



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

INTRODUCCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA DEL DIVORCIO POR
MUTUO CONSENTIMIENTO REALIZADO ANTE NOTARIO PARA
CÓNYUGES QUE TENGAN HIJOS MENORES DE EDAD O BAJO SU
DEPENDENCIA.

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

Profesor Guía
Dra. Johanna Mariuxi Ponce Alburqueque

Autor
Jaime Vicente Acosta García

Año
2016

DECLARACIÓN DEL TUTOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo de titulación a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de titulación.”

Johanna Mariuxi Ponce Alburqueque

Doctora en Jurisprudencia

C.C.: 0703390963

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro de 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 vigente, en la facultad de Postgrados en la Universidad de las Américas.”

Jaime Vicente Acosta García

C.C.: 1720798659

AGRADECIMIENTO

Primero agradezco a Dios nuestro creador por la oportunidad de estar vivos y desarrollarnos como personas, a mis padres por su constante apoyo y educación, a mi hermano Santiago y mi hermana Anahy por estar insistiendo en que realice este trabajo, a mi sobrina Julianna que es mi inspiración de vida y por quien me animo a ser mejor persona cada día. A la doctora Johanna Ponce Alburquerque, por su gran ayuda que de no ser por su acertada guía, no creo que hubiera podido finalizar este trabajo; en general a todas las personas que me motivaron a continuar con este trabajo que me faltaría espacio para nombrarlas a todas.

RESUMEN

El trabajo de titulación: “Introducción en la Legislación Ecuatoriana del trámite de divorcio por mutuo consentimiento realizado ante notario para cónyuges que tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia” propone principalmente la realización de una reforma a la Ley Notarial, en su artículo 18 numeral 22, que actualmente le da al notario la facultad de realizar un divorcio por mutuo consentimiento pero únicamente cuando no hay hijos menores de edad o bajo dependencia. Al inicio del trabajo se analizan aspectos históricos y doctrinales sobre el divorcio, para posteriormente, proponer el cambio necesario para la propuesta de reforma.

Dentro del trabajo se ha hecho un estudio comparado con la legislación Colombiana la cual permite la realización de este trámite cuando hay hijos menores de edad; teniendo esto como base, se propone un cambio en la Legislación Ecuatoriana similar a lo que se hace en Colombia.

Se analiza la Legislación Ecuatoriana para determinar cómo y por qué debe realizarse una reforma a la Ley Notarial, pero siempre velando por el bienestar de los menores en base a la Constitución y al Código de la Niñez y Adolescencia.

ABSTRACT

Thesis: "Introduction into Ecuadorian Legislation about divorce of mutual *consent witnessed by a notary for spouses who have under aged children or in their care*" it proposes the creation of a reform according to Notarial Law, Article 18 paragraph 22, that gives the notary power to make a divorce by mutual consent but only when there are no under aged children or under dependency. At the beginning of this work, we analiced historical and doctrinal aspects of divorce, later, to propose the necessary reform for change.

In this work it has been done a comparative study with Colombian law that allows the realization of this process when there are under aged children at home; Taking this, a change is proposed in the Ecuadorian legislation similiary to what Colombian legislation.

Ecuadorian Legislation has been analyzed to determine how and why this reform to the Notary's Law must be done, but always placing the highest consideration in the welfare of children based on the Constitution and the Childhood and Adolescence Code.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. Las uniones matrimoniales y su disolución en la actualidad.....	3
1.1. El matrimonio, origen, concepto y perspectiva actual.....	3
1.2. Las uniones de hecho y sus efectos	10
1.3. El divorcio	12
2. CAPÍTULO II. La jurisdicción y competencia	22
2.2 La Jurisdicción y competencia	23
2.3 Las reformas que ha realizado el Consejo de la Judicatura para una justicia más eficaz: (Unidades judiciales, delegación de facultades a notarios, etc.).....	28
2.4 Los órganos auxiliares de la Función Judicial, con énfasis a las facultades notariales	30
2.5 Los altos costes de la administración de justicia: (La gratuidad de acceso a la justicia en constitución, los altos índices de conflictos en materia de familia, el aumento de los conflictos familiares.....	33
2.6 Plan nacional del buen vivir 2013 – 2017.....	34
3. CAPITULO III. El divorcio por mutuo consentimiento –con hijos y sin hijos- como facultad exclusiva notarial.	37
3.1 El nombramiento de un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para garantizar sus derechos en el proceso de divorcio. Comparación con el caso Colombiano.	42
4. Conclusiones y Recomendaciones	53

