copia o de la escritura matriz o compulsas de los documentos parte del protocolo. El notario debe trasladar el contenido entero de la escritura confrontada con el original. Cada hoja será rubricada, se expresará el número de copias dadas, finalizando con la firma del notario. Cada que se da una copia, debe sentarse razón al margen de la escritura original.

Las copias solicitadas judicialmente, deben insertar las actuaciones que el juez ordene a petición de parte.

Si hay variación alguna entre la matriz y la copia, se debe estar a lo que contiene la matriz. Igual forma con las compulsas y sus copias.

1.3.3.1.6. Título III: De la Organización Notarial.

Aquí se establece que en cada distrito judicial (cada provincia), habrá un Colegio de Notarios, que integrarán la Federación Ecuatoriana de Notarios, regida por un estatuto aprobado por el Presidente de la República. El que determina las atribuciones de cada Colegio de Notarios.

El Art. 49-A, dispone que las atribuciones de los notarios no se opongan a las de los jueces, señaladas en los Arts. 851 (extinción del patrimonio familiar) y

1417 del Código Civil (insinuación de donación entre vivos), así como la facultad de acogerse al trámite judicial de disolución voluntaria de la sociedad conyugal. (Arts. 813-820 del Código de Procedimiento Civil)

1.3.3.1.7. Disposiciones Transitorias y Generales.

Las Disposiciones Transitorias ayudan a cumplir con las reformas introducidas en el año 1996, las que no tienen mayor incidencia hoy en día, excepto que el Consejo de la Judicatura fije los derechos a cobrar los notarios por el trámite de los actos jurídicos previstos en éste cuerpo legal.

Las Disposiciones Generales disponen que las notarías no deben admitir peticiones de trámites de actos contenidos en esta Ley, no patrocinados por abogado en libre ejercicio, sin relación de dependencia con el notario; que las facturas emitidas por actuaciones de notarios no pueden ser por valores distintos a los aprobados por el Consejo de la Judicatura, quién debe regular y controlar esto, así como los gastos que deban percibir. Estas disposiciones no menoscaban las competencias asignadas a los jueces de lo civil por las leyes.

1.3.4. Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura Referente a los Aranceles Notariales

Esta resolución publicada en el Registro Oficial No. 178 de 26 de septiembre de 2007, se da para actualizar los aranceles notariales a cobrarse. El Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Notarial se refieren a este cuerpo normativo para regular aspectos complementarios de la función notarial.

Establece en sus artículos, aranceles a cobrar por cada acto jurídico establecido en la Ley Notarial, separándolos en actos y contratos privados de cuantía determinable y de cuantía indeterminada, etc.

Los derechos establecidos en los primeros 4 artículos incluyen dos copias certificadas de las escrituras. (Art. 5)

El cobro excesivo de aranceles, se sanciona con: multa de cinco remuneraciones básicas unificadas del trabajador, la primera vez; suspensión en sus funciones, la segunda vez; y destitución del cargo, la tercera. (Art. 16)

Los notarios deben exhibir permanentemente en lugares visibles al público estos aranceles, que incluyen los valores que los notarios pagan a su personal de apoyo. Además en el protocolo se debe adjuntar una copia de la factura emitida, así como en el libro de diligencias. (Art. 17)

El Art. 18 dispone que las facturas deban emitirse obligatoriamente y estas deben estar desglosadas por rubros e impuestos.

El límite máximo para el cobro de aranceles notariales por la celebración de un acto o contrato, es de \$1000 dólares, el límite de cobro por gastos generales no puede ser mayor a \$4000 dólares. Por tanto, no se puede exceder el cobro de \$5000 dólares por acto o contrato. (Art. 19)

El Art. 21 ordena que no podrán los notarios tener más de una oficina en la circunscripción territorial donde fue nombrado, su dirección debe registrarla y actualizada en la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura.

Su artículo final, el 22 dispone que para legalizar minutas, los notarios deben cumplir con el Art. 48 de la Ley de Federación Nacional de Abogados, cuyo incumplimiento constituye falta grave sancionada con destitución.

El texto de este artículo 48 fue reformado por el Código Orgánico de la Función Judicial y quedó de la siguiente manera:

Todo acto o contrato que se celebre por escritura pública será autorizado por el notario, previa presentación de la correspondiente minuta, firmada por un abogado, en papel sin timbre alguno; minuta que será archivada en la misma Notaría, para el sólo efecto de comprobación periódica del cumplimiento de este requisito por parte del respectivo Colegio de Abogados³⁶.

1.4. Régimen Disciplinario.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en su Título I: Principios y Disposiciones Fundamentales, Capítulo VII: Prohibiciones y Régimen Disciplinario, establece las prohibiciones de los servidores judiciales, aplicables a notarios: desempeñar más de un cargo público; discriminar a compañeros, inferiores jerárquicos o usuarios; retardar o denegar injustificadamente la prestación del servicio; abandonar injustificadamente el trabajo; incurrir en faltas de asistencia al trabajo; realizar en horas de trabajo, actividades ajenas a sus funciones; ausentarse del trabajo sin autorización; participar en actividades que interrumpan prestar el servicio; tomar interés propio o por terceros de bienes a rematarse en cualquier unidad judicial; ejercer la profesión de abogado por sí mismo o por un tercero; facilitar el ejercicio de la abogacía a personas no autorizadas por la Ley; actuar cuando sus intereses entren en conflicto con los de otros organismos de la Función Judicial; y las demás prohibiciones legales, estatutarias y reglamentarias. (Art. 103)

Los servidores judiciales se sancionan por infracciones disciplinarias en que incurren ejerciendo sus funciones, independiente de las responsabilidades civiles o penales derivables. Si se presume existencia de delito de acción pública, debe remitirse los antecedentes al Fiscal General del Estado. (Art. 104)

El Art. 105 establece las sanciones disciplinarias de: amonestación escrita, multa no mayor al 10% de su sueldo mensual, suspensión de sus funciones sin goce de remuneración por hasta 30 días, y destitución.

Prescriben, de acuerdo a la sanción, en: 30 días, amonestaciones y multas; 60 días, suspensiones; un año, destituciones (si se vinculan con delito, en 5 años,

³⁶ Ley de Federación de Abogados del Ecuador, Decreto Supremo No. 201 publicado en el Registro Oficial No. 507 de 07 de marzo de 1974.

sin perjuicio de la prescripción del mismo). Plazos que cuentan desde que se comete la infracción (queja o denuncia), o desde que la autoridad sancionadora la conoció (acciones de oficio). El procedimiento disciplinario interrumpe la prescripción hasta por un año, luego prescribe definitivamente. (Art. 106)

Son infracciones leves, que se aplican a los notarios: 3 o más abandonos de la oficina en horario de trabajo; desempeñar actividades extrañas a sus funciones en horas de trabajo; agredir de palabra o por escrito a servidores de la Función Judicial o usuarios, en el ejercicio de sus funciones (sin perjuicio de que sea injuria grave tipificada en el Código Penal); negativa o retardo injustificado leve en prestar el servicio; no remitir la información que está obligado; utilizar instalaciones de trabajo para actos ajenos a su función; realizar compraventa de bienes o servicios (propios) en instalaciones de trabajo. La reiteración de estos eventos 3 veces en un año, es susceptible de suspensión. (Art. 107)

Son infracciones graves para los notarios: agredir de palabra o escrito con injurias graves (tipificadas en el Código Penal), o de obra a: superiores o inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio; acudir ebrio o bajo el efecto de estupefacientes, o consumirlas en el lugar de trabajo; propiciar, organizar o ser activista en paralizaciones del servicio; causar daño grave por negligencia o dolo en documentos y bienes bajo su custodia, mantenimiento o utilización; reincidir en la omisión de envío de información que está obligado. Su reiteración 3 veces al año, es motivo de destitución. (Art. 108)

Son infracciones gravísimas, para los notarios: vulnerar la independencia interna de servidores judiciales, so pretexto de supervisarlos; abandonar el trabajo más de 3 días laborables consecutivos, o 5 no consecutivos injustificados en el mes; ser sancionado con multa más de 3 meses en un año; retener indebidamente documentos de la Función Judicial o de terceros en su lugar de trabajo; ejercer libremente la profesión de abogado por sí mismo o por terceros; ser condenado en firme como: autor, cómplice o encubridor en un delito doloso reprimido con privación de libertad; proporcionar información falsa o usar documentos falsos para: selección, concurso de merecimientos y oposición e inscripción del nombramiento; acosar sexualmente a inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios, u ofrecer favores sexuales a superiores a cambio de trato preferencial; solicitar o recibir préstamos en dinero o bienes, favores o servicios que hagan dudar su imparcialidad; no cobrar tasas por servicios notariales, apropiarse parcial o totalmente de estas, o cobrar más de lo debido en su beneficio; y revelar información sobre actos investigativos que puedan favorecer o perjudicar ilegítimamente a las partes. (Art. 109)

Constituyen infracciones y las califican como susceptibles de suspensión o destitución: naturaleza de la falta; grado de participación del servidor;

reincidencia o comisión por primera vez de la falta; que los hechos constituyan una falta o acumulen faltas; los resultados dañosos que produjo la acción u omisión y las atenuantes o agravantes que consten en el sumario. Excepto en casos en que la ley hace la calificación o dispone la aplicación de una determinada sanción por la comisión de una infracción. (Art. 110)

La actuación en legítima defensa del servidor judicial en los casos de agresión, lo eximen de responsabilidad disciplinaria. (Art. 111)

En caso de concurrir varias faltas, se impondrá sanción por la falta más grave, o el máximo de la sanción si todas son iguales. (Art. 112)

La acción disciplinaria se ejerce: de oficio, por queja o denuncia. La queja la presentan: Presidentes de cada una de las funciones del estado, Contralor o Procurador General del Estado, vocales del Consejo de la Judicatura, primeras autoridades de órganos autónomos, Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales, Tribunales Penales y juzgados, Comandante General, jefes de unidad de la Policía Nacional; y Auditores Internos. (Art. 113)

Las denuncias las presentan personas naturales o jurídicas, grupos de personas, pueblos o nacionalidades con interés directo en el servicio; deben reconocer su firma ante quién las tramite, y contener requisitos similares a los necesarios en una demanda, de acuerdo al Código de Procedimiento Civil en su Art. 67; añadiendo medios de prueba autenticados o señalamiento de indicios razonables que permitan presunción de la infracción. Si no se cumple con estos requisitos, la denuncia no se admite a trámite.

Los sumarios inician de oficio por el Director Provincial o la Unidad de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura, si se conoce de fuente confiable que el servidor incurre en presunta infracción. También los iniciados por denuncia de: persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad. (Art. 114)

Se debe negar el trámite de quejas que no constituyan infracción disciplinaria o la acción esté prescrita. No se admite a trámite quejas que impugnen asuntos jurisdiccionales; estas se deben remitir a la Comisión de Administración de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, para que la tome en cuenta en la evaluación de desempeño del funcionario. (Art. 115)

El trámite, al admitir la queja o denuncia, debe establecerse en un Reglamento a dictarse. Estos sumarios deben observar las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho a la defensa. Mientras no se declare en resolución en firme su responsabilidad, el servidor judicial se presume inocente. (Art. 116)

El Director Provincial del Consejo de la Judicatura impondrá sanciones de amonestación o multa, o ratificará la inocencia de los servidores. Si no es competente, es decir en caso de suspensión y destitución, debe remitir el expediente al Pleno del Consejo de la Judicatura. (Art. 117)

Las resoluciones que ratifiquen la inocencia se pueden calificar de maliciosas y temerarias, imponiendo al abogado patrocinador una multa de 1 a 3 salarios unificados del trabajador en general. (Art. 118)

Las sanciones del Director Provincial son apelables en 3 días de notificadas, ante el Pleno del Consejo de la Judicatura. Sus decisiones no son susceptibles de recurso alguno en vía administrativa. (Art. 119)

CAPÍTULO II: EL INSTRUMENTO PÚBLICO

2.1. Definición.

Instrumento, del latín *instruere*³⁷, significa: instruir, confiar, enseñar, escritura, documento, lo válido para conocer un acontecimiento, elemento que atestigua un hecho o acto. El instrumento autorizado por funcionario competente es genuino y surge de la autoridad estatal, por lo que es público.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al instrumento en derecho: “*Escritura, papel o documento con que se justifica o prueba algo.*”³⁸

Cabanellas confunde la definición de instrumento con la de documento público:

*El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.*³⁹

Giménez Arnau define al instrumento público así:

*...es el documento público, autorizado por Notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficiencia de sus efectos jurídicos.*⁴⁰

Gonzalo de las Casas definió al instrumento público diciendo:

*Es el escrito auténtico en que se perpetúa un título o hecho... cuya finalidad es asegurar la propiedad y perpetuar los hechos que por su naturaleza conviene queden consignados para el porvenir.*⁴¹

Los documentos públicos deben enumerarse en el ordenamiento jurídico y los no enumerados pasan a ser documentos privados.

El Art. 1716, Libro IV: De las Obligaciones en General y De los Contratos, Título XXI: De la Prueba de las Obligaciones del Código Civil reza en su texto:

*Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado.... Otorgado ante Notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.*⁴²

³⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo; Derecho Notarial, Porrúa, México, 2002, pg. 159

³⁸ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=instrumento

³⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, Buenos Aires, pgs, 208, 134.

⁴⁰ Giménez Arnau Enrique; “Introducción al Derecho Notarial”, Editorial Derecho Privado, 1944, pg. 223

⁴¹ Idem., pg. 209.

⁴² Codificación del Código Civil; Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2006, pg. 491.

La legitimidad del instrumento público comprende su autenticidad, suponiendo que: el funcionario ha sido nombrado por el órgano nominador estatal; y que al momento de ejecutar el acto, no exista causal que suspenda su función.

El Parágrafo Segundo: De los Instrumentos Públicos, Sección Séptima: De las Pruebas, Título I: De los Juicios en General, Libro Segundo: Del Enjuiciamiento Civil, de la Codificación del Código de Procedimiento Civil vigente, en el Art. 164 concuerda con el artículo anterior. Añade en el segundo inciso como instrumentos públicos a: “*mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.*”⁴³

Concordando con la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; Título III: De los Servicios Electrónicos, la Contratación Electrónica y Telemática, Los Derechos de los Usuarios e Instrumentos Públicos; Capítulo IV: De los Instrumentos Públicos; Art. 51:

*Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente... Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables.*⁴⁴

Si los instrumentos públicos están en un mensaje de datos de un computador, conectado a un sistema de información, otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente, firmados electrónicamente por los otorgantes, entonces tienen el carácter de electrónicos. Debe constar en una base de datos electrónica y conectarse a un sistema de red acreditado a la institución que representa el funcionario competente.

Así se define al instrumento público como: El documento físico u electrónico otorgado por autoridad competente en legítimo ejercicio de sus funciones, que cumple con solemnidades impuestas por Ley para probar hechos, dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos.

2.1.1. Fuerza Probatoria.

El Código Civil, en su Libro IV: De las Obligaciones en General y De los Contratos, Título XXI: De la Prueba de las Obligaciones, Art. 1715 ordena que

⁴³ Codificación Código de Procedimiento Civil; Corporación Estudios y Publicaciones, Quito, 2007, pg.52.

⁴⁴ Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 557 de 17 de abril de 2002.

las obligaciones las deba probar quién las alega, a través de los medios de prueba conocidos en el campo civil: instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, confesión de parte, inspección o exhibición judicial, dictamen de peritos o intérpretes. (Art. 121 del CPC)

Carlos Lessona⁴⁵ en su Teoría General de la Prueba en Derecho Civil dice que la carga de la prueba recae sobre quién afirma la simulación. La regla general de las convenciones es la sinceridad, la excepción es la simulación. Concordando con los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil.

Su fuerza probatoria es de prueba documental aplicada a los actos jurídicos; entendiendo a la prueba como la actividad que realizan las partes para procurar que el juez conozca la verdad, la existencia de una cosa y/o la comprobación de un hecho. Así, el instrumento público notarial tiene fuerza probatoria indubitable, a menos que se pruebe lo contrario judicialmente.

El Art. 165 del Código de Procedimiento Civil dispone que los efectos probatorios del instrumento público se expresen así:

*Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo...*⁴⁶

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define hacer fe como: “*ser suficiente un dicho o escrito, o tener los requisitos necesarios para que en virtud se crea lo que se dice o se ejecuta.*”⁴⁷

El último inciso del Art. 165 establece que el instrumento público actuado en juicio (en el término de prueba), con orden de Juez y notificación a la contraparte, constituye prueba actuada legalmente.

El valor probatorio del instrumento público es: “*...hacer plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. ...*”⁴⁸(Art. 1717 Código Civil, concordante: Art. 166 CPC)

Las obligaciones y descargos que contienen los instrumentos públicos hacen prueba de los otorgantes y de personas a quién se transfieren.

⁴⁵ Guerrero G. Hugo Amir, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, Doctrina de la Eficacia Legal de los Documentos Notariales, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=455&Itemid=72, pg. 149.

⁴⁶ Codificación Código Procedimiento Civil; Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007, pg.52.

⁴⁷ http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=hacer=fe

⁴⁸ Codificación del Código Civil; Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2006, pg. 491.

Observar normas de forma y fondo para otorgar instrumentos públicos, supone que se garantice hacer fe en el sentido semántico de la expresión, a la par con el principio de indivisibilidad de la prueba del Art. 176 del C.P.C. Su fuerza probatoria es indivisible, no puede aceptarlo en una parte y rechazar lo demás.

No hay posibilidad que el contenido de documentos de fe pública sea verdad esencial e infalible; los ordenamientos del mundo no le han dado este estatus.

La desaparecida Corte Suprema de Justicia confirma los conceptos doctrinales en algunos fallos que a continuación pasamos a revisar:

- *... las referencias testimoniales no pueden ser más deleznable, parciales y falsas y aún de ser verdaderas, no alcanzarán a destruir el pleno valor jurídico de un documento público como es la escritura de enajenación que ha de tenerse absolutamente por válida y eficaz, mientras judicialmente no se declare su nulidad, es por esto que sorprende la resolución de la Corte de Guaranda, al preferir una justificación testimonial manifiestamente dudosa y contradictoria, frente al contenido indubitable de un instrumento público.*⁴⁹
- *...no obstante las confesiones rendidas por Barragán y Segura Bayas, el valor instrumental probatorio de las escrituras de transferencia de dominio del inmueble urbano... se mantiene vigente, pues no existe sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare la nulidad o la falsedad de dichas escrituras, sin que fuese procedente, por lo que se deja expuesto en el considerando quinto, declararlas en este juicio, como pretende la actora.*⁵⁰
- *... si una escritura no adolece de nulidad por defecto en la forma ... ella hace fe no sólo en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, sino más aún, acerca de la verdad de las declaraciones de los interesados, esto es, de su contenido...*⁵¹
- *...La falsedad de un instrumento público, fundada en el Art. 199 del Código de Procedimiento Civil⁵², ... no procede sino cuando contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de un tercero por cualquiera de los siguientes medios: a) Por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone la*

⁴⁹ Segunda Sala Civil y Mercantil, Juicio Aguiar vs. Herederos Aguiar, Auto de 19-05-1981, Repertorio de Jurisprudencia XXII, Dr. Juan Larrea Holguín; (Guerrero G. Hugo Amir, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, Doctrina de la Eficacia Legal de los Documentos Notariales, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=455&Itemid=72, pg. 151.)

⁵⁰ Primera Sala Civil y Mercantil, Juicio Segura vs. Segura, Auto de 18-01-1983, Repertorio de Jurisprudencia XXII del Dr. Juan Larrea Holguín; (Guerrero G. Hugo Amir, Revista Jurídica Universidad Católica de Guayaquil, Doctrina de la Eficacia Legal de los Documentos Notariales, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=455&Itemid=72, pg. 151.)