4.1 Conclusiones.....	53
4.2 Recomendaciones.....	55
REFERENCIAS	57
ANEXOS	60

INTRODUCCIÓN

“En el año 2015 los divorcios aumentaron en un 119,1% según los últimos datos del Anuario de Estadísticas de Matrimonios y Divorcios publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). Este dato refleja el cambio que afronta la familia ecuatoriana y por ende la necesidad del Derecho de dar soluciones a los problemas que acarrear dichos cambios”. (Ecuadorencifras, s.f.)

La judicialización obligatoria del divorcio, por el hecho jurídico de tener hijos menores de edad es, en muchos casos innecesaria, pues al existir la voluntad de ambos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, bien puede delegarse al órgano auxiliar de justicia que son las Notarías.

Actualmente la Ley Notarial en el artículo 18 menciona las facultades de los notarios, una de ellas es la manifestada en el numeral 22 que permite a los notarios realizar divorcios por mutuo consentimiento pero únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, razón por la cual los cónyuges que tengan hijos menores, no pueden realizar este trámite ante notario.

Esta investigación realiza un análisis de legislación comparada, especialmente con Colombia -país en el que es permitido el divorcio por mutuo consentimiento aunque existan hijos menores- siempre y cuando se proteja el interés superior del menor y que todo quede legalmente establecido para el bien de los menores, tomando este ejemplo, podría aplicarse de manera similar en el Ecuador, estableciendo la figura del Defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el caso de que existan hijos menores de edad.

Con la reforma a la Ley Notarial ecuatoriana en la que los Notarios puedan tramitar el divorcio por mutuo consentimiento a cónyuges que tengan hijos

menores de edad o bajo su dependencia, se lograría aliviar la excesiva carga procesal que tienen las Unidades Judiciales de la Familia, Niñez y Adolescencia, pues éstas conocerían trámites contenciosos u oposiciones a trámites voluntarios.

La presente propuesta revisa conceptos tradicionales como: familia, matrimonio y divorcio y cómo estos han cambiado a lo largo de la historia, lo que implica la necesidad de que el Derecho de familia se ajuste a dichos cambios sociales.

Capítulo I. Las uniones matrimoniales y su disolución en la actualidad.

1.1. El matrimonio, origen, concepto y perspectiva actual.

ORIGEN

El matrimonio, se define a la unión civil y/o eclesiástica entre hombre y mujer que con los requisitos que determina la ley o la iglesia a la cual pertenece la pareja, se consolida por medio de la autoridad competente para su respectiva legalización.

En términos generales, el matrimonio es la unión entre hombre y mujer la misma que debe cumplir con ciertas formalidades para establecer una comunidad de vida. Algunas legislaciones permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo las cuales deben cumplir también, con las respectivas formalidades legales. Para el catolicismo es un sacramento en el cual hombre y mujer se ligan de por vida con el matrimonio.

Según La Real Academia de la Lengua Española (R.A.E.) es:

“La unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.

En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.

En el Catolicismo, es un sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia.”
(RAE, s.f.)

De acuerdo a la iglesia católica, el matrimonio está hecho para toda la vida, no existe el divorcio, sólo existe la nulidad matrimonial y rige por el Derecho

Canónico, se da en casos muy especiales, otra característica es que tiene el carácter de monogámico y que es anterior a la formación misma del Estado.

Según el Doctor Juan Larrea Holguín:

“el matrimonio es una institución de Derecho Natural porque la familia es anterior al Estado, las observaciones de los etnólogos y antropólogos confirman primacía histórica del matrimonio y su existencia en el tiempo con excepciones rarísimas en ciertos pueblos salvajes, que corren rápidamente a su extinción”. (2008, p. 9)

Con respecto a si el matrimonio es o no una institución se debe aclarar que no existen antecedentes de que el matrimonio fue desde sus inicios una institución como la que conocemos hoy, pues se debe un largo proceso evolutivo hasta llegar a su perfeccionamiento. Así lo explica el tratadista Guillermo Borda, Pues existieron varios tipos de uniones como la poliandria, que es el vínculo simultáneo de una mujer con varios hombres, de lo cual no se conocen muchos ejemplos. La poligamia es la unión de un hombre con varias mujeres, la cual le permite al hombre satisfacer sus apetitos sexuales durante el periodo de embarazo, etc.

Esto evidentemente no funcionó para la humanidad por lo que se tuvo que cambiar la forma de perpetuar la especie, en un sentido más humano, ya que al haber muchos hijos en diferentes parejas, no se podía establecer claramente, a quien correspondía la paternidad de los hijos, dejando un vacío en lo que se refiera a educación de estos, dando como resultado la monogamia y posteriormente el matrimonio.

“Esta institución es una deplorable forma de barbarie, la poligamia porque denigra a la mujer y corrompe a la moral, por lo cual todos los pueblos civilizados han adoptado la monogamia, excepto los

musulmanes que practican la poligamia que está autorizada por el Corán.” (Borda, 1984, pp.35-36)

De estos antecedentes se concluye que, el matrimonio en su forma estable y monogámica, es la forma correcta, porque incluye la guía y educación de los hijos, el cuidado y protección de la familia, cumpliendo con valores que aseguran la continuación de la especie.

El matrimonio ¿contrato o institución?

Se ha dicho que el matrimonio es una unión, sin embargo se discute si esta unión es un contrato o una institución; algunos tratadistas difieren si el matrimonio es un contrato o si es una institución. Según Larrea Olgúin el matrimonio se considera institución porque:

- a.- Tiene un contenido fijo
- b.- Produce unos efectos que la simple voluntad no puede por sí sola producir y
- c.- Quienes lo contraen no pueden cambiar sus normas o terminarlo en forma arbitraria. (Larrea, 2005, pp. 9-21)

Sin embargo hay quienes sostienen lo contrario, es decir que el matrimonio es un contrato que se basa en la voluntad de las partes.

“El matrimonio es un contrato de acuerdo al código civil, pero también existía una costumbre en la antigüedad, de concertar matrimonios con la voluntad de los parientes, especialmente de los padres, en donde la voluntad de los novios o esposos, no tenía validez y se le daba el carácter sacramental del matrimonio de acuerdo a la iglesia católica.” (Mingaonline, s.f.)

Estamos de acuerdo con la tesis de la Larrea Olgúin, es decir que el matrimonio una institución pues tiene características distintas a las de la mera

voluntad de las partes, así el matrimonio es un proyecto de vida en la que juntan valores jurídicos y morales.

Los caracteres esenciales de un matrimonio son:

- La unión del hombre y la mujer que se traduce en derechos y deberes recíprocos.
- Es una unión permanente a pesar de la disolución del vínculo por mutuo consentimiento, porque cuando dos personas se casan, es para toda la vida con el propósito de pasar juntos alegrías y dolores, y aunque vuelvan a contraer nuevas nupcias, siempre hay un íntimo y connatural sentido de permanencia.

Guillermo Borda, sostiene que:

“el matrimonio es una institución por algunas razones, por ejemplo el contrato es una especulación, una relación vendedor comprador en la cual existe una discusión en torno a los precios; es una mera relación y produce efectos entre las partes, en cambio la institución es una entidad y por ello se impone tanto a las partes como a terceros.” (1984, pp.35-36)

El contrato es una relación exterior a los contratantes, un lazo de obligación, una tregua en la batalla de derechos individuales. La institución es un producto de la comunicación, está hecha para durar, desafía a la muerte, se adapta, etc. Por lo tanto el matrimonio es una institución más no un contrato, lo cual es una opinión acertada del autor, ya que los contratos son únicamente relaciones comerciales entre dos partes, es una relación subjetiva, es rígido y estático, es precario se desata como se lo ha formado y como toda obligación está destinada a extinguirse con el pago; en cambio la institución coinciden los intereses, tiene una jerarquía, se impone a las partes, es una interiorización, es productor de la comunicación.