⁵¹ Cuarta Sala Civil y Mercantil, Juicio: Dolores Crespo Sarmiento vs. Claudio Orellana Calle y otros, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Dr. Galo Espinosa M.; (Guerrero G. Hugo Amir, Revista Jurídica Universidad Católica Guayaquil, Doctrina de la Eficacia Legal de los Documentos Notariales, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=455&Itemid=72, pg. 152.)

⁵² Actual Art. 178 del Código de Procedimiento Civil.

otorgaron, o de los testigos del notario; b) Por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado; y, c) En caso de que se hubiere anticipado o postergado la fecha del otorgamiento. La redacción tan clara de dicho artículo y la doctrina que lo sustenta no deja la menor duda de que no caben otros casos de falsedad de instrumento público, que los taxativamente señalados.⁵³

Se infiere que la fe pública en el instrumento público pierde su valor cuando se lo declara judicialmente nulo y/o falso, desvirtuando su valor probatorio.

La falta de instrumento público no se suple por otra prueba de actos y contratos que exigen esta formalidad legal, mirándolos como no ejecutados o celebrados, aún si existe clausula penal por no cumplir la promesa de reducir el documento a instrumento público en un período de tiempo. Los instrumentos defectuosos por incompetencia del empleado o con faltas en su forma, son válidos como instrumentos privados si las partes los firman. (Art. 1718 Código Civil)

Los documentos para ser prueba en juicio deben: no estar diminutos, no estar alterados en sus partes esenciales (como para argüir falsedad), y que en autos no haya instancia o recurso pendiente. (Art. 167 C.P.C.)

Los instrumentos públicos no hacen prueba en juicio si en su parte esencial están: rotos, raídos, abreviados, con borrones o testaduras no salvadas a tiempo, según lo mandado en el Art. 168 del Código de Procedimiento Civil.

El Código Civil en su Parágrafo 3o.: Efectos de la Ley, del Título Preliminar, Art. 17 dispone que si la ley exige instrumento público para rendir pruebas que surtan efectos jurídicos en el Ecuador, no son válidas las escrituras privadas. Aún sin importar que su fuerza probatoria fuere diferente en su lugar de otorgamiento. Esto se refiere a la prueba de los actos, no a su otorgamiento.

La aplicación de la ley ecuatoriana es dable cuando la prueba se rinda ante un tribunal o juez en el Ecuador y vaya a producir efectos jurídicos en el país.

Los instrumentos públicos otorgados en estado extranjero (autenticados), hacen fe en el Ecuador como en ese estado. (Art. 188 del C.P.C.) El procedimiento para autenticación o legalización de instrumentos públicos otorgados en el exterior, por agentes diplomáticos o consulares del Ecuador residentes en ese estado, queda establecido en el Art. 190 del C.P.C.

⁵³ Juicio: Julio Sarmiento vs. Laura del pilar Castro, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Dr. Galo espinosa M.; (Guerrero G. Hugo Amir, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, Doctrina de la Eficacia Legal de los Documentos Notariales, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=455&Itemid=72, pg. 152.)

Las compulsas de copias de actuaciones judiciales o administrativas y toda copia con valor de instrumento público, no hacen fe si no las ordena el Juez, citando o notificando en persona o por boleta a la contraparte. Excepto los poderes. (Art. 175 del C.P.C.)

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Título IV: De la Prueba y Notificaciones Electrónicas, Capítulo I: De la Prueba, Art. 52 dice que son medios de prueba: mensajes de datos, documentos electrónicos, firmas electrónicas y certificados electrónicos emitidos conforme a la Ley, sin perjuicio de su procedencia o generación. Es decir que estos tienen calidad de instrumentos públicos y carácter de medios de prueba.

La valoración y efectos legales de la prueba electrónica deben observar lo establecido en el Código de Procedimiento Civil; sin perjuicio de lo establecido en el Art. 55 de esta Ley, que somete la valoración de la prueba al libre criterio judicial de acuerdo a: las circunstancias en que se produce, la seguridad en la autenticidad y fiabilidad de los medios utilizados. Para esto es posible el uso de los medios técnicos o tecnológicos necesarios.

Eventualmente existe la necesidad de materializar, imprimir o pasar al papel los documentos electrónicos, con el objeto de tomarlos en cuenta como prueba.

2.1.2. Forma.

Cabanellas define a la forma como: *“Requisitos externos de los actos jurídicos. / Manera o modo de proceder... en la celebración de un contrato o acto que deba surtir efectos legales.”*⁵⁴

El interés en la forma es que: regulando el orden público, se legisla por los intereses de la sociedad, exigiendo solemnidades que fijan al acto jurídico, garantizando el cumplimiento de requisitos y constituyendo prueba de estos.

El Parágrafo 3o.: Efectos de la Ley, Título Preliminar del Código Civil, Art. 16 dice: *“La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados.”*⁵⁵ Regla denominada *locus regit actum*⁵⁶, limitada a los instrumentos públicos. El inciso segundo dice que la forma se refiere a las solemnidades externas del instrumento.

Los instrumentos públicos otorgados en el extranjero que estén autenticados, tienen el mismo efecto de fe pública en el Ecuador como en el estado en que se ha otorgado. (Art. 188 del C.P.C.)

⁵⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, Buenos Aires, 2000, pg. 171.

⁵⁵ Codificación del Código Civil; Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2006, pgs. 11, 12.

⁵⁶ Locución latina que significa: el lugar rige la forma del acto. (Guerrero G. Hugo Amir, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, Doctrina de la Eficacia Legal de los Documentos Notariales, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=455&Itemid=72)

Son partes esenciales del instrumento: nombres de las partes, testigos, notario o secretario; cosa, cantidad o materia de la obligación; cláusulas que evidencien su naturaleza y efectos jurídicos; lugar y fecha de otorgamiento; y la suscripción del mismo por sus intervinientes. (Art.169 del C.P.C.)

Se prohíbe usar cifras de caracteres desconocidos, excepto: denominaciones técnicas, iniciales en reemplazo de nombres o palabras, dejar espacios vacíos donde pueda introducirse palabras o cláusulas nuevas, y escribir en papel distinto o con diferente tipo de letra. (Art. 171 del C.P.C.)

2.1.3. Autenticidad.

El autor mexicano Hernando Davis Echandía dice que:

*Teóricamente debe entenderse por documento auténtico el que goza de certeza sobre su origen y sobre su autor, lo mismo si esa peculiaridad la tiene desde su formación, que si la adquiere posteriormente...*⁵⁷

El Art. 16 del Código Civil establece que la autenticidad de los instrumentos públicos debe probarse de acuerdo al Código de Procedimiento Civil; se refiere al otorgamiento y autorización por la autoridad y las partes, como lo expresan.

El Art. 1719 del Código Civil acepta la autenticidad del instrumento privado reconocido judicial o notarialmente por la parte a quién se opone, o mandado a reconocer por mandato legal; tiene valor de escritura pública respecto a quienes lo suscriben y se benefician de la transferencia de obligaciones y derechos. Estos artículos son base del Art. 18 de la Ley Notarial, (numeral 3) que atribuye a los notarios a autenticar firmas puestas ante ellos en documentos que no necesiten de escritura pública; y a dar fe de la similitud de las copias de los documentos que le presenten junto al original (numeral 5).

La autenticación o legalización de instrumentos públicos otorgados en el exterior, (Art. 190 C.P.C.); la da el agente diplomático que certifica la identidad del funcionario que ha participado en su otorgamiento.

La autenticidad presume la persona del documentador, la autenticación convierte en creíble públicamente algo que por su naturaleza no lo es.

No es igual documento auténtico a documento autenticado.

Protocolizar significa: "...archivar en el protocolo del Notario los documentos públicos o privados que el propio Notario forma..."⁵⁸ comprendiendo: escrituras públicas y lo que entregan los particulares. Difiere de autenticar,

⁵⁷ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Delitos Contra la Fe Pública, Tomo II: La Falsedad Instrumental, pg 77.

⁵⁸ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Delitos Contra la Fe Pública, Tomo II: La Falsedad Instrumental, pg 80.

en que el notario no es responsable de: genuinidad, autenticidad o veracidad del documento protocolizado entregado por el particular; da fe de recibir el documento para protocolizar y añade la solicitud del abogado.

Instrumentos públicos no auténticos son los declarados falsos. Puede efectuarse maniobra falsaria, o el instrumento tener apariencia de público. El primer caso, una vez declarado falso pierde autenticidad, dudándose del suscriptor. El segundo caso no admite existencia de instrumento público por la imitación, forjadura o no genuinidad; aparentó ser público desde su origen.

2.1.4. Importancia.

Los fines del instrumento público notarial son fundamentalmente: probar, dar forma y eficacia legal al negocio jurídico. Estos dan paso a los demás fines del instrumento público, como: hacer ejecutiva la obligación, garantizar derechos y contribuir al desarrollo del derecho, evitando las actuaciones judiciales.

Su importancia es mucha, al ser la forma en que se expresa y pone en práctica la fe pública otorgada a funcionarios competentes con objeto de hacer efectivos los fines del instrumento público. Refiriéndose al instrumento público notarial, estos son la manifestación material de la fe pública notarial en su totalidad que se va a mantener en el tiempo, perpetuando los negocios jurídicos.

2.1.5. Generalidades.

Si: protocolos o libros de registro se pierden o destruyen, y una parte solicita que se renueve la copia existente para suplir el original, el Juez debe ordenarlo citando a ambas. Solo si la copia no está raída, borrada en lugar sospechoso, ni que no se pueda leer claramente. (Art. 172 del C.P.C.)

Este código, en el Art. 173 dispone que los interesados puedan pedir copias de documentos originales o compulsas, las que deben ser ordenadas judicialmente. Las copias con valor de instrumento público hacen fe si se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por boleta a la parte contra quién se hace valer la copia. Excepto los poderes o mandatos. Tampoco hace fe la escritura referente sin la referida y la accesoria sin la principal; pero si alguna se ha perdido o destruido, hacen fe en los capítulos independientes a ella, considerándola en lo demás como un principio de prueba por escrito.

La variación entre copia y escritura matriz obliga a observar la matriz. De igual forma las compulsas y la copia original, de acuerdo al Art. 177 del C.P.C.

Si es necesario acudir a prueba testimonial para acreditar que: otorgantes, notario o testigos tuvieron imposibilidad física de estar en el lugar de otorgamiento del instrumento; es necesario que 5 testigos o más declaren que estuvo en otro lugar en ese día. (Art. 183 C.P.C.)

Los instrumentos privados pueden pasar a considerarse públicos, como son los documentos habilitantes o anexos de las escrituras públicas ordenados por la Ley, como es el Acta de la Junta General de Accionistas de una compañía.

La ley dispone que los instrumentos privados hagan fe como los instrumentos públicos, en los casos enumerados en el Art. 194 del C.P.C. El primer inciso dice que el instrumento privado en que alguien se obliga a dar, hacer, o no hacer una cosa, o confiesa recibirla, o satisfacción de obligaciones (si la ley no exige instrumento público), convierte jurídicamente sus efectos en caso de que: quién lo hizo o mandó a hacer, lo reconoce suyo ante juez civil o notario público en escritura pública; si su autor se niega a reconocerlo. Si el autor murió, o negó ser suyo, o estuvo ausente del país, deben declarar en juicio dos testigos conformes y sin tacha que vieron otorgarlo, o un tercero a sus órdenes; y si la parte contra quién se presenta el documento no lo redarguye de falso, ni objeta su legitimidad en 3 días desde la notificación (aun sin testigos).

La Ley Notarial, Título I: De los Notarios, en su Art. 1, numeral 20, da facultad al notario de registrar firmas de funcionarios y representantes legales de personas jurídicas a petición de parte, siempre que el notario conozca plenamente a quién registra. El documento que contiene la certificación resultante de este registro goza de autenticidad, pero no tiene efectos probatorios de instrumento público; mandando a proceder de acuerdo a las reglas del Art. 194 del Código de Procedimiento Civil.

2.2. Clasificación de los Instrumentos Públicos.

Los documentos, por su origen son: públicos o privados. Este es el género, la especie son: instrumento público, instrumento privado e instrumento notarial.

El Art. 165 del C.P.C. enumera ejemplos de instrumentos públicos como: diplomas, mandatos, decretos, provisiones, requisitorias, edictos, exhortos u otras providencias expedidas por autoridad competente; certificaciones, copias o testimonios de actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario concerniente, con decreto superior, y escritos que exponen actos ejecutados o convenios celebrados legalmente ante notario; asientos de libros y registros parroquiales, libros y registros de personas facultadas legalmente.

De esto se infiere que los instrumentos públicos clasificados por la naturaleza jurídica de la autoridad, son: administrativos, judiciales o notariales.

Los administrativos se otorgan para materializar actuaciones de administración pública. Entre ellos están: cédulas de identidad y ciudadanía, formularios de declaración de impuestos, actas del Registro Civil, diplomas universitarios, etc.

Los instrumentos públicos judiciales se otorgan con el objeto de poner en práctica las actuaciones de los funcionarios judiciales jurisdiccionales. Entre ellos tenemos a las sentencias, providencias, autos y decretos, entre otros.

Los instrumentos públicos notariales se expiden con el objeto de plasmar las actuaciones de los notarios en un soporte físico o informático duradero y eficaz.

2.2.1. Instrumentos Públicos Notariales.

Partiendo de la definición de instrumento público, se define al Instrumento Público Notarial como: Documento físico u electrónico otorgado por el notario competente, que cumple con las solemnidades legales para probar hechos, dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia jurídica de sus efectos.

El Art. 164 del C.P.C. y el Art. 1716 del Código Civil, definen al instrumento público estableciendo que: si el documento lo otorgan ante notario y lo incorporan en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

No todo acto autorizado por notario cae en este rango; las atribuciones legales del notario evidencian diligencias que no necesitan la formalidad de la escritura pública para su validez, pero deben incluirse en el Libro de Diligencias que están obligados a llevar, mismo que a su vez es un registro público. Aquí sintetizan las diligencias practicadas a diario que se plasman en actas que no son parte del protocolo (Ley Notarial, Art. 19, literal e). A este deben adjuntarse: fotocopias de documentos que se exhiben al notario para certificación, actas de remates y sorteos en que intervino a petición de parte, y actas que levanten los notarios de los actos en que intervinieron a petición de parte y no requieran solemnidad de escritura pública (Ley Notarial, Art. 18, numerales 4 y 7). De esta forma, las actas aparecen como otro tipo de instrumento público notarial.

El Art. 165 del C.P.C. comprueba esto, estableciendo que son instrumentos públicos: *“los escritos que exponen los actos ejecutados o los convenios celebrados ante un notario, de acuerdo a la ley.”*⁵⁹

De otro lado están las escrituras públicas a incorporar al protocolo, junto a los documentos por protocolizar (Ley Notarial, Art. 19, literal d.). Se adjunta al protocolo, documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por: mandato de la Ley, orden de autoridad competente, o petición de parte. Ejemplos de este mandato se ven en el Art. 18 de la Ley Notarial, numerales: 2, 13, 17, 19 inciso quinto, 21 incisos segundo y tercero, 22, 23, 24 y 26.

⁵⁹ Codificación del Código de Procedimiento Civil; Corporación de Estudios y Publicaciones, pg.53.

2.2.1.1. Clasificación.

El instrumento público notarial es la especie y el documento notarial el género, de acuerdo a su valor instrumental se clasifican en documentos notariales: con valor de instrumento público y sin valor de instrumento público.

Esta distinción doctrinal basada en el Art. 143 del Reglamento a la Ley Notarial española⁶⁰, reconoce en el primer grupo a: protocolizados y no protocolizados. Los protocolizados contienen: originales de escrituras, actas, y sus copias respectivas. Los no protocolizados contienen: testimonios, legalizaciones, legitimidad de firmas, certificados de existencia o vigencia de leyes y traducciones. El segundo grupo comprende a los índices, el libro indicador, comunicaciones, oficios y partes oficiales.

Su diferencia es el signo notarial, que expresa la autenticidad del documento y simboliza su carácter privilegiado en el ámbito de prueba y eficacia de los mismos. Los demás son documentos sólo firmados, no tienen la presunción de veracidad que recae sobre los instrumentos públicos aunque sean oficiales o administrativos y se consideren documentos públicos.

2.2.1.2. Escritura Pública.

Cabanellas dice: *“El documento autorizado por notario u otro funcionario con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato jurídico.”*⁶¹

Fernández Casado: *“...instrumento público por el cual una o varias personas jurídicamente capaces establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho.”*⁶²

Azpeitia define escritura matriz como: *“el original autorizado por Notario en que consta la esencia de un contrato o de un acto jurídico intervivos o de última voluntad, refiriéndose, ...siempre a una declaración de voluntad.”*⁶³

El Art. 26 de la Ley Notarial define a las escrituras públicas como:

...es el documento matriz que contiene los actos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo. ...Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o

⁶⁰ GIMÉNEZ ARNAU Enrique; “Introducción al Derecho Notarial”, Editorial Derecho Privado, pg. 251.

⁶¹ Cabanellas de Torres, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, Buenos Aires, 2000, pg. 150.

⁶² Giménez Enrique; “Introducción al Derecho Notarial”, Editorial Derecho Privado, Madrid, 1944, pg. 252.

⁶³ Idem., pg. 253.

*negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por la voluntad de los interesados.*⁶⁴

Los Arts. 1716 del Código Civil y 164 del C.P.C. contienen definiciones afines, contenidas en la de instrumento público; suponiendo: otorgamiento ante notario e incorporación en protocolo o registro público.

Así, definimos escritura pública: Es el instrumento público notarial original otorgado por las partes e incorporado en un protocolo, en que consta una declaración de voluntad y que da forma a un acto, contrato o negocio jurídico ordenado por la ley o acordado voluntariamente por las partes interesadas.

2.2.1.2.1. Ley Notarial, Título II: Documentos Notariales, Capítulo II: De las Escrituras Públicas.

El notario debe examinar antes de redactar una escritura pública: capacidad de los otorgantes, libertad con que proceden, conocimiento con que se obligan, y el pago de los impuestos sobre el acto o contrato. (Art. 27)

Para examinar capacidad de los otorgantes, el notario debe exigir comprobantes legales de capacidad y estado civil de los comparecientes y apoderados. Verifican la libertad de procedencia de los otorgantes. Examina a las partes por separado y determina si proceden por coacción, amenazas, temor reverencial, promesa o seducción; además del conocimiento con que se obligan, lo que exige verificar si las partes están instruidas del objeto y resultado de la escritura. (Art. 28)

Los requisitos formales de la escritura pública, son: redactarse en castellano, indicar día, mes y año de redacción; nombre, apellido y jurisdicción del notario; nombre y apellido, nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio; fe de conocimiento de los otorgantes; comprobación de la identidad de las personas por 2 testigos con cédula de ciudadanía (si no conoce antes a los interesados o no le presentan cédula de ciudadanía); exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido, sin usar números, signos o abreviaturas; fe de lectura del instrumento a los otorgantes; y suscripción de los otorgantes y del notario en unidad de acto. (Art. 29)

⁶⁴ Ley Notarial, Decreto Supremo 1404 publicado en el Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre de 1966.