Una larga disputa se ha discutido en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio. Guillermo Borda manifiesta que no debería considerarse al matrimonio simplemente como un contrato, en su libro expresa lo siguiente:

“es indudablemente falso concebir al matrimonio nada más que como un vínculo jurídico: obedece a profundos instintos humanos, está impregnado de ideas morales y religiosas; tiene, dice Carbonnier, una inmanencia y una trascendencia, aspectos humanos y otros que la humanidad no explica, un encuentro de la tierra y el cielo” (Borda, 1984, pp.35-36)

De acuerdo con el autor, el matrimonio, no es simplemente un contrato, sino es algo más que un acuerdo de voluntades, se propone fundar una familia, fortalecer los valores, concebir hijos, educarlos, con el fin de fortalecer el núcleo fundamental de la sociedad que es la familia.

“Renard ha puesto de relieve las siguientes notas: A) El Contrato es una especulación, la institución es un consortium (organización y disciplina) en el que todos los intereses son coincidentes, B) la igualdad es la ley del contrato, una mera relación y en consecuencia produce efectos entre las partes, C) la institución es una entidad y por esto se impone tanto a las partes como a terceros, D) el contrato es una relación exterior a los contratantes, la relación institucional es una interiorización, E) el contrato no es más que una tregua en la batalla de los derechos individuales, la institución es un cuerpo cuyo destino es ser compartido por sus miembros, la institución es un producto de la comunicación, F) el contrato es precario se desata como se ha formado, y como toda obligación está destinada a su extinción, la institución está hecha para durar y perpetuarse desafiando a la muerte, G) el contrato es rígido, la institución se adapta, H) el contrato es una relación subjetiva de persona a persona, las relaciones institucionales son objetivas y estatutarias.

Después de este análisis, se determina que el matrimonio es una institución, más no un contrato.” (Borda, 1984, p. 38-39)

El autor es muy acertado en su análisis sobre el matrimonio como una institución, ya que esta tiene raíces fuertes y serias para que perdure en el tiempo, el análisis afirma que, el contrato deshace como se hace, por lo tanto su predeterminado fin será la extinción una vez que se cumpla con lo establecido en ello.

Según Sánchez Román, “los sistemas matrimoniales se consideran como los distintos criterios de organización legalmente establecidos y practicados en los diferentes países para reputar válidamente celebrado el matrimonio.” (1990, p. 9)

En conclusión, el matrimonio es la unión entre hombre y mujer para procrear, vivir juntos y auxiliarse mutuamente, cuyo fin es la perpetuidad de la especie. En principio sería el concepto general de matrimonio, pero con el pasar del tiempo este concepto ha ido teniendo algunos cambios, algunos autores afirman que el matrimonio está hecho para formar una familia, la cual es la base fundamental de la sociedad.

Concepto del matrimonio según al Código Civil y a la Constitución

Una vez revisado algunos aspectos del matrimonio, se concluye que es una unión entre hombre y mujer con el fin de vivir juntos para toda la vida, auxiliarse mutuamente y procrear. Sin embargo hay diferencias según lo establece el Código Civil y la Constitución.

La Constitución 2008 en el artículo 67 inciso segundo manifiesta: “*El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones, y capacidad legal.*” (Constitución de la República del Ecuador, Art. 67)

Es importante resaltar que la Constitución del 2008, no determina que es un contrato, sino la unión entre un hombre y una mujer, por esta razón en el Ecuador no se podría legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo porque es un mandato Constitucional que establece claramente que es la unión entre personas de distinto sexo. En otros países como Estados Unidos, Colombia, Argentina, México, Brasil, y Uruguay, se ha legalizado el matrimonio entre parejas del mismo sexo porque no han tenido un impedimento Constitucional.

El Código Civil en el artículo 81 expresa: "*Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.*" (Código Civil, 2016, art. 81)

La palabra "solemne" se refiere a que necesariamente debe cumplir con formalidades indispensables para su validez. El Código Civil en el artículo 102 prescribe las siguientes:

- 1.- La comparecencia de las partes, por si o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente.
- 2.- La constancia de carecer de impedimentos dirimentes.
- 3.- La expresión libre y espontánea del consentimiento de los contrayentes y la determinación obligatoria de quien administrará la sociedad conyugal.
- 4.- La presencia de dos testigos hábiles.
- 5.- El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente." (Código Civil, 2016, Art 102)

Situación actual de los matrimonios en el Ecuador.

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (I.N.E.C.), En los últimos 10 años, los matrimonios en el Ecuador han disminuido, una muestra clara de ello es que en el año 2005 hubieron 66612 matrimonios, y en el año

2015 hubieron 60636, es decir, que en 10 años se redujeron 5976 matrimonios, con una tasa del 1,1 por cada mil habitantes.

Haciendo un análisis de los porcentajes de matrimonios realizados, en la región sierra se puede ver que la mitad del porcentaje de matrimonios terminan en divorcio. Por ejemplo en la provincia de Pichincha, los matrimonios pasaron de 16096 en el año 2006 a 13703 en el año 2015, reduciéndose un total de 2393 matrimonios en dicha provincia.

A pesar de estos datos el matrimonio continúa siendo una institución sólida y supera a las uniones de hecho.

1.2. Las uniones de hecho y sus efectos

La unión de hecho en el Ecuador, según la Constitución de la República del Ecuador 2008

“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 68)

De acuerdo a esta definición otorgada por la Constitución, se deduce que protege las uniones estables entre las personas, que generando los mismos derechos y obligaciones de las familias que se constituyan por matrimonio. Al establecer que es la unión entre personas se abre la posibilidad para que puedan formalizar las uniones las parejas del mismo sexo, y que gocen los mismos derechos que las parejas unidas por el matrimonio. Dejando expresamente la figura de la adopción a parejas de distinto sexo.

El Código civil, establece algo similar basado en la Constitución, señalando en el artículo 222 lo siguiente:

“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo.” (Código Civil, 2016, art.222)

Basado en la Constitución 2008, se determina el concepto de unión de hecho, pero adicionalmente se menciona que deben ser dos personas mayores de edad, y que dicha institución, puede ser formalizada ante la autoridad correspondiente, desde el primer día o en cualquier tiempo.

García Falconí explica que: *“se concibe a la unión de hecho como sociedad, estiman que cada conviviente comparece en la calidad de socio, participando de una suerte común y solidaria, en virtud que se configura una comunidad de vida y de obras.”* (2014, p. 28)

De acuerdo con el autor, es una unión de socios que son los convivientes en la que forman una vida en común, estableciendo también una sociedad de bienes que sería el equivalente a la sociedad conyugal en el matrimonio, de tal manera que los derechos y obligaciones, son similares a lo que se obtiene con la formación de dicha institución.

La unión de hecho como estado civil

La unión de hecho es la unión estable y monogámica entre dos personas, está reconocido tanto en la Constitución, como en el Código Civil. Pero el Código Civil determina como debe realizarse y bajo qué condiciones se establece la unión de hecho. Así el artículo 222 expresa en forma literal:

“Art.222.- *La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo.*” (Código Civil, 2016, Art.222)

Con las reformas al Código Civil realizadas en 2015, este vínculo podrá legalizarse en cualquier tiempo, sin necesidad de esperar dos años como se establecía anteriormente, en base a la Constitución y al Código Civil, se reconoce la unión de hecho como un estado civil, el cual será respetado y tendrá los mismos derechos que se tienen con el matrimonio.