El original de la escritura se incorpora al protocolo, no se presenta en juicio, sino para: compararlo con la copia o reconocerla, por necesidad. (Art. 33)

Si la escritura original carece de los requisitos establecidos por el Art. 48, pero las partes la hubieren suscrito, vale como instrumento privado. (Art. 34) Los requisitos indispensables que causan defectos en la forma y las hacen nulas son: no designar el tiempo y lugar en que se dieron; no contener nombre y firma de: los otorgantes o los testigos; no acompañar documentos habilitantes; y la presencia de los testigos pedidos por la ley o del notario. (Art. 48)

Las adiciones, variaciones o aclaraciones hechas en la escritura, se extienden en otra escritura separada, nunca notas al margen. (Art. 35) Ninguna palabra puede ser borrada, se tacha con una línea y transcribe al final. (Art. 38)

Prohíbe: usar cifras y caracteres desconocidos (excepto denominaciones técnicas); iniciales en lugar de nombres o palabras; dejar espacios vacíos donde puedan introducirse palabras o cláusulas; y escribir en papel diferente o con letra diversa. (Art. 39, concordante con el Art. 171 del C.P.C.)

2.2.1.3. Actas Notariales

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua la define: “Relación que extiende el notario, de uno o más hechos que presencia o autoriza.”⁶⁵

Fernández Casado no encuentra diferencia entre escritura y acta, definiéndola como: “Instrumento público que contiene la exacta narración de un hecho capaz de influir en el derecho de los particulares y levantada por requerimiento de una persona.”⁶⁶ Es decir que es un instrumento público, pero de otro tipo.

Novoa dice: “*Acta notarial es el documento público autorizado por Notario, en el que a requerimiento de parte, con capacidad intelectual suficiente, se hace constar un hecho que presencia o le conste al Notario, que no pueda ser objeto de contrato*”⁶⁷

Estas actas manifiestan actos de la jurisdicción voluntaria, se hacen a ruego.

Las actas en nuestra Ley no se contemplan como tales, pero por exclusión se infiere son: Documentos que realiza el notario como constancia de realización de diligencias que legalmente no se redactan con las formalidades de la escritura pública. Son prueba documental. Pueden incorporarse al protocolo o libro de diligencias, de acuerdo al acto o hecho jurídico de que hacen fe.

⁶⁵ http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=356&Itemid=72

⁶⁶ GIMÉNEZ ARNAU Enrique; “Introducción al Derecho Notarial”, Editorial Derecho Privado, pg. 261.

⁶⁷ Idem., pgs. 261-262.

Para su formación exigen formalidades y solemnidades legales generales (aplicadas por extensión de la escritura pública), sujetas al uso y costumbre del notario, como: contenerlas por carátula del notario que la confiere (conteniendo: nombre completo, dirección, y teléfonos), estilo, márgenes, empleo de guarismos, enmiendas, redacción, fecha y firma.

Al no contener un negocio jurídico, no es aplicable el conjunto de formalidades materiales, relativas al objeto, descripción, estipulaciones o convenio. Además el notario debe actuar en su jurisdicción en la esfera de sus competencias, con interés legítimo, tomar en cuenta a los testigos en casos previstos por la Ley, las certificaciones de la capacidad de los otorgantes son menos estrictas, no exigen unidad de acto ni de contexto, el notario debe darse a conocer con carácter de fedatario, debe dar a conocer al notificado el motivo de su visita, darse a conocer a sí mismo a la persona preguntada y darle a conocer su derecho a permanecer callada, consultar abogado, o manifestar lo que a su derecho convenga; el derecho de firmar el recibido en el documento entregado o de rehusarse a ello; el derecho a disponer de testimonio del documento levantado al efecto; y la identificación de los firmantes.

Surgen de las actas, ilícitos civiles y penales, basados en la violación del dominio privado de una persona o menoscabar sus derechos. No abstenerse de realizarlas, acarrea nulidad, y la responsabilidad civil y penal del notario.

Entre los diversos tipos de actas que se infieren de la enumeración hecha en el Art. 18 de la Ley Notarial, tenemos al reconocimiento de firmas y las enumeradas en los numerales 6, 7, 10, 11, 12, y 13, entre otras.

El notario fiscaliza la corrección del acto al percibir de forma correcta a través de sus sentidos y ciencia las manifestaciones desarrolladas en su presencia. El notario: ve y oye, no va al fondo del asunto, lo adapta al derecho en la forma.

La firma de las partes es constancia de conformidad con lo narrado por el notario, de lo sucedido en el momento, no es consentimiento ni otorgamiento. Es medio de prueba de hechos (no derechos), no se crea autónomo, exige una actividad requerida por las partes o la Ley en un contrato preexistente.

2.2.1.4. Reconocimiento de Firmas.

La letra para Zavala Baquerizo son: *“...los signos de un idioma escrito a mano, esto es, autógrafos, a fin de poder relacionar dicha letra con el supuesto documentador...”*⁶⁸.

⁶⁸ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Delitos Contra la Fe Pública, Tomo II: La Falsedad Instrumental, pg 172.

La firma en nuestra legislación civil es la manera más común de establecer la autenticidad de un documento. Según Soler es: *“la forma individual y difícilmente imitable de escribir el nombre propio”*.⁶⁹ Toda persona alfabetada crea una particular forma de identificación caligráfica, pudiendo: escribir sus nombres y apellidos acompañados de una rúbrica (*“rasgos particulares inventados por cada persona”*⁷⁰), o imprimiendo rasgos particulares inventados por cada persona, sin letras algunas; o haciendo constar sus iniciales.

Firma y rúbrica son signos de la identidad de las personas que comprometen al suscriptor al momento de estamparlas; estableciendo una responsabilidad de acatar quién firma, de un compromiso u obligación. Zavala Baquerizo dice: *“La firma, pues, constituye una suscripción que otorga autenticidad a un documento.”*⁷¹ En caso de duda de la autenticidad de un documento, según la Ley civil, la autenticidad del instrumento puede establecerse por medio del reconocimiento de firmas realizado judicialmente o notarialmente.

La firma identifica a quién otorga el documento y establece que está conforme con: hechos, pensamientos o ideas contenidas en el documento suscrito.

El Art. 169 del Código de Procedimiento Civil en su numeral 5, establece como parte esencial del instrumento público a la suscripción de los intervinientes, refiriéndose a las firmas de los intervinientes al pie del tenor o texto del instrumento, que al ser emitido por un funcionario público también debe contener su firma. Los instrumentos públicos no pueden ser eficaces si no están suscritos. (Art. 29 numeral 11 de la Ley Notarial)

La autenticación de firmas puestas ante notario en documentos que no son escrituras públicas, supone la certeza conferida por el funcionario que las firmas que constan en el documento, se plasman en su presencia y pertenecen a los firmantes, además de ser iguales a las que constan en el documento de identidad e identifican a los otorgantes. No se reconoce el contenido del documento, esto se debe hacer ante Juez Civil, o por escritura pública.

El notario exige la presencia los firmantes y examina: capacidad, libertad de procedencia y conocimiento del acto que les obliga; como escrituras públicas.

⁶⁹ Idem., pg 144.

⁷⁰ Ibidem., pg 145.

⁷¹ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Delitos Contra la Fe Pública, Tomo II: La Falsedad Instrumental, pg 145.

2.3. Falsedad del Instrumento Público

Las falsificaciones, no falsedades, como según Zavala Baquerizo, se describen en el Código Penal a las: *“conductas antijurídicas que atentan contra la integridad material o ideológica del documento escrito, o instrumento...”*.⁷²

En el delito de falsedad protege el bien jurídico fundamental de la fe pública; ir que se busca que no se ponga en peligro o se lesione la verdad.

Falsedad y falsificación son términos considerados sinónimos, pero la primera debe considerarse como el término genérico aplicable a personas o sujetos y el segundo como el término específico aplicado a las acciones.

Las falsedades según Zavala Baquerizo, pueden clasificarse en: material, ideológica e ideal, y esta última en falsificación y forjadura.

La acción falsaria en la falsedad material, se concentra en la alteración de la verdad ejecutada sobre el instrumento ya formado. En la falsedad ideológica, se plasma en hacer relación maliciosa de hechos o manifestaciones de voluntad o de conocimiento durante la formación del instrumento. En la falsedad ideal, se crea un instrumento de forma íntegra: copiando un original (falsificación), o sin modelo alguno (forjadura).

Además, la doctrina distingue a la falsedad personal, consistente en que la mutación de la verdad recaiga sobre las cualidades y esencia de la persona. Esta modalidad falsaria es conocida como suposición de personas, donde una persona comparece por otra, es decir que la suplanta.

Otra modalidad es la falsedad consistente en destrucción de documentos y su destrucción parcial, que constituyen casos de falsedad material, sancionados en el Código Penal como delito contra la administración pública y delito contra la seguridad pública, respectivamente. (Arts. 262 y 402 del Código Penal).

En esencia la falsedad: transforma, deforma, finge o imita una verdad, mutándola; por lo tanto la Ley debe evitarla al proteger el bien jurídico de la fe pública o verdad oficial contenida en el instrumento público y en la obligación jurídica impuesta a los funcionarios públicos que los otorgan.

El acto falsario puede manifestarse en la variación o combinación de las condiciones para la validez del instrumento público: genuinidad, autenticidad y veracidad. La regla general es la existencia del instrumento formado por la autoridad competente, otorgado por quienes debían hacerlo y donde consten las declaraciones de los hechos tal y como los otorgantes expusieron.

⁷² ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Op.cit., pg 99.

La inventiva de las personas que cometen la acción falsaria hace que las variaciones de la misma sean más que las enumeradas anteriormente, en las conductas que lesionan la fe pública. Así, la estructura de la falsedad recae sobre la mentira (punible sólo cuando afecta bienes jurídicos especialmente protegidos), que puede ser en: la persona del funcionario, en los otorgantes y en las manifestaciones de voluntad o conocimiento contenidas en el instrumento público que no se ajustan a la verdad.

De esta forma, el instrumento público queda protegido por el ordenamiento jurídico, penando al que lo altere, imite o forje. Si quién lo falsea es funcionario público, entonces la pena es mayor que al particular.

El acto falsario constitutivo de delito en cualquier forma de falsedad, es un delito doloso que exige la conciencia de mutación de la verdad en nuestra legislación. La doctrina coincide en que para que se forme el dolo deben concurrir de forma simultánea la voluntad, como la conciencia de mutar la verdad y producir daño. La falsificación por culpa no existe.

Es falso el instrumento público que contiene suposiciones fraudulentas en perjuicio de un tercero: por haberse contrahecho la escritura o suscripción de alguno de los supuestos otorgantes, testigos o notario; por haber suprimido, añadido o alterado cláusulas palabras en su cuerpo, después de otorgado; y en caso de anticipar o postergar la fecha de otorgamiento. (Art. 178 C.P.C.)

La nulidad o falsedad manifiesta del instrumento público lo invalida sin necesidad de prueba. (Art. 179 C.P.C.)

2.3.1. Procedimiento Legal para Declarar la Falsedad del Instrumento Público

La fe pública se regula y protege a través de las Leyes penales y civiles que atañen al instrumento público, es por esto que en el Art. 180 del C.P.C., establece el procedimiento a seguir en el caso de plantearse una demanda por falsedad de un instrumento público. El Juez debe comparar la copia con el original, y recibir las declaraciones testimoniales instrumentales. Una vez realizado, y efectuadas las diligencias que el Juez determine convenientes para esclarecer la verdad, correrá traslado con la demanda y sigue el juicio ordinario. Si se declara la falsedad del instrumento, la sentencia ordenará remisión de copias del expediente al fiscal, para que ejerza la acción penal correspondiente. No es posible que la ejerza sin esta declaración previa.

El instrumento público contiene una presunción iuris tantum (cercana a la certeza) sobre su genuinidad, autenticidad y veracidad. Una vez perfeccionado

por el funcionario competente, surte efectos jurídicos. Debido a la importancia jurídica del mismo, se protege con un obstáculo procesal importante como esta norma que establece la prejudicialidad civil. Esto tiene la intención de que se eviten las impugnaciones de falsedad de los instrumentos públicos de forma constante y a voluntad, evitando que cumplan su función. Concordando con el Art. 16 del Código de Procedimiento Penal vigente, que establece la prejudicialidad civil en el ámbito penal con el objeto de que se declaren por el Juez Civil las cuestiones que inciden en la estructura del delito, sin que el Juez Penal esté vinculado a pronunciarse en el mismo sentido que el Juez Civil.

Este sistema se lo conoce en doctrina como de separación jurisdiccional relativa obligatoria en casos establecidos específicamente en la ley.

Demandada la falsedad del instrumento, éste con caución por los resultados definitivos rendida, es mérito suficiente en procesos civiles. (Art. 181 C.P.C.)

Del texto de la norma citada, se concluye que se refiere a los casos de falsedad material, al hablar de la comparación de la copia con el original del instrumento público perfeccionado. Concluyendo que la falsedad ideológica o ideal no son susceptibles de este tratamiento legal.

La imposibilidad física de haber estado los otorgantes, el notario o los testigos del instrumento público en el lugar donde se otorgó; se prueba por medio del testimonio de cinco personas que declaren el hecho positivo de haber estado en otro lugar el día del otorgamiento. (Art. 183 C.P.C.)

Lo dicho por el notario y los testigos instrumentales contra quienes se presume están implicados en la falsedad no hacen fe. (Art. 185 C.P.C.)

2.4. Nulidad del Instrumento Público.

El Código Civil, Art. 1697 dice: *“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo..., según su especie y la calidad o estado de las partes... La nulidad puede ser absoluta o relativa.”*⁷³

El Art. 1698 del Código Civil, reza:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o

⁷³ Codificación del Código Civil; Corporación de Estudios y Publicaciones, pgs. 486..

*acuerdan, son nulidades absolutas..Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces...Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*⁷⁴.

El Art. 1478 del mismo código dice que: *“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.”* El Art. 1483 dice: *“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita, la prohibida por Ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.”*⁷⁵

Si el instrumento carece de requisitos esenciales de forma y contenido, es jurídicamente inexistente; pero si es nulo o anulable, puede contener falsedad documental, por ser existente.

Los instrumentos públicos enumerados en el Art. 165 del C.P.C., son nulos cuando no observan las solemnidades prescritas por las normas jurídicas. (Art. 170 C.P.C.)

La nulidad de un instrumento público notarial declarada por defecto en la forma, hace al notario susceptible de multa de hasta \$40,00 dólares, a favor de la parte perjudicada y de la destitución de su empleo. (Art. 187 C.P.C.)

2.4.1.1.1. Ley Notarial, Título II: Documentos Notariales, Capítulo IV: De las Nulidades y Sanciones.

El Art. 44 de la Ley Notarial manda a destituir al notario (sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales), haciendo nula la escritura: si intervienen incapaces sin cumplir los requisitos legales, o los notarios tienen interés directo, o sea parte su cónyuge o parientes en cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o si otorgan escrituras simuladas a sabiendas.

Las escrituras que no determinan cuantía del acto o contrato son nulas, a menos que se pague impuestos sobre el verdadero valor del acto o contrato. Esto lo controla el Servicio de Rentas Internas y la Contraloría General del Estado, pidiendo la destitución del Notario al Consejo de la Judicatura. (Art. 45)

El Art. 46 dispone que la omisión de las formalidades establecidas en el Art. 25 referido a los testamentos cerrados sea susceptible de destitución y hacen responsable de los perjuicios causados al notario.

El Art. 47 hace nula la escritura que no esté protocolizada cronológicamente.

⁷⁴ Idem., pgs. 486 - 487.

⁷⁵ Ibidem., pg.428.

Son nulas por defecto en la forma, las escrituras que no designan tiempo y lugar en que se dieron, no contienen nombre y firma de los otorgantes o de los testigos, no acompañan los documentos habilitantes, y la presencia de los testigos pedidos por la ley o del notario. No observar otras formalidades, no anula escrituras, pero hace a los notarios susceptibles de multa. En el caso de los documentos habilitantes que falten, se cumple sólo si se agregan originales al registro del notario o insertados en el texto de la escritura. (Art. 48)

2.4.2. Procedimiento Legal para declarar la Nulidad del Instrumento Público.

El Código Civil, en su Art. 1699 establece que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, de oficio o a petición de parte (así como solicitarla el Ministerio Público), si es manifiesta en el acto o contrato; y alegada por los que crean tener derecho, excepto quién celebra el acto o contrato a sabiendas del vicio. No se sana por ratificación de las partes ni el paso del tiempo.

La nulidad relativa, se declara a petición de parte y por quienes les benefician las leyes, herederos o cesionarios, saneándose por el paso del tiempo y ratificación de las partes. (Arts. 1700, 1710, 1711, 1712, 1713 y 1714 del C.C.)

Los efectos de la nulidad son que: una vez declarada por el Juez y la sentencia con fuerza de cosa juzgada, da el derecho a las partes a ser restituidas al estado en que estarían sin la existencia del acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo estipulado sobre objeto y causa lícita. (Art. 1704 del Código Civil)

La acción rescisoria puede pedirse hasta 4 años desde el otorgamiento del instrumento, (dolo o error); y desde que la violencia cese, en caso de haberla. (Art. 1708).

CAPÍTULO III: LA IDENTIDAD

3.1. Definición.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define identidad como:

*Cualidad de idéntico. / Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás./ Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás./ Hecho de ser alguien o algo el mismo que se supone o se busca.*⁷⁶

Cabanellas define a la identidad como:

*Calidad de idéntico, igualdad absoluta; lo cual integra un imposible lógico cuando existe dualidad de seres u objetos por la distinta situación, entre otras circunstancias de inevitable diversidad. / Parecido, semejanza, similitud, analogía grandes. / Filiación, señas personales.*⁷⁷

Juan Larrea Holguín presenta dos aspectos de la identidad al definirla así:

*Jurídicamente se entiende por identidad la coincidencia entre quién se pretende titular de un derecho u obligación y quién efectivamente debe serlo. También cabe una consideración dinámica de la identidad: el ser una misma persona a través del tiempo, y presentarse como esa misma persona.*⁷⁸

Así, inferimos que hay muchos signos de identidad de las personas y varias formas de probarla. Las personas se identifican por: nombre, apariencia física, estado civil, cargo u oficio, posición social y hasta por su domicilio concreto. Aislados son indiferentes y se confunden con los de otros, pero en conjunto identifican a la persona como individuo único, totalmente independiente.

Encontramos varias personas con iguales nombres, lo que se presta a errores y suplantaciones de identidad; tampoco es fácil recordar el aspecto físico de las personas, cambiante con el paso del tiempo. Los datos de filiación y de parentesco son conocidos por pocos. Los datos técnicos y precisos como las huellas digitales, son diferentes por persona y mantienen características generales de por vida; pero resultaban difíciles de comprobar en la práctica, lo que quedó atrás por los avances tecnológicos en los lectores biométricos.

⁷⁶ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=identidad

⁷⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, Buenos Aires, 2000, pg.193.

⁷⁸ LARREA HOLGUÍN Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998, pg. 428.

3.1.1. La Identificación.

Definida la identidad, debemos enfocarnos en el procedimiento para determinar la identidad de una persona, que es la identificación. Cabanellas la define como: *“Reconocimiento y comprobación de que una persona es la misma que se supone o busca. / Procedimiento para determinar la identidad del sospechoso o acusado de un delito.”*⁷⁹

El nombre es el medio de identificación de las personas más usado, siendo este un símbolo o signo, palabra, o palabras que distinguen a una persona.

La identificación de las personas en instrumentos públicos notariales que dan fe de la realización de los actos o negocios jurídicos, se da por medio de la declaración de su nombre, estado civil, ocupación, domicilio, etc. Pero sobretodo se usa la cédula de identidad o de ciudadanía, donde se recoge: fotografía, huellas dactilares, datos del estado físico de la persona, fecha de nacimiento, profesión u oficio, estado civil, filiación de sus padres, etc.

La identificación permite determinar de mejor manera la identidad verdadera del sujeto, por medio de la conjunción de los datos civiles y morales.

La Ley da a los datos contenidos en la cédula, valor absoluto de prueba fehaciente de la identidad de una persona. Este valor solo puede eliminarse al probar: falsificación o alteración del documento, o que quién lo porta no es el titular del mismo, cotejando datos con quién se presenta.

3.1.2. La Cédula de Identidad.

Al ser la cédula de identidad o ciudadanía el principal medio de identificación de las personas en el Ecuador, es necesario que la Ley regule los requisitos para su otorgamiento y cotejo por parte de los funcionarios públicos.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define a la tarjeta de identidad y no a la cédula, pero esta definición es equivalente: *“La que sirve para acreditar la personalidad del titular”*⁸⁰. Mientras que Cabanellas define, entre otras acepciones a la cédula como: *“Instrumento que acredita la identidad de una persona.”*⁸¹ Y a la cédula de identidad como: *“Documento que, expedido por el jefe de la policía local, sirve para acreditar la identificación de la persona a cuyo favor ha sido expedido.”*⁸² Además de definir a la cédula personal como: *“Documento oficial que contiene el nombre, profesión,*

⁷⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo, Op.cit., pg,193.

⁸⁰ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=tarjeta=identidad

⁸¹ Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, Buenos Aires, 2000, pg. 67.

⁸² Idem., pg. 67.

*domicilio, estado y demás circunstancias de cada vecino, y sirve para identificar la persona y acredita el pago de un impuesto.*⁸³

Se confiere de acuerdo a lo estipulado en la partida de nacimiento y lo declarado por el interesado, una vez confirmado por el funcionario del Registro Civil. Así, se prueba la identidad dinámica de la persona desde la expedición de la cédula, donde declara tener un nombre determinado y afirma que es quién está singularizado en la partida de nacimiento que se presenta. El problema es que alguien puede presentar una partida de nacimiento y sacar una cédula de identidad con un nombre falso, aunque esto está tipificado como delito.

La Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación obliga a las personas a obtener la cédula de identidad desde la inscripción de su nacimiento; para que se tomen las huellas digitales y plantares de los recién nacidos, atribuyéndolas al sujeto que las tiene, en conjunto con el nombre que se le da, y los datos referidos a su filiación, para que en lo subsecuente se pueda siempre comprobar que pertenecen a la misma persona.

A criterio del doctor Juan Larrea Holguín: *“Sobre todo en los primeros años de vida, el aspecto físico varía extraordinariamente, y las huellas digitales son la base física mejor hallada para la prueba de identidad.”*⁸⁴

La identidad civil se determina por la filiación y el estado civil, al considerarla en conjunto con la identidad dinámica se une los signos y pruebas de la identidad en general, permitiendo determinar la verdadera personalidad de la persona.

La Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación le concede a la cédula de identidad un valor absoluto como prueba de la identidad de alguien, que se destruye sólo si se prueba falsificación o alteración del documento, o cuando no coincide con su presunto titular al constatar la fotografía, huellas dactilares y descripción somática. Este cuerpo legal establece que existan dos tipos de cédulas, la de identidad y la de identidad y ciudadanía.

3.2. Derecho Humano de Primera Generación Reconocido Constitucionalmente.

El doctor José García Falconí, señala que:

El derecho constitucional a la identidad, es un derecho a ser reconocido en “su peculiar realidad”, con los atributos, calidad, caracteres, acciones

⁸³ Ibidem., pg. 68.

⁸⁴ LARREA HOLGUÍN Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998, pg. 429.

*que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo;... ..el campo del Derecho a la Identidad es amplio, pues ya más allá de conocer su procedencia genética, va a la personalidad individual en el sentido social y psíquico, inclusive se refiere a los modos de ser culturales de cada uno.*⁸⁵

De Cupis distingue la identidad de las personas como bien jurídico, diciendo:

*...el derecho a la identidad es un derecho de la personalidad porque es una cualidad, un modo de ser de la persona, para los otros al igual que a sí misma en relación con la realidad en la que se vive; como tal es un derecho esencial y concedido para toda la vida.*⁸⁶

La Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas dice que: justicia, libertad y paz en el mundo deben basarse en reconocer la dignidad e igualdad de derechos inalienables de la humanidad.

Dice que es ideal común de todos los pueblos, esforzarse para que individuos e instituciones, la usen para promover el respeto a las garantías fundamentales; asegurando medidas progresivas nacionales e internacionales para reconocimiento y aplicación efectiva en los territorios de los estados miembros.

El Art. 6 de este documento reza: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”*⁸⁷ Se reconoce la personalidad jurídica como: *“Aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones. / Diferencia individual que distingue a cada uno de los demás”*⁸⁸.

Este derecho comprende: filiación, estado social y estado civil; lo que da a las personas, capacidad suficiente para ejercer derechos y obligaciones.

Es para toda la vida y de carácter vitalicio. Empieza con el nacimiento e individualización de las personas de acuerdo al conocimiento de los padres, ya que nace del derecho a la filiación paterna y la certeza de la paternidad de las personas sobre sus hijos. Es un derecho originario con gran incidencia jurídica en la vida de las personas, se protege contra cualquier perturbación. De esta forma, la personalidad jurídica se desarrolla a través del derecho a la identidad; la pertenencia a un determinado grupo familiar, asignándole a la persona una posición en el grupo social, dentro de una familia; base de la sociedad.

La licenciada Magdalena Aguilar Cuevas⁸⁹, tratadista mexicana, explica que la clasificación más conocida de los Derechos Humanos, es la que reconoce tres

⁸⁵ http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3197&Itemid=426

⁸⁶ Véase 36.

⁸⁷ www.un.org/es/documents/udhr/

⁸⁸ Cabanellas de Torres Guillermo, OP.cit., pg. 68.

⁸⁹ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf>

generaciones para estos. La primera, nacida de la revolución francesa contra el absolutismo monárquico. Comprende los derechos civiles y políticos, imponiendo al estado el respeto de los derechos fundamentales. Implican el respeto y no impedimento del estado. Dentro de esta generación, entre los derechos civiles de todo ser humano encontramos el derecho de toda persona a que su personalidad jurídica sea reconocida, lo que comprende: tener un nombre, domicilio y estado civil, claros elementos de la identidad.

El reconocimiento de este derecho a la identidad se recoge en nuestra Constitución en los capítulos referidos a los derechos, especialmente los derechos del buen vivir y de libertad; además del régimen del buen vivir.

3.3. Normativa Vigente que la Regula: Constitución, Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

La normativa legal vigente en el Ecuador que regula los aspectos de la identidad se identifica en: la Constitución de la República del Ecuador y la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación; complementándose con el Instructivo para la Estandarización de Procedimientos del Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, el Código de la Niñez y la Adolescencia y el Código Penal.

La Disposición Derogatoria contenida en la Constitución, además de la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998, deroga toda norma contraria a esta Constitución. El resto del Ordenamiento Jurídico permanece vigente en lo que no sea contrario a la Constitución.

3.3.1. Constitución de la República del Ecuador

Este cuerpo normativo recoge los criterios plasmados en la doctrina y en los instrumentos internacionales que regulan los derechos humanos, acoplándolos a la forma doctrinal socialista que ha tomado nuestro país.

El Art. 10 del Capítulo Primero: Principios de Aplicación de los Derechos del mismo Título II: Derechos, dispone que: personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozan de los derechos garantizados constitucionalmente y en los instrumentos internacionales.

El Art. 11 dispone que el ejercicio, promoción y exigencia de los derechos se pueda dar ante las autoridades competentes, quienes deben garantizar su cumplimiento (numeral 1). También que todas las personas sean iguales y

gocen de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie puede ser discriminado por ningún motivo, como la identidad de género o cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, condición socio-económica o migratoria, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, ni cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley debe sancionar toda forma de discriminación (numeral 2).

El numeral 4 dispone que ninguna norma jurídica pueda restringir el contenido de los derechos, ni garantías constitucionales.

El numeral 6 de este artículo dispone que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

El numeral 8 dispone que su contenido se desarrolle progresivamente por medio de las normas, jurisprudencia y políticas públicas. El estado generará y garantizará condiciones para su reconocimiento y ejercicio. Es inconstitucional la acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

El Art. 9 dispone que sea el más alto deber del estado: respetar y hacer respetar los derechos garantizados constitucionalmente. Toda persona que actúe en ejercicio de la potestad pública está obligada a reparar violaciones de derechos de particulares por: falta o deficiencia en prestación de servicios públicos, o acciones u omisiones de servidores públicos en desempeño de sus funciones. El estado tiene potestad de ejercer el derecho de repetición contra los responsables del daño producido, sin perjuicio de la responsabilidad, civil, penal o administrativa que se pueda derivar del mismo.

Otra mención de la identidad se hace en el Art. 21 de la Sección Cuarta: Cultura y Ciencia, Capítulo Segundo: Derechos del Buen Vivir, Título II: Derechos. Este artículo dispone que las personas tengan derecho a construir y mantener su identidad cultural, decidir pertenencia a una o más comunidades culturales y expresar su elección, la libertad estética; conocer la memoria histórica de sus culturas y acceder a su patrimonio cultural; difundir sus expresiones y tener acceso a otras. No se permite el atentado contra derechos constitucionalmente protegidos, perpetrado invocando esta garantía.

La Sección Quinta: Niñas, Niños y Adolescentes, del Capítulo Tercero: Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria, del mismo Título II: Derechos, en su Art. 45 dispone que niñas, niños y adolescentes gocen derechos comunes al ser humano, a más de los específicos a su edad. Entre otros: identidad; nombre y ciudadanía; educación y cultura; tener familia y

disfrutar su convivencia; participación social; educarse en idioma y contextos culturales propios de su pueblo o nacionalidad; y recibir información de sus progenitores y familiares ausentes, excepto si es perjudicial para su bienestar.

El Capítulo Cuarto: Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades, en el Título II: Derechos, Art. 57 reconoce y garantiza constitucionalmente a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas los derechos colectivos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos (pactos, convenios y declaraciones); y entre ellos refiere: mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia y tradiciones ancestrales, además de las formas de organización social.

El Capítulo Sexto: Derechos de Libertad, del mismo Título II: Derechos, en su Art. 66, reconoce y garantiza a las personas, entre otros: (numeral 5) el derecho al libre desarrollo de la personalidad, limitada por los derechos de terceros; (numeral 19) el derecho a la protección de datos de carácter personal, acceso y decisión de información y datos personales. Dispone que la recolección, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información, requieran autorización del titular o mandato legal. También reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar (numeral 20); el derecho a la identidad personal y colectiva, que comprende el tener nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos. Además de conservar, fortalecer y desarrollar las características materiales e inmateriales de la identidad como: nacionalidad, procedencia familiar, manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

El Art. 261 del Capítulo Cuarto: Régimen de Competencias, en su numeral tercero establece que el estado central tendrá competencia exclusiva sobre el registro de las personas, entre otros.

Finalmente, la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, en su inciso segundo, dispone que el órgano legislativo en el plazo máximo de 360 días desde la entrada en vigencia de este cuerpo normativo (20 de octubre del 2008), debe aprobar las Leyes que organicen los Registros de Datos, especialmente el Registro Civil, Mercantil y de la Propiedad. Se debe establecer el sistema de control cruzado y bases de datos nacionales.

3.3.2. Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Expedido por el Consejo Supremo de Gobierno por Decreto Supremo No. 278, publicado en el Registro Oficial No. 70, de 21 de abril de 1976.

El Capítulo I: De la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en su Título I: Organización y Finalidades, contiene el Art. 1 que establece que es dependencia del Ministerio de Gobierno en Quito; y sus funciones son: celebrar matrimonios, inscribir hechos y actos relativos al estado civil de las personas residentes en el territorio de la República y de los ecuatorianos residentes en el exterior, y su identificación y cedulación. Su finalidad específica es organizar las inscripciones y otorgar cédulas de identidad y de ciudadanía.

El Capítulo III: Del Departamento de Cedulación, dispone que debe funcionar en Quito y sus archivos deben tener duplicados de tarjetas: índice y dactiloscópica, de toda cédula de identidad y de identidad y ciudadanía otorgada por las Jefaturas de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

El Título II: De las Inscripciones Relativas al Estado Civil, Capítulo III: De la Inscripción del Nacimiento, en su Art. 32 dispone que el acta de inscripción de nacimiento debe contener: lugar y fecha de nacimiento; sexo; nombres y apellidos del nacido; nombres y apellidos, nacionalidad, números de cédula o pasaporte de los padres; nombres y apellidos, nacionalidad, número de cédula o pasaporte del declarante; fecha de inscripción; y las firmas del declarante y del Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación o de su delegado.

El Art. 33 dispone que si el nacimiento no solicitan los padres o su mandatario, es necesario probar filiación con los padres presentando partida de matrimonio o cédulas, donde debe constar el estado civil de casados entre ellos.

El Art. 34 establece que lo declarado al inscribir el nacimiento, vale como reconocimiento del hijo, en caso de hacerse personalmente por uno o ambos padres o su mandatario. El poder debe acompañar a la cédula del poderdante y el mandatario debe acreditar su identidad personal con su cédula.

Es requisito legal la presentación de la cédula de los interesados, para acreditar la identidad de una persona en actos jurídicos, como: inscripciones de matrimonios y registros de defunciones.

El Título III: De la Cedulación, Capítulo I: De la Identidad Personal, en su Art. 97 dispone que:

La identidad personal de los habitantes de la República se acreditará mediante la cédula de identidad o la de identidad y ciudadanía, que serán expedidas por las Jefaturas de Registro Civil, Identificación y Cedulación, a base de los datos de filiación constantes en las actas de Registro Civil o en el correspondiente documento de identificación si se tratare de

*extranjeros, y de las impresiones digitales, palmares o plantares, según el caso.*⁹⁰

El Art. 98 establece que las cédulas sean documentos públicos con el objeto de comprobar la identidad de una persona residente en el territorio de la República. Deben contener en su encabezado la leyenda: “República del Ecuador. Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación”, además de los datos de: clase y número de cédula; nombres y apellidos del cedulado; lugar y fecha de nacimiento; especificaciones de registro civil sobre su nacimiento; nacionalidad; fotografía del cedulado; estado civil; instrucción; profesión u ocupación; clasificación individual dactiloscopia; nombres y apellidos de los padres; firmas del cedulado y de la autoridad competente y las fechas de expedición y expiración del documento. Además, el numeral 14 dice que debe contener autorización expresa de ser donante de órganos o componentes anatómicos, conforme el Art. 83 de la Ley Orgánica de la Salud.

El Art. 99 dispone que las impresiones digitales, palmares o plantares se hacen conforme al sistema que establece el Reglamento.

El Art. 100 dispone que para otorgar cédulas, las Jefaturas del Registro Civil, Identificación y Cedulación deben elaborar por duplicado las tarjetas índice y dactiloscópica, cuyos duplicados deben remitirse al archivo.

El Art. 101 dispone que la reposición de cédulas por pérdida, destrucción o deterioro, debe pedirla el titular del documento, basado en datos constantes en las tarjetas índice y dactiloscópica, actualizando los datos variables. La cédula lleva el número original y la razón de reposición. En caso de modificación de datos que enumera el Art. 98, se debe dar en 30 días plazo, so pena de multa de hasta \$0,02 centavos de dólar, impuesta de acuerdo al Reglamento.

El Art. 102 dispone que las cédulas caducan en caso de: muerte del cedulado, vencimiento del plazo, existencia de sentencia ejecutoriada que acepta la impugnación de la identidad de una persona; si hay error material evidente en su expedición; si se expiden contraviniendo la Ley; y la pérdida o suspensión de los derechos políticos del cedulado.

El Art. 103 establece que la cédula es válida por 12 años desde su expedición.

El Capítulo II: De la Cédula de Identidad, en su Art. 104 dispone que la cédula de identidad identifique a los ecuatorianos que no se encuentren gozando de los derechos políticos y a los extranjeros residentes en el país.

⁹⁰ Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación expedida por Decreto Supremo No. 278, publicada en el Registro Oficial No. 70 de 21 de abril de 1976, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001, pg. 19.

Así es como el Art. 105 especifica que deben obtenerla: los ecuatorianos, desde la fecha de inscripción de nacimiento; y los extranjeros residentes en el Ecuador, 30 días después de obtener la residencia. Además, en plazo de un año desde inscribir el nacimiento o declaración de incapacidad, los padres o representantes legales de incapaces o menores de edad deben solicitar la expedición de esta cédula. Los representantes legales de los interdictos deben canjear la cédula de identidad y ciudadanía de sus representados, por la de identidad en 30 días desde la ejecutoría de la providencia que la declara.

El Capítulo III: De la Cédula de Identidad y Ciudadanía, en su Art. 106 establece que tiene el objeto de identificar a los ecuatorianos en goce de los derechos políticos. Es el documento idóneo para ejercer el derecho al voto.

El Art. 107 dispone que estén obligados a obtener esta cédula los ecuatorianos que cumplan la mayoría de edad y entren en goce de los derechos políticos. Si se ha obtenido la cédula de identidad, al cumplir la mayoría de edad, deben canjearla por la cédula de identidad y ciudadanía.

El Art. 108 manda que quienes obtengan su cédula de ciudadanía, deban indicar su dirección domiciliaria y la parroquia a de su domicilio civil.

El Capítulo IV: Disposiciones Comunes a las Cédulas de Identidad y de Identidad y Ciudadanía, en su Art. 110 obliga a exigir la presentación de la cédula y al cumplimiento estricto de esta Ley, a empleados y funcionarios públicos y privados; haciendo constar en lo que tramiten el número de cédula del interesado. Se hará constar en contratos y actuaciones jurisdiccionales en que la persona comparezca por primera vez. Quienes no cumplan esto serán sancionados con multa de \$0.02 centavos de dólar por cada omisión.

El Art. 111 manda a que el número de cédula sea único en el Ecuador y conste obligatoriamente en estos documentos de las personas naturales: Registro Único de Contribuyentes, Cédula Militar, Carnet de Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Licencia de Manejo, Pasaporte, Matrícula de Comercio, Matrícula de Industrial, Cédula de Agricultor, Carnet de Afiliación a las Cámaras de Artesanía y Pequeña Industria, Cédula de Colegio Profesional, Registro de Importador o Exportador, Matrícula de Vehículo, Catastro de Predio Urbano o Rústico, Declaraciones y Comprobantes de Pago de Tributos, Certificados de No Adeudar al Fisco o Municipios, Permisos de Importación, Pólizas de Importación y Pedimento de Aduana, y Credenciales.

El Art. 112 establece que los organismos y empresas que procesan datos por medios electrónicos, deben tomar como número base para identificar a las

personas naturales, el de la cédula de las mismas. Este número debe constar en todos los formularios necesarios para el procesamiento.

El Art. 116 dispone que quienes hayan obtenido una cédula dolosamente, será sancionada de acuerdo a las disposiciones del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil en que pueda incurrir. Además que quién falsificare una cédula también será sancionado de acuerdo a lo dispuesto en el Código Penal, y si se trata de un servidor público, será destituido del cargo.

El Art. 122 dispone que: copias o certificados de inscripciones o datos contenidos en ellas, se confieran por medios electromagnéticos y serán autorizados por el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, constituyéndose en instrumentos públicos.

El Art. 123 establece que la cédula tiene igual valor probatorio de la identidad de las personas que la partida de nacimiento. Las instituciones públicas o privadas que requieran partidas de nacimiento, están obligadas a aceptar la exhibición de la cédula; excepto en actuaciones judiciales u otras que requieran forzosamente la presentación de la partida de nacimiento o su copia certificada.

El Art. 126 manda que: autoridades, organismos y empresas se obliguen a colaborar para que las personas obtengan su cédula y cumplan con esta Ley. La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación debe dar instrucciones y medios necesarios para cedulación, y capacitación de personal.