El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles. (Art. 331 Código.Civil.) En reforma de 2015, se incluye como estado civil la unión de hecho, el artículo 332 del Código Civil, establece:

“El estado civil de casado, divorciado, viudo, unión de hecho, padre e hijo se probará con las respectivas copias de las actas de Registro Civil.”

En definitiva, las disposiciones constitucionales y legales, tienden a proteger a las uniones de hecho, por cuanto estas uniones constituyen, al igual que el matrimonio, la base de las familias que construyen nuestra sociedad.

1.3. El divorcio

“La palabra divorcio viene del latín “divortium”, que quiere decir separarse, irse cada cual por su lado para no volver a juntarse. En sentido amplio y estricto da a entender la ruptura del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges a petición de uno o de ambos, por medio de un decreto judicial.” (RAE, 2001, p. 569)

El origen de la palabra divorcio de acuerdo a lo que expresa el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, viene de una palabra en latín que da comienzo, como muchas palabras en el idioma español, a una palabra definitiva que tiene su significado, en este caso divorcio que viene del latín “divortium” que quiere decir separarse.

“La palabra divorcio tiene dos acepciones distintas en derecho. Se designa así a la simple separación de cuerpos (divortium ad thorum et mensam) que no disuelve el vínculo ni autoriza por tanto a contraer nuevas nupcias; o bien al divorcio vincular, mismo que disuelve el vínculo matrimonial existente, con la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio y de engendrar hijos legítimos” (Borda, 1984)

De acuerdo al autor, la palabra divorcio designa a la separación de cuerpos, una separación que no permite contraer nuevo matrimonio, en cambio el divorcio vincular, disuelve el vínculo matrimonial, dejando en libertad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias y formar una nueva familia.

“Siempre estuvo admitido el divorcio en el Imperio Romano desde sus inicios hasta su caída, pero en la práctica resultaba incompatible con la austeridad de las costumbres de los tiempos primitivos y fue durante las postrimerías de la república y durante el imperio cuando adquirió su difusión. Petit afirma que el divorcio podía efectuarse de dos maneras: “Bona gratia” es decir por la mutua voluntad de los esposos no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; y por “repudiación” es decir por la voluntad de uno de los esposos aunque sea sin causa”.
(Ossorio y Florit M. , 2000)

En base a los principios establecidos durante el dominio del Imperio Romano, el Derecho Romano sí admitía el divorcio, pero por las costumbres adquiridas durante ese tiempo, era una práctica mal vista. El autor menciona que si

hubieron pocos casos de divorcio sin importar las costumbres adquiridas en aquel tiempo, ya que estaba permitido a pesar de las costumbres.

“Un factor importante de difusión del divorcio fue la Revolución Francesa, que inspirada en una ideología individualista y sentimental que no tomó en cuenta los intereses y derechos de la sociedad que muchas veces exigen sacrificios a los ciudadanos. Hubo abundante literatura que se difundió a lo largo del siglo XIX, para convencer que la ruptura del vínculo matrimonial no es la puerta de la felicidad. Han habido sufrimientos, desgracias de un hogar mal avenido, y se ha tratado de convencer que la felicidad está en cambiar de cónyuge, al igual que un objeto que no tiene importancia.” (Larrea, 2008)

Desde la revolución francesa se ha tratado de instaurar una difusión masiva para la sociedad con la idea de cambiar de vida e ir en busca de la felicidad cambiando de cónyuge como si se tratara de un objeto sin importancia.

“No consideran los defensores del divorcio que la ruptura del vínculo es un premio para el delincuente, para el culpable de la disolución del hogar, a quien se deja en libertad de dar rienda suelta a sus pasiones o de formar un nuevo hogar que frente a la ley civil está legítimo. El divorcio no soluciona los problemas que se presentan en el hogar. Muchas veces si significa el peor de los males para el cónyuge inocente, inculpable, que al quedar abandonado cae también en los más bajos vicios.” (Larrea, 2005, p. 236)

El Doctor Juan Larrea Holguín, además de ser un gran representante del Derecho Civil en el Ecuador, también fue representante de la Iglesia Católica, por lo cual el divorcio no iba a ser positivo para él, ya que este disuelve el vínculo matrimonial que es indisoluble de acuerdo a las normas de la iglesia católica en donde el matrimonio se lo puede dar por terminado únicamente con la muerte de uno de los cónyuges. El divorcio para el autor no es más que el

equivalente a cambiar una cosa por otra como si el matrimonio no tuviera valor alguno.