3.3.3. Instructivo para la Estandarización de Procedimientos del Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Este cuerpo normativo fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 214, del 19 de noviembre del 2007, y expedido por el Director Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

En sus consideraciones iniciales menciona que la Constitución Política de la República del Ecuador, en su Capítulo II: De los Derechos Civiles, Art. 23, numeral 24 dispone que se reconoce y garantiza por el Estado el derecho a la identidad, de acuerdo a la Ley. Como quedó establecido, esta Constitución fue derogada el 20 de octubre de 2008, motivo por el que la normativa no contraria a la nueva constitución, se mantiene vigente, como es el caso.

Aquí se recuerda que la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación no cuenta con Reglamento de Aplicación; motivo por el que el Decreto Ejecutivo No. 331, publicado en el Registro Oficial No. 70 del 28 de junio del 2005, crea el Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, facultando a

la Dirección General de Registro Civil a ejercer la rectoría de este sistema y expedir los procedimientos necesarios para conseguir sus fines.

Se dicta este instructivo, aplicando los presupuestos del Art. 2 de la LRCIYC⁹¹, que dispone que el Director General del organismo, como representante administrativo a nivel nacional, está facultado para organizar, ejercer, vigilar y administrar todo asunto concerniente a esta institución.

Dispone que este instructivo es de aplicación obligatoria para los funcionarios de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, así como para los usuarios que demanden los servicios establecidos legalmente.

El Título I: Capítulo I: Generalidades, en los Arts. 1 y 2 establece que este cuerpo normativo tiene el objeto de establecer y estandarizar los procesos del Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, refiriéndose a las leyes anexas, conexas, tratados y convenios internacionales. Además de permitir la aplicación de las normas generales para la racionalización y eficiencia administrativa, a más de la simplificación y optimización de recursos.

El Art. 3 manda que este instructivo sea válido y rija para ecuatorianos y extranjeros residentes en el país, y ecuatorianos residentes fuera del país.

El Art. 4 establece que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación ejerce rectoría sobre: sistema nacional, hechos y actos relativos al estado civil de ecuatorianos y extranjeros residentes en el país, y ecuatorianos residentes en el exterior, así como su cedulación e identificación. Este órgano se reserva el derecho de investigar inscripciones realizadas a nivel nacional.

El Título II: Capítulo I: De las Inscripciones en General, en su Art. 5 dispone que las inscripciones de hechos y actos relativos al estado civil de las personas se efectúan por duplicado en los ejemplares previstos por la Ley, que deben foliarse y ser idénticos. El archivo será de acuerdo a lo dispuesto en los Arts. 5 y 16 de la LRCIYC⁹², una vez ingresados a la base de datos.

El Título IV: Capítulo I: De la Cedulación, en su Art. 49 concuerda con los Arts. 104 y 106 de la LRCIYC⁹³, al referirse a la cédula en general y su objeto de: identificar ecuatorianos en goce de derechos civiles y políticos (ciudadanía), los que han perdido derechos políticos y extranjeros residentes (identidad).

El Art. 50 establece que la primera cedulación necesita estos requisitos: partida de nacimiento expedida en especie valorada; copia de la partida de

⁹¹ Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

⁹² Véase 91.

⁹³ Véase 91.

matrimonio, partida de matrimonio y defunción, copia de la partida de matrimonio con la inscripción del divorcio, o su equivalente en el sistema informático; carné de estudiante o certificado que acredite el nivel de instrucción en original o copia; tres fotos tamaño carné a color o captura de imagen en el sistema informático. Se puede realizar en cualquiera de los puntos de cedulación a nivel nacional, sin límite de edad y obligatoriamente.

La cedulación por renovación, caducidad, deterioro o cambio de instrucción o profesión, o por cambio de estado civil, requieren de la presentación de los certificados respectivos, emitidos por la institución respectiva, además de dos fotos tamaño carné. Y en el segundo presupuesto, el original y la copia de la partida de matrimonio, además de las fotos.

El Capítulo II: De las Suplantaciones, contiene al Art. 66, donde se remite al Anexo 14, referido a los Arts. 239 del Código Penal, desarrollando la suplantación por presentación de una partida de nacimiento que no le corresponde, y dándole solución solicitando la reforma por el Art. 114 de la LRCIYC⁹⁴; y también dispone que si el suplantado tiene conocimiento del hecho, debe solicitar la autorización de su cedulación, dejando insubsistente la cédula del suplantador, hasta que presente su verdadera partida de nacimiento, conforme al Art. 102 de la LRCIYC⁹⁵, presentando: solicitud al Director General, denuncia ante el Fiscal, copia de las partidas de nacimiento suyas y de un hermano, partida de matrimonio de los padres, fe de bautizo o similar, análisis comparativo morfológico dactilar y copias certificadas de las tarjetas índices, dactilares o el libro de secuencias numéricas o datos de filiación, y las partidas de nacimiento del padre o madre solteros.

Si la cédula se obtiene basada en partida de nacimiento inexistente, y se declara la caducidad por resolución administrativa, se debe cumplir estos requisitos: solicitud del interesado, razones de inexistencia de la partida de nacimiento, y copia de la cédula o datos de filiación y la papeleta de votación. El Director General del Registro Civil debe presentar denuncia ante el Fiscal Distrital de la jurisdicción provincial, cuando se de este supuesto. (Art. 67)

El Art. 68 dispone que la duplicidad de cédulas con números diferentes hace proceder la caducidad de las cédulas que el interesado considere, previa solicitud del titular, mediante resolución administrativa del Director del Registro Civil, con estos requisitos: Copias certificadas de las tarjetas índices, o tarjetas dactilares, o copias del libro de secuencias numéricas, o los datos de filiación. Realizado el trámite, se bloquea en el sistema informático con siglas de:

⁹⁴ Véase 91.

⁹⁵ Véase 91.

provincia y funcionario, además de la correlación de datos. Los números de cédula caducados no se pueden asignar a otro usuario, dejando constancia en la base de datos de esa condición.

Los Arts. 69 y 70 disponen que las cédulas se rehabiliten cuando el fallecido aparece vivo, o en caso de rehabilitar la cédula declarada caducada; siempre que se dirija una petición al Director General de Registro Civil, y se presenten los requisitos correspondientes a cada caso.

El Art. 71 establece que previamente a entregarse la cédula a la persona, el dactiloscopista responsable de entregar el documento tenga la obligación de revisar sus huellas dactilares y cotejarla con la individual dactiloscópica de la cédula, con el objeto de que no sea posible la suplantación. Si no coincide la fórmula dactilar, no entrega el documento y debe informar al Jefe de Brigada o al Jefe de Identificación y Cedulación, para que verifique el procedimiento de nuevo y puedan adoptarse las medidas legales necesarias.

Las Disposiciones Generales de este instructivo, en su Art. 74 establecen que la fotografía para las cédulas tiene el fin de la identificación facial de la persona con certeza, respetando su religión, orientación sexual y lo concerniente a los orígenes étnicos y culturales.

El Art. 76 dispone que el dactiloscopista sea el único responsable de la lectura de huellas dactilares y que el documento llevara su firma y rúbrica.

El Título V: Disposiciones Finales, en su Art. 81 establece que los formatos de inscripciones y de las cédulas contendrán los datos establecidos en la LRCIYC⁹⁶, y serán establecidos por la Dirección General de Registro Civil como únicos. Además, estos deben ser usados uniforme y obligatoriamente por quienes prestan los servicios en la entidad, tanto en la administración desconcentrada, como descentralizada.

El Art. 82 dispone que el manejo de la información dada a la Dirección General de Registro Civil, quién ejerce rectoría sobre su regulación, custodia, acceso, mantenimiento, y actualización de documentos, procesos, registros físicos y archivos magnéticos que aseguren la consecución de los fines y servicios del Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

El Art. 83 manda a que la Dirección General de Registro Civil cobre los costos de sus servicios, basándose en las tarifas establecidas en el Art. 19 de la LRCIYC⁹⁷, concordantes con el Decreto Ejecutivo No. 777, publicado en el

⁹⁶ Véase 91.

⁹⁷ Véase 47.

Registro Oficial No. 170 de 25 de septiembre del 2000, y Decreto Ejecutivo No. 542, publicado en el Registro Oficial No. 121 de 10 de octubre de 2005.

El Artículo Final establece que sean encargados de su ejecución los directores de gestión del Registro Civil y los Jefes a nivel nacional.

Finaliza con los anexos a los que se refiere en algunos artículos, como: el Convenio de la Haya sobre la apostilla, Código de la Niñez y la Adolescencia, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código Penal, el Decreto Ejecutivo No. 777, y finaliza con un Glosario de Términos que recoge los siguientes conceptos que nos interesan:

- Hecho y Acto Jurídico: el primero es todo hecho, producto o efecto por el derecho; y el segundo es un hecho que procede de la voluntad humana.
- Autenticar: autorizar o legalizar un acto o documento, dándole forma y aplicando solemnidades que le dan firmeza y validez.
- Cohecho: soborno, seducción o corrupción de un funcionario público, para que obra de cierta forma que puede o no ser contraria a derecho.
- Cotejar: confrontar una cosa con otra, a través de su comparación por medios visuales.
- Firma: nombre y apellido, título que se pone al pie de un escrito, acreditándolo en su procedencia de quién lo suscribe, autorizando su contenido u obligarse a lo estipulado.
- Huellas Digitales: Las señales que las yemas de los dedos dejan al tocar la superficie lisa de un objeto, compuesta de surcos papilares.
- Identidad: Cualidad de idéntico. Con junto de rasgos propios de una persona o colectivo de personas, que los caracterizan de los demás. Conciencia que tiene alguien de ser ella misma y distinta a las demás. Hecho de ser alguien o algo el mismo que se busca.
- Instrumento o Documento Público: El otorgado o autorizado de acuerdo a las solemnidades legales.
- Pasaporte: Documento expedido por una autoridad, permitiendo el libre paso de la persona por un país, o de uno a otro. En Derecho Internacional moderno lo establece como un documento de identidad personal, así como de protección y de seguridad para su titular.
- Suplantación de Identidad: Falsa sustitución de un documento por otro. Ejercer un derecho o cargo ajeno, valiéndose de la malas artes. Cambio fraudulento.

3.3.4. Código de la Niñez y la Adolescencia.

Cuerpo normativo que busca el desarrollo integral y pleno disfrute de los derechos de los niños y adolescentes del Ecuador, a través de las protecciones: estatal, social y familiar.

El Libro Primero: Los Niños, Niñas y Adolescentes como Sujetos de Derecho, en su Título III: Derechos, Garantías y Deberes, Capítulo III: Derechos Relacionados con el Desarrollo, contiene al Art. 33, cuyo texto reza:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley....Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho.⁹⁸

El Art. 34 da a: niños, niñas y adolescentes el derecho a desarrollar, conservar, recuperar y fortalecer su identidad cultural, concordando con el Art. 45 de la Constitución vigente.

El Art. 35 reconoce el derecho a la identificación al indicar en su texto:

Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan. El Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad.⁹⁹

El Art. 36 establece normas para la identificación, que inician con el certificado de nacido vivo emitido por la casa de salud que atendió el nacimiento. Este debe contener: huellas digitales de la madre y la identificación plantar de los pies del nacido vivo. Las inscripciones tardías deben registrar las huellas digitales del niño, niña o adolescente. El desconocimiento de un progenitor permite que el progenitor que inscriba lo haga con sus apellidos, sin perjuicio del reconocimiento por el otro padre. El desconocimiento de ambos padres permite que se inscriba al infante por orden judicial o administrativa, con 2 nombres y 2 apellidos de uso común en el país. La Defensoría del Pueblo se encargará de investigar la verdadera filiación del menor, para la posterior declaración judicial y procedimiento de reconocimiento en el Registro Civil.

El inciso final de este artículo obliga a las autoridades del Registro Civil a escribir los nombres de niños y niñas de comunidades y pueblos o nacionalidades indígenas del Ecuador, sin poner ninguna limitación u objeción; respetando su derecho a ser inscritos con los nombres propios de su idioma.

⁹⁸ Código de la Niñez y la Adolescencia publicado en el Registro Oficial No. 737 de 03 de enero de 2003, Edi-GAB, Quito, 2003, pg. 27.

⁹⁹ Idem., pg. 27.

Este cuerpo legal en sus artículos enunciados ha desarrollado los preceptos constitucionales de la identidad de las personas, ya que todos los ecuatorianos nacidos vivos deben identificarse con el respectivo certificado que les sirve de base a los funcionarios del Registro Civil para la inscripción. De esta forma, concordantes con la doctrina, vemos plasmados y desarrollados por la legislación los elementos de la identidad comunes para todos los ecuatorianos desde el nacimiento, como: la relación del hijo con los padres o filiación, que le supone la adopción de muchos de estos elementos como la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Todo esto con el fin de hacer certera la identificación de las personas, facilitando el ejercicio de sus deberes y obligaciones, a más de la protección de sus derechos.

3.3.5. Código Penal.

La Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, se remite al Código Penal en el caso de existir la necesidad de sancionar delitos penales derivados de la identificación y la falsificación de documentos públicos como la cédula de identidad y la cédula de identidad y ciudadanía.

En este código se reconoce el Libro II: De los Delitos en Particular, Título III: De los Delitos contra la Administración Pública, Capítulo II: De la Usurpación de Funciones, Títulos y Nombres, donde el Art. 239, se refiere a la falsedad en la identificación, cuyo texto reza: *“El que hubiere tomado públicamente un nombre que no le pertenece será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de cincuenta a cien sucres, o con una de estas penas solamente.”*¹⁰⁰

Además, el Libro II: De los Delitos en Particular, Título IV: De los Delitos contra la Fe Pública, Capítulo III: De las Falsificaciones de Documentos en General contiene al Art. 337, reprime con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años a los funcionarios públicos que cometan una falsedad en el ejercicio de sus funciones. Esta puede consistir en: firmas falsas; alteración de actas, escrituras o firmas; suposición de personas; o escrituras hechas o intercaladas en registros u otros documentos públicos, escritos u otras actuaciones judiciales, siempre que estos documentos estén formados o clausurados.

El Art. 338 reprime con la misma pena del artículo anterior al funcionario público que redacte piezas propias de su trabajo, haya desnaturalizado su sustancia o pormenores: escribiendo disposiciones diferentes a lo acordado por las partes, o estableciendo como ciertos hechos que no lo son.

¹⁰⁰ Código Penal publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 147 del 22 de enero de 1971, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2000, pg. 38.

Finalmente, el Art. 341 dispone que en los supuestos enumerados en los artículos anteriores, quién hace uso doloso del documento falso será reprimido como autor de la falsedad. De esta forma no se excluye a las personas que pueden haber instigado al funcionario público a cometer el delito de falsedad de documentos públicos, sobre todo si su uso ha sido con el objeto o intención positiva de causar un daño.

3.3.5. Corporación de Registro Civil de Guayaquil.

En junio de 2005, el Municipio de Guayaquil, por medio del Ab. Jaime Nebot Saadi, su alcalde; solicitó al gobierno la transferencia del Registro Civil a su favor en el cantón Guayaquil, amparado por la Constitución Política de la República de 1998 y la Ley de Modernización del Estado.

En julio de 2005, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación y el Consejo Nacional de Modernización del Estado; aceptan expresamente la solicitud de estas competencias al Municipio de Guayaquil.

En noviembre de 2005, con el informe favorable de la Procuraduría General del Estado se suscribe el *“Convenio para la Transferencia de Competencias para la prestación de servicios de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación hacia la Muy Ilustre Municipalidad del cantón Guayaquil”*¹⁰¹; descentralizando esos servicios en esa jurisdicción territorial hacia la Municipalidad, los que se pueden ejercer en las formas permitidas en el Ordenamiento Jurídico vigente en el país. Así, este organismo del gobierno seccional estableció el modelo de las Corporaciones de Derecho Civil.

El Acuerdo Ministerial No. 012 que expide el Ministro de Gobierno y Policía, publicado en el Registro Oficial No. 198 del 30 de enero del 2006, aprueba el estatuto social y confiere la personalidad jurídica a la Corporación Registro Civil de Guayaquil como corporación de derecho civil sin fin de lucro con capital municipal, para ejecutar las competencias asumidas con el convenio.

El 03 de octubre del 2006 se publica en el Registro Oficial la Ordenanza ratificatoria de la competencia de la Corporación Registro Civil de Guayaquil, que establece que el Director Ejecutivo de la Corporación ejerce las competencias que la LRIYC¹⁰² concede a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación y organismos adjuntos, en Guayaquil.

¹⁰¹ <http://www.corporacionregistrocivil.gov.ec/LOAFIC/ORIGEN%20DE%20LA%20CORPORACION%20REGISTRO%20CIVIL%20DE%20GUAYAQUIL.pdf>

¹⁰² Véase 91.

De esta forma, y ante algunos problemas ante el gobierno y las competencias que reclama como exclusivas, la Corporación de Registro Civil de Guayaquil es el órgano registral que ha funcionado paralelamente con la dependencia gubernamental en la ciudad de Guayaquil, aplicando la Ley. Por este motivo, ellos han establecido una nueva cédula de identidad, con mayores seguridades, las cuales serán objeto de estudio después. **(ANEXO 1)**

CAPÍTULO IV: SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD EN EL OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

4.1. Definición de Suplantación de Identidad.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define suplantación, como: “Acción y efecto de suplantar”¹⁰³; y suplantar: “Falsificar un escrito con palabras o cláusulas que alteren el sentido que antes tenía./Ocupar con malas artes el lugar de alguien, defraudándole el derecho, empleo o favor que disfrutaba.”¹⁰⁴

El Instructivo para la Estandarización de Procedimientos del Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, define lo que se entiende como Suplantación de Identidad: “Falsa sustitución de un documento por otro. Ejercer un derecho o cargo ajeno, valiéndose de la malas artes. Cambio fraudulento.”¹⁰⁵

La extensión del concepto en el campo penal, se llama falsedad, refiriéndose a una alteración o mutación de la verdad que supone la fe pública, en el documento original. Esto conlleva a que la suplantación de identidad esté regulada por varios artículos del Código Penal, en sus modalidades.

Se conoce también con sinónimos como: sustituir, o suponer. La Real Academia de la Lengua, define sustituir como: “Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.”¹⁰⁶ Y suponer: “Fingir, dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene”¹⁰⁷.

4.2. Formas de Falsedades

La acción típica se manifiesta al alterar el documento auténtico, crear uno in auténtico, o documentar un hecho falsamente.

En países como Austria, Alemania, Suiza e Italia, los Códigos Penales han incluido penas para quienes hacen que el funcionario documente hechos determinados falsamente. Este se llama el delito de falsedad por imprudencia. Delitos que exigen, se obre sin el cuidado debido, con error evitable sobre el peligro concreto de realización del delito, a quienes deben tenerlo.

¹⁰³ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=suplantación

¹⁰⁴ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=suplantar

¹⁰⁵ Instructivo para la Estandarización de Procedimientos del Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, Suplemento del Registro Oficial No. 214, del 19 de noviembre del 2007.

¹⁰⁶ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sustituir

¹⁰⁷ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=suponer

El deber de veracidad del notario, es contrapartida de su derecho a no ser inducido a error, plasmado en esta figura legal europea. Esta doctrina evidencia que se entiende la autenticidad del documento constituida por: imputar las declaraciones de pensamiento del documento al emisor y la veracidad de las mismas, sin conocimiento del notario, perturbando la institución.

De esta forma, se debe diferenciar entre la falsedad del documento y el incumplimiento de los deberes del notario. Es decir que no se preste la fe pública de forma descuidada, sancionando el engaño al funcionario al crear una falsa apariencia, presentando documentos o personas falsas, o haciendo que el funcionario plasme en el documento, hechos no veraces.

4.2.1. Art. 239 del Código Penal

Parte del Capítulo II: De la Usurpación de Funciones, Títulos y Nombres; Título III: De los Delitos contra la Administración Pública, en el Libro II: De los Delitos en Particular. Sanciona con prisión de ocho días a tres meses y/o multa de menos de un centavo, a quién públicamente tome un nombre que no es suyo

Se evidencia que se sanciona a quienes cometen falsedad, usando un nombre que debe pertenecer a alguien existente de forma pública. Es decir que se sanciona la mentira o alteración de la verdad por la gravedad de este acto y su incidencia en la comisión de otros delitos a partir del mismo. El tomar o usar de forma privada el nombre de alguien, no tiene sanción; debido a lo difícil que es normar esto y controlar el comportamiento específico de las personas.

4.2.2. Art. 337 del Código Penal

4.2.2.1. Firmas Falsas

El agente del delito debe imitar un modelo del dueño de la firma, o hacer firma donde conste: nombres y apellidos de alguien existente, pareciendo auténtica, no debe precisamente imitarla. Para configurar el delito debe constar en el documento una firma y/o rúbrica no auténtica de persona que exista o existió al momento de otorgar el instrumento público, con fuerza suficiente para pasar como verdadera. No es necesario que a quienes se engañe, conozcan la firma auténtica; sólo que aparente serlo y que la firma de aval sea del funcionario público que firma el documento fraudulentamente.

Si quién comete el falso es quién dice ser, pero estampa firma y rúbrica diferentes en el documento, no se configura el delito de falsedad. La rúbrica es añadida de forma espontánea a la firma, pero anexada a esta es un todo.

Estampar la firma de alguien inexistente, es realizar una falsa firma, inventando: persona y firma. Son falsos ambos, el delito de falsedad en instrumento público no se configura, por ser el documento nulo al otorgarlo alguien que no puede obligarse ni ser sujeto de derechos.

Estampar la huella digital de una persona en lugar de quién debería hacerlo, no es un caso análogo a la firmas falsas, porque si bien la firma se reemplaza por la huella digital en los casos que la Ley señala (analfabetismo), no son iguales.

4.2.2.2. Alteración de Actas, Escrituras y Firmas.

Entendemos por alteración a la transformación del original del instrumento público en una de sus partes, sumando o eliminando palabras, frases, letras y demás estipulaciones contenidas en el documento. Esto dentro de los caracteres gráficos, la escritura (referida a los documentos escritos y la alteración de las letras puestas desde un principio); o las firmas.

La falsedad consistente en la suposición de personas, o suplantación de identidad ya tratada es otra modalidad de este delito.

4.2.2.3. Suposición de Personas.

Cuando alguien comparece a un acto clamando ser otra persona; la suplanta. Es una falsedad ideológica, hace constar durante la formación del instrumento: un hecho, declaración de voluntad o conocimiento; como verdad, cuando quién lo hace está consciente de que no lo es. La comparecencia de quién debe autentificarlo se afecta, reemplazando al legítimo compareciente. El tenor es afectado, no la forma. El instrumento es genuino en la forma, pero sus declaraciones son mendaces. La lesión de la verdad es directa.

Sólo quienes tienen la obligación jurídica de decir la verdad son agentes de comisión de este delito. Los particulares se excluyen, porque su mentira no siempre causa falsedades con incidencia penal; es un delito propio¹⁰⁸ del funcionario público en el desempeño de sus funciones.

No exige existencia real del interviniente, sólo que aparezcan quienes no intervinieron en el documento. El notario crea a la persona. La sustitución de personas en cambio, exige que se reemplace a la persona que realmente debía intervenir, por otra existente. Carrara dice: *“Se tiene falsedad personal cuando*

¹⁰⁸ **“Los llamados delitos propios son aquellos en que sólo pueden ser cometidos por una clase especial de personas.”** Zavala Baquerizo Jorge, Delitos Contra la Fe Pública, Tomo II: La Falsedad Instrumental, pág. 261.

*la mutación de la verdad no recae solamente sobre las cualidades de una persona, sino también sobre su esencia.*¹⁰⁹ Ambas la evidencian y son parte de ella, haciendo constar como verdadero un hecho que no lo es.

Si el notario hace aparecer por su cuenta disposiciones no dictadas por el testador, hay falsedad ideológica; en cambio, hay simulación si: las partes comparecen para suscribir escritura pública de permuta, cuando en realidad acuerdan compraventa, de lo que el notario no tenga conocimiento.

Se diferencia de la simulación de funciones o cualidades, por cuanto este delito se tipifica en el Art. 236 del Código Penal como delito contra la Administración Pública, no la fe pública como en este caso.

4.2.3. Art. 338 del Código Penal

Sanciona a funcionarios públicos que ejerciendo sus competencias, redacten documentos correspondientes a su empleo, desnaturalizando su sustancia o pormenores: escribiendo estipulaciones diferentes a las acordadas por las partes; o estableciendo como verdad hechos falsos.

Según Zavala Baquerizo: *“el funcionario público tiene el deber de dejar constancia, en la redacción de las piezas que debe formar, de la realidad, aunque esta no coincida con la verdad.”*¹¹⁰ Por ejemplo: si el notario conoce que el precio de un inmueble es mayor al acordado por las partes en la escritura pública de compraventa, está obligado a hacer constar lo que las partes estipulan. Si hace constar la verdadera cantidad, comete falsedad ideológica.

Desnaturalizar, se entiende como: variar, modificar, distorsionar o desfigurar la sustancia, o esencia de los hechos que deja constancia (Ej.: fecha y hora).

El notario no puede cambiar la naturaleza del acto o contrato, o la intención de los otorgantes. Se extiende a realizar añadiduras a lo estipulado por las partes, el alcance de estas; o copiar parcialmente las estipulaciones de las partes.

Los hechos que se hagan constar como verdaderos y no lo sean, deben ser inventados o constar distorsionados, para que se configure este delito.

Es un delito propio, configurado si consta en el instrumento, como que han intervenido personas que no lo hicieron y estampan expresiones iguales.

¹⁰⁹ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Op.cit., pág. 196.

¹¹⁰ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Op.cit., pág. 187.

La alteración de pormenores lo comprende también. Se entiende por pormenores a: circunstancias particulares de una cosa, o secundarias de un asunto. Los pormenores deben ser de la sustancia, esencia o naturaleza de la relación, expresión de pensamiento, o manifestación de voluntad

4.2.4. Art. 339 del Código Penal

Este artículo trata las modalidades de la falsedad cometidas por: particulares o funcionarios públicos fuera del ámbito de su competencia. Refiere una afinidad entre el instrumento público y demás documentos enumerados, protegiendo su autenticidad, por su capacidad de generar la confianza suficiente para dar fe. Aquí, las firmas falsas se entienden de igual forma que el Art. 337 C.P.

Hablando de imitación y alteración de letras y firmas, Zavala Baquerizo, dice:

“Cuando la ley penal se refiere a la imitación de letras... el agente debe procurar hacer en el documento una letra parecida al máximo a la de la persona a la que quiere atribuir el texto que está inscribiendo en el instrumento ya formado.” ¹¹¹

La letra entendida como los signos de un idioma escritos a mano, los relaciona con el documentador, es decir es autógrafa; buscando en este caso el engaño del resto de las personas al hacerles creer que la letra imitada es la original.

Texto similar al Art. 337, pero, sanciona con seis a nueve años de reclusión menor a quién la cometa: ya por firmas falsas o imitación o alteración de letras o firmas. No hay necesidad de una condición especial sobre la persona que lo comete para su punibilidad, no es delito propio; es común a todas las personas.

No se incluye como delito a la suplantación de personas o de su identidad, como el Art. 337 lo hace, es decir que la suposición de personas o no puede ser cometida por un particular, a diferencia de las firmas falsas y la imitación o alteración de firmas, por no tener este la obligación legal de decir la verdad.

4.3. Alcances de la Suplantación de Identidad.

Quién acude ante notario afirmando ser Cayo siendo Pelayo, sustituye a alguien; pero si es Cayo y finge ser dueño de inmueble, usurpa una calidad que no tiene, simulando la propiedad.

Los delitos de falsedad se realizan (la mayoría de los casos) con el objeto de satisfacer un fin premeditado, orientado generalmente a ofensas contra el

¹¹¹ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Op.cit., pg 261.

patrimonio de terceros. También puede efectuarse con el objeto de cometer otro delito, o encubrir la comisión de otros.

Etcheberry define concurso de delitos como:

“Hay concurso de delitos cuando una acción naturalmente unitaria es susceptible de múltiples valoraciones jurídicas, o cuando varias acciones naturalmente independientes no son susceptibles de reducción jurídica a una unidad.”¹¹²

El concurso real de delitos se establece en los casos de los primeros 5 numerales del Art. 81 del Código Penal, donde se exige que un solo agente ejecute los delitos concurrentes. Es necesario que no medie sentencia condenatoria por uno de los delitos, sino es reincidencia. (Art. 77 del C.P.)

La falsedad de los instrumentos públicos puede servir para cometer delitos tales como la estafa, fraude procesal (Art. 294 C.P.), bigamia, o peculado, etc.

La acción falsaria es una, pero de la utilización del instrumento falso de forma dolosa, surgen varios delitos concurrentes como: la estafa.

El uso del instrumento falso pone en mayor peligro a la fe pública que el sólo elaborar el falso. Pero la Ley penal dice que si el documento no es usado de tal forma que cree, modifique o extinga derechos u obligaciones o comprometa intereses, no se usa de forma aprehensible por el derecho penal.

El Art. 341 del Código Penal manda que los casos de los artículos precedentes (Arts. 337 a 340), quién hace uso doloso, se reprime como el autor.

Al ser el notario quién debe controlar la legalidad de actos y contratos que autoriza; por tanto si el notario reconoce probabilidad razonable de existir un ilícito en el mismo, tiene la obligación moral de abstenerse de autorizarlo.

4.4. La Suplantación de Identidad en los Instrumentos Públicos Notariales.

Los Instrumentos Públicos Notariales son afectados reiteradamente por la suplantación de identidad. Tiene que ver mucho con la intención de uno o todos los comparecientes de realizar un ilícito y dándole forma legal al acto. Refiriéndonos a los documentos notariales, cabe en los instrumentos públicos en que el Notario tiene el deber de identificar a los otorgantes, como solemnidad legal necesaria para su validez.

¹¹² ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Op.cit., pág. 261.

A esto se añaden las actas notariales, cuyos efectos serían constituyentes de documento habilitante de una escritura pública o constituyan prueba suficiente para actuarla en juicio, o cuando sus efectos jurídicos lo exijan. Pero es difícil encontrar casos específicos donde se plasme la falsedad en actas notariales, ya que sus efectos y naturaleza, no obligan a la identificación de las personas, sino dan lugar a la certificación de la constancia de un hecho en el instante.

4.4.1. Escrituras Públicas.

Existen varios casos específicos, pero el principal recurrente es el hecho de que el Notario solemniza escrituras de compraventa de inmuebles otorgadas por personas en estado agónico (o incluso muertas ya hace años) a favor de sus hijos o de terceros interesados con retener estos bienes para su beneficio patrimonial. Hecho grave, que con los peritajes grafológicos realizados dentro del proceso penal en que participe el funcionario, se establece la falta de autenticidad de las firmas y por ende del documento.

Los notarios se defienden señalando que han verificado la identidad de los otorgantes y la autenticidad de las firmas por medio del empleo de las exigencias que señala la Ley Notarial y Ley de Registro Civil (presentación de cédulas de ciudadanía, agregando copias de las mismas al protocolo).

Se evidencia que en el campo disciplinario, el Consejo de la Judicatura exige la prejudicialidad del proceso civil y penal por la falsedad del instrumento, previa la respectiva sanción disciplinaria que es la destitución del cargo en la mayoría de los casos. Muchas veces, terminan con destitución del funcionario debido a la sanción penal que lo condena. **(ANEXOS 2, 3, 4, 5, 6 y 7)**

4.4.2. Reconocimiento de Firmas.

Se manifiesta en los actos para los que se torna necesario reconocer firmas y rúbricas ante el notario: desde la autenticación de las firmas estampadas en un contrato que no requiere escritura pública, hasta un reconocimiento de firmas realizado ante notario para presentar pruebas dentro de un proceso o acortar el trámite judicial. Los casos en que se evidencia con mayor frecuencia son los que contienen contratos de compraventa de vehículos, los cuales no necesitan de escritura pública, sino que son válidos con el reconocimiento de firma. Como en el caso anterior, es el criterio del Consejo de la Judicatura la destitución del funcionario por falta de acuciosidad en el ejercicio de su cargo.

(ANEXO 8)

CAPÍTULO V: NORMATIVA PARA ERRADICAR LA SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD EN EL OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

5.1. Posibles Soluciones en Derecho Comparado: Normativa a Nivel Iberoamericano para comprobar la Identidad de las personas. (España, Italia, Perú).

El notariado se clasifica por la naturaleza de sus funciones, en dos sistemas: el notario público (latino) y notario privado (sajón). También está el notariado intermedio (Alemania), aquí cada estado regula y establece el sistema notarial.

El notariado latino es aplicado en Ecuador, dándole al notario formalidad en sus funciones, control de legalidad y redacción del acto o contrato. Prohíbe al notario ejercer otro cargo público, profesión u ocupación. Europa aplica este sistema en Francia, España, Italia, Bélgica y Portugal.

Es herencia del colonizaje a Latinoamérica, por lo que las legislaciones ejemplificadas son similares a la aplicada en Ecuador; dejando, perspectiva de sus formas de: organizar, regular la función notarial, otorgar instrumentos públicos notariales y de solucionar la suplantación de identidad.

5.1.1. Italia.

Países como Italia van más allá al establecer en el Código de la Administración Digital, la Carta de Identidad Electrónica, donde norma el **Documento Nacional de Identidad Electrónico**, cuya diferencia es que incorpora un chip que contiene los datos necesarios para identificar personas: grupo sanguíneo, opciones de carácter médico/sanitario, datos de identificación, datos biométricos (huellas dactilares, fotografía, pero no ADN). Permite identificar personas para todo efecto y acto posible, y firmar electrónicamente.

5.1.2. España.

Los notarios se regulan por la Ley del Notariado y su Reglamento; y las resoluciones que el Consejo General del Notariado Español dicta para llenar vacíos legales, al ser el organismo de control y gobierno de la función notarial.

Su sistema es parecido al nuestro, sobretodo en el otorgamiento y autorización de los instrumentos públicos notariales. El control disciplinario lo hace el Ministerio de Justicia, quién dirige el concurso de méritos y oposición, y nombra notarios. Los cargos son vitalicios y son susceptibles de destitución.

El Reglamento Notarial, en su Art. 259, norma las clases de testimonios; establece la obligación de dejar constancia en el testimonio del procedimiento usado, concordando con la circular 1/2003 del Consejo General del Notariado sobre seguridad en las actuaciones notariales.

El Art. 256 de este cuerpo legal distingue dos tipos de testimonios: directos o presenciales e indirectos o no presenciales. Los primeros acreditan el hecho de que una firma se puso en presencia del notario, o su juicio de pertenencia a determinada persona; en documentos mercantiles, o que tengan declaraciones de voluntad. Su trascendencia jurídica obliga a que, superada la cuantía fiscal, deban hacerse presencialmente, garantizando su autenticidad. Por ejemplo: legitimación de firmas en las letras de cambio, de acuerdo a la Ley Cambiaria, que pide para levantar el embargo de bienes, el reconocimiento de firmas ante notario. El notario no es responsable por el contenido del documento.

Los reconocimientos de firma presenciales exigen cotejar el documento de identidad con la firma estampada en el acta durante el otorgamiento.

Los reconocimientos de firmas no presenciales son un juicio del notario sobre la pertenencia de la firma a una persona, obtenido por el conocimiento directo del notario y el firmante, o una comparación literaria con otra firma indubitada por esa persona. Estas legitimaciones implican una presunción *iuris tantum*¹¹³ de verdad, pudiendo impugnarlas probando el error del notario, sin necesidad de la querrela por falsedad de la diligencia notarial. Estas cayeron en desuso en España y no se admite en algunos países, al exigir conocer grafología.

Si las firmas de los comparecientes se estamparon en otra escritura o diligencia del protocolo, el notario puede basar el testimonio en él, cotejándolas con el documento; en caso de que el notario no pueda acreditar conocimiento personal de la persona.

La circular 1/2003 del Consejo General del Notariado sobre seguridad en las actuaciones notariales, impuso la expresión en el documento de la forma en que se hace el reconocimiento. Esta diligencia se basa sólo en los documentos de identificación referidos en el Art. 23.2.c de la Ley del Notariado, entre los que incluye el cotejo con el DNI o la constancia de la firma en un protocolo, una

¹¹³ *iuris tantum*: locución latina que significa “Lo que resulta del propio derecho; mientras el derecho no sea controvertido”. Usada para designar a las presunciones legales que admiten prueba en contrario.

vez realizado el primer cotejo con el DNI. Recomienda que la legitimación sea presencial, si el documento contiene declaraciones de voluntad, o si surgen tales como el nombramiento de administradores de compañías, etc.

El Art. 257 del mismo reglamento dispone que la legitimación de firmas en documentos oficiales, admita el conocimiento directo del notario y la autoridad, y el cotejo de la identidad con otras indubitadas. La admisión del conocimiento personal se afianza, al cotejar la firma con el original del D.N.I., dando certeza de la identidad del solicitante que posee el documento, garantizando que la firma le pertenece; a diferencia de un recuerdo vago de la mente del notario. La firma estampada en el protocolo comprueba su pertenencia a la persona y es original, identifica por cotejo con el D.N.I. y foto.

El Art. 260 del reglamento mencionado establece que la firma por medio de la huella dactilar, se impone como solución para quienes no saben o no pueden firmar, previo a su identificación y presencia del notario.

Este reglamento da al notario facultad de legitimar firmas electrónicas puestas en documentos electrónicos, con igual valor legal que las firmas puestas en papel, si: identifica al signatario y comprueba la vigencia del certificado de firma electrónica generada por el dispositivo; presencia la firma por el signatario del archivo informático que contiene el documento; y la haga constar por diligencia en formato electrónico y con firma electrónica reconocida del notario.

Los notarios deben apreciar interés legítimo de los solicitantes en su pretensión antes de realizar la diligencia, así como conocer el contenido del documento testimoniado y que no sea contrario a la Ley o al orden público; pudiendo negar la solicitud. Este testimonio se debe dar en el mismo papel, si no hay espacio debe darse en otra hoja de papel exclusivo para uso notarial. (Art. 262)

Esta diligencia debe contener el lugar, la fecha, signo, firma rubrica, sello del notario y el sello de Seguridad creado por el Consejo General del Notariado.

Los libros indicadores de diligencias incluyen los reconocimientos de firmas, los que deben llevarse al igual que los protocolos. (Art. 264)

5.1.1.2. Documento Nacional de identidad.

Los Arts. 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 1/1992 y sus reformas subsecuentes hasta el año 2005, regulan el Documento Nacional de Identidad y el pasaporte español, considerándolos documentos protegidos por las leyes, al igual que los documentos públicos valorables para acreditar la identidad de las personas.

Refiriéndose a la identidad, el Real Decreto 15553/2005, reformativo de la Ley antes mencionada, se refiere al D.N.I. español (incluye la firma electrónica del ciudadano), reiterando lo dicho por la Ley Orgánica: el documento tiene el valor suficiente, sin apoyo alguno, para acreditar la identidad y datos personales de su titular, así como su nacionalidad (Art. 1). Para expedirlo y renovarlo, la persona debe encontrarse físicamente en la dependencia; y una vez caducado, quedan suspensos sus efectos y atribuciones legales (Arts. 5, 6 y 7).

La orden de 12 de julio de 1990 regula el contenido y el formato del D.N.I., en su Art. 2, separa al documento base o interno, donde constan en un micro chip: los datos personales, la impresión dactilar y la firma; y el documento personal externo, donde constan los datos y la firma impresos por medios electrónicos.

La firma que reúne los requisitos analizados, es firma original, legitimada por el procedimiento administrativo establecido legalmente para esto.

5.1.3. Perú.

La Ley del Notariado recalca las características manuscritas de la firma, y las que debe cumplir el instrumento como medio probatorio. Se estableció que en el uso de medios tecnológicos, la manifestación de voluntad se exprese en el aceptar con el mouse, usar clave privada, o usar el dedo en un escáner óptico que genera una partida de registro, o por el reconocimiento biométrico.

Los notarios deben usar los conceptos de fe de conocimiento¹¹⁴ y de fe de identificación¹¹⁵. Lo normal es que el notario no conozca al compareciente, por lo que establece la identidad a través de los documentos.

Perú implantó el Documento Nacional de Identidad o D.N.I., en conjunto con la base de datos del RENIEC (tienen acceso todos los notarios), eficaces contra la suplantación gracias a sus seguridades tecnológicas. Creó la equivalencia funcional, concepto jurídico con que documentos obtenidos y certificados electrónicamente, cumpliendo los requisitos establecidos, tienen igual valor legal que los físicos, en juicio o fuera del mismo.

Concepto que no extraña a nuestra legislación, al igual que las entidades de certificación de firmas electrónicas. Este sistema es el llamado de criptografía

¹¹⁴ "...proveniente de épocas antiguas de viajes poco frecuentes y comunicaciones esporádicas, actualmente eliminada de la legislación peruana, la que se exige siempre el D.N.I." Becerra Palomino Carlos Enrique (Coordinador); "El derecho frente a la Ciencia y Tecnología. Libro Homenaje a César Delgado Barreto y César Fernández Arce.", P.U.C.P., pg. 479.

¹¹⁵ "...se refiere a la facultad notarial de establecer la identidad de una persona sin conocerla, a través de un sistema o medio de identificación que pueda ser sustitutivo al conocimiento personal" Becerra Palomino Carlos Enrique (Coordinador); "El derecho frente a la Ciencia y Tecnología. Libro Homenaje a César Delgado Barreto y César Fernández Arce.", P.U.C.P., pg. 479.

asimétrica, que no se usa en todo su espectro como en otros países. Perú también reconoce la posibilidad de usar seguridades adicionales como los lectores biométricos para el envío de datos confidenciales en el contenido.

Existe un proyecto denominado Notariosat, que lo implementan en conjunto el Colegio de Notarios de Lima y el Servicio de Administración Tributaria, con el objeto de eliminar la evasión fiscal en traspaso de bienes muebles e inmuebles y la constitución de compañías. Se apoya en un intranet desde una página web, para declaración de impuestos a: transferencia de inmuebles y vehículos, así como societarios, y demás. El sistema se enlaza a las bases de datos de: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT); así el notario al realizar la declaración de transferencia de dominio ingresada, con el número del DNI ingresado al sistema, recupera y coloca en el formulario de forma automática los datos de la persona obtenidos de esta base de datos, referidos a sus nombres, domicilio y fecha de nacimiento, así como el RUC y el domicilio fiscal. La base de datos no está en línea, pero se actualiza cada seis meses, sin posibilidad de modificarla. Quienes no constan en ella pueden ser añadidos sus datos de forma manual. El notario elige el tipo de transferencia y declara si es la primera, ingresa los datos: fecha de la minuta, monto de avalúo y valor de transferencia; el programa establece si se grava con impuesto y calcula su monto, incluyendo mora e intereses. Se imprime un reporte y se entrega al cliente, quién firma un cargo por recepción. Este reporte denota la notificación de haber realizado la compraventa de inmueble. El pago puede darse a través de tarjeta de crédito o débito bancario. No permite pagos en efectivo, ni que el notario reciba el dinero. El pago con tarjeta genera un voucher electrónico, comprobante de pago del impuesto.

Este sistema presenta deficiencias como: saturación de la red, formularios largos y tediosos, y falta de utilidad en los días previos a los de declaración, donde la saturación obliga a la entrega física en diskettes.

Se amplía en enero del 2006 y se extiende al resto de instituciones del estado, por el Plan Piloto de Gobierno Electrónico, que busca en un futuro cercano, que estas instituciones y las relacionadas, compartan una base de datos y unifiquen trámites por medio del portal web de servicios al ciudadano; en un proyecto de modernización, apoyado por el Banco Interamericano de Desarrollo.

Al imprimir la escritura por el sistema, a través de campos de una base de datos relacional, con datos que se aplicarán para el registro; se procede a la suscripción del documento físico. Una vez firmado el soporte físico generado con un código de barras, el notario da aviso a la administración tributaria físicamente y también por internet, a través de una tarjeta electrónica con clave

privada que contiene la firma electrónica del notario. En este punto se puede pagar aranceles registrales y emitir un parte electrónico, que se envía primero a la administración tributaria y luego al registrador, que da calificación positiva y genera el asiento registral de los datos en la base de datos. Las empresas recién constituidas obtienen de paso su RUC y domicilio fiscal.

El Colegio de Notarios de Lima buscó ser certificadora de firmas electrónicas, para entregarlas a los notarios en certificados digitales que contienen sus datos de identificación, de la entidad certificadora y la clave pública.

La brecha digital en Perú, se asemeja mucho a la ecuatoriana en su tamaño, es decir que la separación entre las personas que utilizan las nuevas tecnologías de la información en su vida diaria y quienes no tienen acceso a ellas o si lo tuvieren, no sabrían como utilizarlas; es muy grande. Por esto es una tarea del gobierno el reducirla de una u otra forma, para cumplir con el Art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece el derecho de todas las personas a participar del progreso científico y de sus beneficios. Perú tiene costos por interconexión altos, pero grandes números de cabinas de internet, que ayudarían a cerrar esta brecha, al igual que los notarios.

Por estos motivos, se ha buscado la mejora del sistema de uso de internet para obtener datos en línea desde la base de datos del Registro Público, la Administración Tributaria y el RENIEC; ampliando los servicios ofrecidos en línea, certificación por medios electrónicos, uso de la firma digital del Notario para autenticar documentos o suscribir partes electrónicos enviados al Registro Público, certificados de contratación electrónica, certificación de archivos e información contenida en medios digitales, certificaciones de traslado de soporte de papel a soportes digitales y la certificación de concursos públicos por medio de propuestas electrónicas.

Además, Perú ha establecido que las compraventas de vehículos sean susceptibles de: un acta protocolar que contenga requisitos equivalentes a la escritura pública y el ingreso de los partes del acto o contrato, realizados por el mismo notario; al contrario del contrato con firmas legalizadas, anteriormente suficiente. Esto eliminó la falsificación de los contratos referidos.

5.2. Factibilidad de Implementación de los Escáneres y Lectores Biométricos en las Notarías.

La biometría etimológicamente nace de: bio, que significa vida y metría, que significa medida. Por esto los equipos biométricos son capaces de identificar las peculiaridades que pertenecen a cada ser humano. La tecnología

biométrica fundamenta su seguridad en la propiedad de seguridad y la del reconocimiento de una característica física intransferible de la persona.

Estos métodos necesitan de un dispositivo de lectura y un software biométrico que convierte la muestra física y la convierte en una secuencia de números. Las huellas dactilares se obtienen no a través de la imagen, sino de la secuencia numérica que la representa, más o menos identificable por los números de índices dactilares usados en la cédula de identidad actual.

Ninguna persona es igual a la otra, todos tenemos características morfológicas que nos diferencian de los demás: ADN, venas de la mano, forma de la cara, geometría de partes del cuerpo, los ojos y sobre todo, las huellas dactilares (usadas desde hace tiempo para identificar personas certeramente), etc. Ejemplos los tenemos en los hospitales y maternidades, donde se toman: huellas digitales y plantares de los recién nacidos para identificarlos; y en instituciones públicas y privadas que han implementado estos lectores en sus dependencias para controlar asistencia y puntualidad de los trabajadores.

La biometría usada a través de la identificación de huellas dactilares, es una forma de las más representativas de esta tecnología. La huella dactilar se compone de surcos, sus terminaciones, bifurcaciones o puntos de minucia, tienen propiedad e inclinación únicas, que se pueden medir. Comparando la distribución de las mismas, se puede saber la identidad de una persona.

Esta seguridad atribuida a la identificación biométrica por huellas digitales, se debe a que todas las personas las poseen, no se repite dos veces, permanece igual durante el tiempo y se puede medir. Un buen sistema biométrico necesita de efectividad y velocidad en su funcionamiento, la aceptación de la gente como inofensivo del uso de la característica biométrica en su vida diaria y su seguridad contra el uso de métodos fraudulentos en su contra. Este sistema puede usarse como sistema de identificación, o de verificación; en esencia es un sistema que reconoce patrones.

Las revoluciones tecnológicas pasan por 5 etapas: experimentación, capitalización, administración, hiper competencia y consolidación. La primera permite descubrir la forma de viabilizarlas, implicando grandes gastos. La segunda es la inversión para desarrollar la actividad en el lugar y momento adecuados. La tercera se ocupa del direccionamiento de la actividad. La cuarta compete a las empresas, y su competencia por la vanguardia en el mercado. Finalmente está la consolidación.

Las nuevas tecnologías no han ocasionado cambios en la función notarial, respecto a la legalización de documentos electrónicos en el Ecuador. Cambios

que afianzarían la garantía de fe pública, base de la seguridad jurídica notarial; instrumento adicional de protección de esta y forma de facilitar la labor de los notarios, aplicando la ciencia para lograr un fin superior: la contratación formal.

La revolución digital es una herramienta para el hombre, que sirve para bien, al igual que para mal, por eso la importancia de normarla correctamente; ya que el computador no hace mejor a la persona. La tecnología podría empeorar las consecuencias del ilícito, como ha probado ser capaz.

La tecnología Match on Card, desarrollada por Precise Biometrics, ofrece una solución en el objetivo de verificación de la identidad de las personas a través de los datos biométricos contenidos en una tarjeta inteligente, como lo hace con el servicio prestado a embajadas y consulados de los Estados Unidos. De esta forma no se necesita una base de datos costosa de mantener en un servidor permanente, conservando la identidad del titular en la tarjeta. Este funciona bajo la plataforma del Windows XP, actualizable a Vista.

Los costos de los equipos necesarios son variados, los notarios deben ser quienes asuman los mismos; debido a que sus ingresos no son dependientes del presupuesto del estado, sino conseguidos por ellos mismo. Logrando que no le cueste al estado, lo que le podría costar financiar este proyecto. Debemos tomar en cuenta que no todos los notarios tienen el mismo nivel de ingresos en las grandes ciudades, como en zonas rurales de provincia; motivo por el que se debe dar el tiempo suficiente a los funcionarios a nivel nacional para que puedan adquirir estos equipos tecnológicos al proveedor autorizado por medio del Instituto Nacional de Contratación Pública.

5.2.1. Tarjetas Inteligentes o Chip.

Tarjeta de bolsillo, que contiene un micro chip o circuito integrado que realiza tareas programadas; dispositivo electrónico capaz de almacenar datos y susceptible de ser leído por otro. Incorporado en el documento de identidad, puede contener: datos personales, biométricos e incluso la firma electrónica de la persona. En Europa es común el uso de los Documentos de Identidad Electrónicos, que contienen tarjetas inteligentes. Gobiernos como Canadá, Suecia, Noruega, Singapur, Reino Unido y Nueva Zelanda han implementado chips con tecnología PKI, capaces de almacenar seguramente datos biométricos contenidos en pasaportes de segunda generación. Tecnología provista por Entrust. Su uso es recomendado para identificación segura y correcta de sus titulares, en: almacenar historias clínicas, tarjetas de crédito, servicios de transporte, telefonía móvil, o autenticación de firmas electrónicas.

Las tarjetas criptográficas aumentan las posibilidades de autenticación e identificación, permitiendo almacenar seguramente: características biométricas o certificados digitales; en de ficheros protegidos especialmente dentro de la tarjeta. Estos no son susceptibles de salir de la tarjeta e forma fácil, a menos que estas rutinas de autenticación, las realice un programa informático especializado para leer la información del chip criptográfico. El chip contiene: un CPU de 8 bits a 5 MHz y 5 voltios con módulos de hardware; una memoria interna de sólo lectura de entre 12 y 30 Kb que contiene el sistema operativo de la tarjeta, rutinas de protocolo y algoritmos de seguridad; una memoria de almacenamiento que guarda: el sistema de ficheros, datos usados por aplicaciones, claves de seguridad y las aplicaciones a usar; y la memoria RAM.

El chip es de silicio, la tarjeta de cloruro de polivinilo, se unen con pegamento.

Se cargan los datos del sistema y luego se personaliza según su uso, introduciendo información como los nombres, números de identificación, datos biométricos, que asignan esta tarjeta a alguien en particular. La personalización es gráfica con los datos del titular sobre la tarjeta física y eléctrica, al guardar los datos ya mencionados en un fichero de la tarjeta.

Los ficheros tienen condiciones específicas de acceso que deben satisfacerse para ejecutar comandos en ellos. Estos pueden ser de acceso libre, protegidos por una clave o por un PIN. Sería recomendable la protección a través de una clave asignable por el titular de hasta 8 caracteres.

Su costo no sería mayor al actual (\$6), cómo demuestra el cobro de la Corporación de Registro Civil de Guayaquil por el documento de similares características; y si almacenar datos biométricos aumenta el costo, este no llegaría a más de \$10 dólares por tarjeta. Sobre todo cuando existe en el país una máquina adquirida por el Instituto Geográfico Militar, apta para la fabricación de este tipo de documentos. Para su uso es necesario un lector de tarjetas chip conectado a un computador a través de un dispositivo USB.

5.2.2. Lectores Biométricos.

Los lectores ópticos electrónicos biométricos¹¹⁶, son dispositivos que toman una imagen digital instantánea indubitada de las características de un proceso

¹¹⁶ "Biométrico significa que el cuerpo del usuario se usa para identificarlo. Las huellas digitales y un escanograma de la vista son las técnicas más comunes. Los lectores biométricos son muy seguros. Es casi imposible copiar los códigos y se utiliza mayormente para proteger objetivos de alto riesgo." (<http://bieec.epn.edu.ec:8180/dspace/bitstream/123456789/772/5/T10103CAP2.pdf>)

biológico, convirtiéndola a un formato que la procesa informáticamente, identifica e interpreta como información gráfica, por medio de un sistema informático, que la hace reproducible por otros medios.

Estos, usados correctamente, no necesitan de mucho mantenimiento y tienen una vida útil de hasta 4 años. El lector recomendable por practicidad y durabilidad, sería el denominado tipo Hamster, que permite la identificación de personas para control de accesos, capturando la imagen al detectar la proximidad del dedo y cotejándola con el disco duro. El costo de estos dispositivos varía dependiendo de su proveedor, tecnología y alcances, pero está alrededor de \$200 a \$800 dólares. Funciona con sistemas operativos de Windows, y se lo conecta a través de un puerto USB o paralelo, operándolo por medio del programa incluido.

5.2.3. Lectores de Tarjeta Chip.

Los lectores de tarjeta chip son los dispositivos electrónicos que leen la información contenida en un micro chip, recuperando la información biométrica y demás datos contenidos, convirtiéndola a datos en el formato electrónico para procesarla informáticamente o reproducirla por otro medio. Estos lectores suministran la energía necesaria para la lectura del chip.

Para implementarlos, es necesario un sistema informático que realice la tarea científica y tecnológica de identificación y ponga a trabajar al hardware. El sistema informático muchas veces se provee en conjunto o necesita de desarrollo para tareas específicas. Un lector de chips con capacidad de conexión a un computador de escritorio a través de un cable USB, tiene un costo aproximado desde \$ 11 a \$ 70 dólares, incluyendo el sistema informático.

5.2.4. Sistema Informático.

Para verificar indubitadamente la identidad de una persona, los dispositivos electrónicos no son suficientes, se necesita de sistemas informáticos propios o afines que hagan funcionar en la forma indicada al dispositivo. Llevando a cabo la tarea de tomar las imágenes, cotejarlas, e imprimir la escritura si hay coincidencia; se requeriría un programa desarrollado especialmente para el efecto. Este proceso necesita de un programa informático diseñado para el efecto por un proveedor de soluciones informáticas, que busque la adaptación de un programa existente o el desarrollo de uno nuevo. Esto podría costar alrededor de \$ 1200 a \$5000 dólares. Aunque ya establecimos que existe una compañía que provee de este servicio al Gobierno de los Estados Unidos, a la que se puede considerar para implementar esto.

España implementó un driver (necesario para leer el DNI electrónico), disponible en una página web. El driver para el lector se obtiene del fabricante.

Todos estos costos son aproximaciones que se pueden reducir en caso de que los proveedores u oferentes lo consideren para adjudicarse el concurso público de ofertas que se deberá realizar para el efecto.

5.3. Reformas Legales Necesarias para su Implementación.

5.3.1. Proyecto de Ley para implementar el Sistema Electrónico de Identificación Biométrica de Personas en las Notarías.

Art.1.- Reformas a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

1.- En todos los artículos donde diga “cédula de identidad o de identidad y ciudadanía”, léase “documento nacional de identidad electrónico”; y en general, donde diga “cédula”, deberá leerse “D.N.I. electrónico”; y donde diga “cedulación”, deberá leerse “documentación”.

2.- En el Art. 98, donde dice “Contendrán en su encabezamiento la leyenda:...” léase: “El DNI electrónico externo contendrá en su encabezamiento la leyenda:...”. Y a continuación del numeral 13, añádase el siguiente párrafo: “El DNI electrónico interno contenido en el chip de memoria incorporado, contendrá los datos enumerados, además de la imagen biométrica del dedo pulgar derecho de la persona, su grupo sanguíneo, firma electrónica y consentimiento para donar órganos.”

3.- Deróguense los artículos 104 y 105 del Capítulo II: De la Cédula de Identidad, Título II: De la Cedulación.

4.- Sustitúyase el inciso segundo del Art. 110, por el siguiente: “Los funcionarios públicos que no exijan la presentación del DNI electrónico, serán sancionados con multa de cincuenta dólares americanos, por cada vez que omitan esta obligación, multa impuesta por la respectiva Jefatura Provincial de la dependencia pública o su equivalente.”

Art. 2.- “La Dirección Nacional de Registro Civil y Documentación, será la encargada (a través de su representante legal), de dirigir el concurso público de ofertas a través del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permita la adquisición de insumos y equipos, o contratación de un proveedor de los mismos; para implementar el documento nacional de identidad electrónico y otorgarlo en las oficinas del Registro Civil a nivel nacional, propendiendo que los costos sean equiparables a los de la cédula de identidad y ciudadanía.

Esto lo deberá cumplir en un plazo de seis meses, desde la entrada en vigencia de esta Ley, so pena de destitución del Director.”

Art. 3.- “El Director Nacional de Registro Civil y Documentación, debe en el plazo de tres años, implementar los recursos técnicos necesarios para establecer y sistematizar la obtención de las imágenes digitales de las huellas dactilares de los habitantes de la república y almacenarlas en el Documento Nacional de Identidad, a nivel nacional.

Luego de este período de tiempo, será necesario que todos los ecuatorianos y extranjeros residentes en el país, renueven sus cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía, y obtengan el Documento Nacional de Identidad.”

Art. 4.- Reformas a la Ley Notarial.

1.- A continuación del Art. 18, agréguese los siguientes Artículos:

Art. In numerado 1.- “En el otorgamiento de todo instrumento público notarial que contenga manifestaciones de voluntad, o ellas deriven de sus cláusulas; es deber del notario identificar a los comparecientes y/o testigos, a través del sistema electrónico de identificación biométrica de personas.

En caso de no haber identificación positiva de uno o varios otorgantes y/o testigos, el notario deberá: seguir el procedimiento puntualizado por cuatro ocasiones más en ese día, de forma continua; y repetirlo hasta una vez más de la misma forma, en día diferente. Luego de lo cual, si no hay identificación positiva, se abstendrá de otorgar el respectivo instrumento público notarial.”

Art. In numerado 2.- “El sistema electrónico de identificación biométrica de personas, consiste en el uso de: un lector biométrico de huellas digitales, un lector de tarjetas inteligentes y a un ordenador conectado a ellos, que contiene el sistema informático que recoge ambas imágenes biométricas y las coteja de forma exacta e indubitable. Este permite que los datos contenidos en el DNI electrónico interno se ingresen automáticamente en él instrumento y que se imprima en el soporte de papel al lograr identificación positiva.”

Art. In numerado 3.- “Los Notarios deben exigir a los otorgantes y/o testigos la presentación de su DNI electrónico e introducirlo en el lector de tarjetas inteligentes; además de solicitar a otorgantes y/o testigos, colocar su pulgar derecho en el lector biométrico y obtener las imágenes biométricas por medio del programa informático, que las cotejará e identificará a las personas.

Los otorgantes y/o testigos, no podrán negarse a seguir este procedimiento. En caso de existir la negativa, el notario deberá excusar su ministerio, absteniéndose de otorgar el instrumento público.”

Art. In numerado 4.- “El notario deberá usar obligatoriamente el sistema electrónico de identificación biométrica de personas, incluso cuando sea llamado al otorgamiento de instrumentos públicos fuera de su notaría. El incumplimiento de esta obligación será considerado infracción disciplinaria grave, sancionada con destitución de su cargo.”

Art. 5.- “El Consejo de la Judicatura, a través de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, en el plazo de 180 días contados a partir de la puesta en vigencia de esta Ley, deberá finalizar los estudios técnicos necesarios para establecer los requisitos tecnológicos específicos, necesarios para implementar el sistema electrónico de identificación biométrica de personas, en toda notaría a nivel nacional.

El Incumplimiento de este plazo será susceptible de destitución de los vocales responsables, por parte de la Asamblea Nacional.”

Art. 6.- “Una vez establecidos los requisitos técnicos para implementar el sistema electrónico de identificación de personas; el Consejo de la Judicatura, a través de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, dirigirá bajo los parámetros establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el procedimiento para la provisión y contratación de un par de estos, así como del servicio técnico necesario para su instalación y mantenimiento a nivel nacional; buscando la calidad y funcionalidad de los equipos y sus oferentes. De entre los oferentes, se escogerá la más conveniente para el colectivo y se establecerá el proveedor al que serán adquiridos los equipos por parte de los notarios.

Si los requisitos técnicos para: lectores biométricos, lectores de tarjetas inteligentes o software; no son compatibles con los disponibles en el mercado, este procedimiento contemplará la provisión de soluciones informáticas suficientes para cumplir con ellos.”

Art. 7.- “Los Notarios tendrán plazo de dos años y seis meses, contados desde la fecha en que esta Ley entre en vigencia, para implementar el sistema electrónico de identificación biométrica de personas en sus notarías.

En plazo de tres años, deberán adquirir un ordenador portátil y los equipos que permitan el uso del sistema electrónico de identificación biométrica de personas, al prestar su ministerio fuera de su notaría.”

Art. 8.- “El Consejo de la Judicatura deberá verificar al transcurrir este lapso temporal y determinar si existen notarías que no han implementado el sistema; iniciar sumarios administrativos y destituir a los notarios de las capitales de provincia. Respecto a los notarios de los cantones, el expediente determinará cuales fueron sus ingresos semestrales por este período de tiempo y se pasará a sanciones disciplinarias cuando haya indicios de responsabilidad del notario.

Si el incumplimiento se da por falta de recursos en los ingresos brutos del notario; el Consejo de la Judicatura dictará la resolución que permita a los notarios realizar estas adquisiciones, utilizando todo el excedente de su ingreso bruto; siempre que se justifique por medio de facturas el pago de la totalidad de los equipos con dicho excedente, incluso sin depositar la cantidad del excedente que le toca al estado de acuerdo al Art. 304 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 9.- “Si después de tres años de puesta en vigencia de esta Ley, el Consejo de la Judicatura encuentra notarías que todavía no implementen el sistema; deberá buscar el apoyo económico institucional del estado o de organismos internacionales para procurar su implementación total.”

Art.6.- “El Consejo de la Judicatura subirá a su página web, el driver necesario para la lectura del DNI electrónico en las notarías, para hacerlo accesible al público y los notarios.”

Art. 7.- “El Ministerio de Justicia deberá vigilar el cumplimiento de los plazos establecidos en esta Ley para el Consejo de la Judicatura, debiendo informar a la Asamblea Nacional de estos particulares; para que de ser pertinente, se inicie el respectivo juicio político para la destitución de los vocales.”

Artículo Final.- Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

CONCLUSIONES

1. Es deber del estado garantizar la seguridad jurídica en el país; a través de funcionarios públicos que en razón de su profesión, reciben la facultad de dar fe de la indubitabilidad del instrumento público, que cumple los requisitos legales suficientes para que el bien jurídico conocido como “fe pública”, actúe sobre el acto o contrato que contiene; creando y estableciendo derechos y obligaciones derivados del mismo. También es deber del estado el garantizar el derecho de las personas a disponer de servicios de calidad óptima y a elegirlos con libertad; lo que es evidente se puede hacer a través de las nuevas tecnologías, específicamente aplicadas a identificación de personas en el otorgamiento de instrumentos públicos notariales, dándole la certeza al Notario de la identidad indubitada de los comparecientes. Por esto, el estado permite a sus nacionales desarrollar su personalidad jurídica con el objeto de individualizarlos para ser sujetos de derechos y obligaciones inherentes a los actos o contratos que celebran. Por esto, que una persona se haga pasar por otra, crea varios problemas derivados de la actividad falsaria, beneficiando a quién los realiza para cometer por lo general otro delito, como son aquellos referidos al otorgamiento de testamentos, divorcios, escrituras públicas de compraventa, donación de bienes inmuebles, etc. Así se evitaría la suplantación de identidad o falsedad ideológica en el otorgamiento de instrumentos públicos notariales, aplicando nuevas tecnologías existentes y dando al funcionario la certeza de que sólo en el caso de un desperfecto mecánico o que la falsedad sea cometida por conductas antijurídicas como falsificación del documento público con la ayuda del funcionario que lo otorga en el Registro Civil, esta sea muy improbable, dándole un grado de certeza muy alto y quitándole esta responsabilidad al notario, que tiene mayor margen de error que las máquinas desarrolladas para el efecto.
2. La legislación notarial contempla reglas formales de procedimiento para otorgar instrumentos públicos notariales, dentro de los alcances del Notario en el campo de la jurisdicción voluntaria; facultades ampliadas con el tiempo, pero que obligan a continuarse en el juzgado si hay controversia. Estas reglas de procedimiento obligan a identificar a los comparecientes para que los efectos jurídicos del acto o contrato sean plenos, debido a la indubitabilidad necesaria para que la persona se obligue o adquiera derechos. La identificación, por costumbre más no por mandato legal, la realizan los notarios o los trabajadores de la notaría por medio de la confrontación de: la foto, los datos y la firma constantes en la cédula de identidad o ciudadanía de los otorgantes; con los entregados por los otorgantes. Se dejan copias del documento como constancia de que esta comparación se ha hecho en el momento de plasmar la firma de los comparecientes. La legislación notarial no permite que los actos notariales sean regulados por la costumbre, por lo que es necesario que el procedimiento para realizar esta confrontación, esté establecido en la Ley y sea regulado en sus detalles; dentro de los cuales se

encuentra la aplicación de los medios tecnológicos existentes en el mundo para la identificación de personas. Al avanzar tanto y ser la tecnología en la identificación una forma efectiva de simplificar la vida y el trabajo de los seres humanos, se debe aplicar y regular su uso en campos como la identificación de las personas de forma indubitada para otorgar instrumentos públicos notariales que requieran la identificación de los otorgantes, de acuerdo a la naturaleza jurídica del acto o contrato que contiene el instrumento.

3. La cédula de identidad y ciudadanía es de acuerdo a la Ley, el único documento válido para individualizar a una persona de otra y diferenciarla de las demás, a través de los datos de filiación contenidos en su superficie escrita, entre los que están: número de cédula, los nombres completos, la huella digital, el índice dactilar y la firma. La cédula de identidad se usa en el país, para identificar personas que perdieron derechos políticos, extranjeros que residen en el país, menores de edad. Esta diferenciación entre los documentos se toma en cuenta sólo para efectos legales y hasta suena innecesaria por sus connotaciones discriminatorias, que permiten ver documentos diferentes, pero de contenido similar y efectos de igual calidad en sus titulares. Así, al ser necesario que este documento sea también afectado por los avances en la tecnología, es necesaria una reforma legal a la Ley de Registro Civil, permitiendo que su nombre cambie para dejar de lado las características anotadas, sin diferenciar de esa forma a los titulares y dejando constancia de que su portador o titular es nacional o residente del estado ecuatoriano y que su propósito es el de identificarlo como tal, sin importar su condición. Los cambios al documento de identidad están más allá del nombre, incluyen también la parte tecnológica de almacenamiento de datos de filiación contenidos en el soporte físico escrito del documento en un microchip con la capacidad suficiente, en conjunto con la fotografía e índice digital de la persona de su dedo pulgar derecho, que ha sido comúnmente utilizado por los expertos en dactilografía para la identificación exacta de personas. Además, los drivers de software necesarios para el funcionamiento de los chips del DNI, necesarios para uso de los notarios, deben estar disponibles para el acceso general, por lo que es recomendable colocarlos en una página web existente, como la del Consejo de la Judicatura.

4. El ordenamiento jurídico que regula la labor de los notarios en el país, su naturaleza organizativa del servicio notarial, permite que estos funcionarios obtengan recursos elevados en los centros de concentración de la población ecuatoriana, ciudades como: Quito y Guayaquil, que sobrepasan el número de 40 notarías por cantón. En las demás ciudades del país, la necesidad de notarías no es tan alta, debido a la concentración poblacional y al tamaño de las ciudades y cantones, que no permiten que exista gran concentración de negocios jurídicos y trámites legales que sean necesarios de la intervención del Notario. Esto no permite que se pueda generalizar los ingresos que recibe cada notario en el país, es evidente que el notario de los cantones menos poblados y comerciales, obtendrá menores ingresos que los que tienen sus oficinas de trabajo en las capitales de provincia y cantones más grandes.

Debido a su importancia, su labor está regulada en la Ley, pero efectivamente no tiene un rango de dependencia del poder estatal (de la función judicial) para establecimiento de notarías y su estructura de funcionamiento interno, es decir que los gastos de insumos y equipos necesarios para prestar el servicio de manera eficiente y de acuerdo a las normas legales. No se puede obligar por medio de una ley, a que el estado financie la compra de los equipos tecnológicos necesarios para el establecimiento de un servicio público que debe financiar estos gastos a través de sus ingresos mensuales o anuales, solamente con el establecimiento de una pequeña condicionante legal para los funcionarios públicos, cuando hay circunstancias que no lo permitan. Esta sería derivable del Art. 304 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece que los porcentajes de participación del estado en los excedentes conseguidos por el notario al final del año fiscal, puedan ser modificados por resolución del Consejo de la Judicatura, dependiendo de las necesidades del servicio. Al ser necesaria la compra de estos equipos, sólo se puede guiar a los funcionarios para adquirir equipos estandarizados para las notarías, así obtienen calidad y mejor precio por las especificaciones necesarias. Un organismo de control y vigilancia debe establecer los parámetros técnicos a través del Sistema Nacional de Contratación Pública, contratar directamente al oferente específico, o solicitar que se realicen las adaptaciones necesarias a quienes puedan desarrollar el sistema informático compatible con los equipos tecnológicos necesarios; o en último caso el desarrollarlo.

5. Una vez que este proyecto sea implementado en las notarías, debe ser evaluado en sus intenciones de eliminar la suplantación de identidad en los instrumentos públicos notariales y de acuerdo con sus resultados, tomarlo como una especie de plan piloto para que la Asamblea Nacional piense en la aplicación de una reforma legal de este tipo, extendida a los demás funcionarios públicos y sobre todo a los instrumentos públicos en general. De esta forma tendría el gobierno una idea de lo que costaría y de sus alcances verdaderos, para que sus funcionarios puedan proponer fuentes de financiamiento internas o externas que permitan la expansión de esta forma de dar seguridad jurídica. Esto debe tener en cuenta, sin perjuicio del número de casos en que la suplantación de identidad o falsedad ideológica se ha dado por medio de los malos funcionarios públicos que podemos encontrar en las instituciones del estado, que en este caso podrían permitir la falsificación del documento nacional de identidad desde su otorgamiento, configurándose un delito que puede dar lugar a otros. Así mismo, se debe tomar en cuenta que se debe establecer sanciones como la destitución de los funcionarios que las permitan a sabiendas.

6. La facultad notarial de prestar su ministerio fuera de la notaría, presenta una necesidad en la implementación de éste sistema. Esto requiere necesariamente un ordenador portátil que pueda hacer uso del sistema electrónico de identificación biométrica. Debido a que el notario debe movilizarse con los equipos, dejaría sin posibilidades al personal operativo de

prestar los servicios notariales; por lo que se plantea que cada notaría debe tener dos juegos de equipos.

7. Para la correcta aplicación de este proyecto de Ley, es necesario el encontrar un proveedor que además de los equipos tecnológicos, preferiblemente provea también el sistema informático necesario. En caso de no conseguirlo, debe ser fundamental que se busquen las especificaciones técnicas de los equipos, que ofrezcan la compatibilidad con el software y comprar las licencias necesarias para encargar a un proveedor de soluciones informáticas, el desarrollo del sistema adecuado para el uso en las notarías. Ya se ha dado un caso similar con el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano, desarrollado por Projusticia de otro programa similar y se ha ido actualizando con el tiempo para convertirse en uno de los puntales de la modernización en el trámite judicial.

8. Para el cumplimiento de los plazos señalados en el proyecto de ley; es necesaria la vigilancia de los órganos estatales correspondientes, los cuales bajo esta ley tienen la facultad de destitución del funcionario que no permite la correcta aplicación de la misma y el perfeccionamiento tecnológico de los procedimientos complejos como la identificación de personas. Estos plazos se han establecido con el objeto de que este sistema se implante como un todo y con el objetivo de que en tres años desde la publicación o entrada en vigencia de esta Ley, esta no quede en letra muerta y esté de acuerdo a los planes de modernizar el estado y sus funciones, que prestan servicios a la comunidad como los notariales y documentales de la identidad de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

1. **GIMENEZ ARNAU** Enrique; “Introducción al Derecho Notarial”, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1944.
2. **PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO**, Bernardo; “Derecho Notarial”, Porrúa, 12da. Edición, México, 2002.
3. **LARREA HOLGUÍN** Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998.
4. **ZAVALA BAQUERIZO** Jorge; “Delitos contra la Fe Pública: La Falsedad Instrumental”, Tomo II, Edino, Guayaquil, 1994.
5. **FUENTES MARTÍNEZ** Jesús Julián; “Delitos Económicos. La Función Notarial y el Derecho Penal. Seminario Organizado por el Consejo General del Notariado de la Universidad Internacional Méndez Pelayo.”, Aranzadi, Pamplona, 2007.
6. **AUTORES** Varios, “Revista del Colegio de Notarios de Loja”, No. 2, Período 28, Colegio de Abogados de Loja, Loja, 2006.
7. **PARDUCCI SCIACALUNGA**, Nicolás (Director); “Homenaje a Monseñor Juan Larrea Holguín”, Edino, Guayaquil, 2000.
8. **BECERRA PALOMINO** Carlos Enrique (Coordinador); “El derecho frente a la Ciencia y Tecnología. Libro Homenaje a César Delgado Barreto y César Fernández Arce.”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.
9. **TORRES CHÁVES** Efraín, Breves Comentarios a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2002.
10. **PÁEZ RIVADENEIRA** Juan José, Manual de Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005.
11. **CABANELLAS DE TORRES** Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Heliasta, Buenos Aires, Tomos III y IV, Vigésimo Quinta edición, 2003.

12. **CABANELLAS DE TORRES** Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”, Heliasta, Buenos Aires, Décimo Octava edición, 2000.
13. **VARIOS** Autores; Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua en línea, Vigésimo segunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>, febrero de 2009 a mayo de 2010.
14. **VARIOS** Autores, Origen de la Corporación de Registro Civil de Guayaquil y de su Competencia Administrativa, <http://www.corporacionregistrocivil.gov.ec/LOAFIC/ORIGEN%20DE%20LA%20CORPORACION%20REGISTRO%20CIVIL%20DE%20GUAYAQUIL.pdf>, 2007, febrero de 2009 a mayo de 2010.
15. **ARRACHE MURGUÍA** José Gerardo, El Notario Público, Función y Desarrollo Histórico, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=455&Itemid=72, 2008, febrero 2009 a mayo de 2010.
16. **GUERRERO GALLARDO**. Hugo Amir, Doctrina de la Eficacia Legal de los Documentos Notariales, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=356&Itemid=72, 2009, febrero del 2009 a mayo del 2010.
17. **LECARO DE CRESPO** Gloria, Las Actas Notariales http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=158&Itemid=72, 2009, febrero del 2009 a mayo del 2010.
18. **AGUILAR CUEVAS** Magdalena, Tres Generaciones de los Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf>, 2008, mayo a septiembre de 2009.
19. **VARIOS** Autores, Cedulación por Primera Vez, <http://www.tramitesciudadanos.gov.ec/tramite.php?cd=20>, 2007, marzo de 2010.
20. **VARIOS** Autores, Lectores de Proximidad Magnéticos y Biométricos, http://www.accesor.com/esp/art2_query.php?fam=3, 2008, noviembre del 2009.
21. **VARIOS** Autores, Lector de Documentos y DNI ACR-DNI, http://www.accesor.com/esp/detail_product.php?id_article=120, 2008, noviembre del 2009.

22. **VARIOS** Autores, Capítulo II: Desarrollo del Hardware, <http://bieec.epn.edu.ec:8180/dspace/bitstream/123456789/772/5/T10103CAP2.pdf>, 2008, diciembre del 2009.
23. **VARIOS** Autores, Chipeteras: Lectores de Tarjeta Chip, válidos para el DNI Electrónico, <http://www.albalia.com/productos/chipeteras.htm>, 2008, diciembre del 2009.
24. **VARIOS** Autores, Lectores de Huellas Digitales para PC, <http://www.lancellotti.com.ar/biometria/index-biometria.htm>, 2008, diciembre del 2009.
25. **VARIOS** Autores, Biométricos para Integración, http://www.biometrika.ec/biometricos_inegra.htm, 2008, septiembre de 2009.
26. **VARIOS** Autores, Módulos Adicionales: Desarrollo a Medida de Sistemas de Control, <http://www.sueldosypresentismo.com/desarrollo-a-medida.htm>, 2008, marzo del 2010.
27. **VARIOS** Autores, Biometría: Conceptos Básicos, <http://control-accesos.es/lectores/lectores-biometricos/biometria-conceptos-basicos#more-40>, 2008, febrero de 2010.
28. **VARIOS** Autores, Pasaportes de Segunda Generación Entrust para Eslovenia, <http://control-accesos.es/sistemas-de-identificacion/pasaportes-de-segunda-generacion-entrust-para-eslovenia#more-52>, 2008, febrero de 2010.
29. **VARIOS** Autores, Biometría para el Programa de Identificación del Personal Oficial de E.E.U.U., <http://control-accesos.es/control-de-acceso/biometria-para-el-programa-de-identificacion-del-personal-oficial-de-eeuu#more-83>, 2008, febrero de 2010.

ANEXOS