Juan Larrea Holguín, menciona en su obra Manual Elemental de Derecho Civil.

“el divorcio se entiende a la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común, este fenómeno se puede producir como un simple hecho, o como un acto antijurídico al margen de la ley o estar regulado por ella en cuanto a sus causas y consecuencias. Cuando el derecho positivo regula el divorcio lo hace de dos maneras, permitiendo la separación de los cónyuges pero respetando la permanencia del vínculo, a pesar de esto continúan obligados a guardarse fidelidad y también subsisten otras obligaciones. La ley positiva pretende romper un vínculo indisoluble y dejar en libertad de volverse a casar.” (Larrea, 2005, p. 236)

El autor defiende una tesis antidivorcista, que analizada desde su punto de vista, va encaminada a reforzar el matrimonio como una base importante para la familia que es el núcleo fundamental de la sociedad por eso el matrimonio no debe tener ninguna posibilidad de ser disuelto pues “el divorcio genera divorcio.”

Divorcios en el Ecuador

A pesar que desde sus orígenes como institución el matrimonio fue indisoluble, este concepto fue evolucionando de la mano de las ideas libertarias, libres para todo, incluso para divorciarse.

“El divorcio por mutuo consentimiento, es una institución que fue introducida en el Ecuador mediante Ley del 26 de septiembre de 1910 y que permitía contraer segundas y ulteriores nupcias después de transcurridos dos años, a diferencia del divorcio por causales que solo

se podía contraer nuevo matrimonio después de diez años. Antes de la mencionada Ley de 1910, el decreto supremo del 4 de diciembre de 1935, facilitó a los cónyuges divorciarse por mutuo consentimiento ante el jefe o teniente político, levantando el acta correspondiente y sin ninguna formalidad, incluso los menores de edad podían divorciarse de esta forma, pero en 1940 la ley del 5 de octubre suprimió esta forma de divorciarse estableciendo el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, que con modificaciones realizadas en 1958, nos da el texto final de los actuales artículos del Código Civil.” (Larrea, 2005, p. 236)

El Doctor Juan Larrea Holguín, manifiesta que el divorcio es como cambiar una cosa por otra, no tomar con seriedad el compromiso matrimonial y dejando menores de edad sin una guía adecuada para su educación, incluso al cónyuge inocente que lo deja desamparado.

Actualidad

En nuestra legislación existe el divorcio por causal y el de mutuo consentimiento, el primero es tipo de divorcio que se origina por incumplir los fines para el cual fue creado y el segundo por mera voluntad de las partes. Corresponde a esta tesis el divorcio por mutuo consentimiento.

Los artículos 107, 108, y 117 nos dan el camino que deben seguir los cónyuges para tramitar este juicio. Para este efecto, el consentimiento será expresado por escrito ante la jueza o el juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cónyuge demandado:

“El divorcio por mutuo consentimiento es considerado como procedimiento voluntario de acuerdo al artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos (C.O.G.E.P.). El cuidado y crianza de los hijos menores o incapaces, se hará lo que dispone el Código Orgánico de la

Niñez y Adolescencia.” (Código Orgánico General de Procesos, 2016, Art.334)

Es indispensable, además que las partes, lleguen a un acuerdo sobre sus hijos caso contrario se tendrá que resolver este asunto previa a declarar disuelto el vínculo matrimonial.

Situación actual de los divorcios en el Ecuador

En cuanto a las estadísticas de matrimonios y divorcios en el Ecuador según el INEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos), por ejemplo tomando en cuenta los últimos 10 años, el número de matrimonios se ha reducido en una tasa del 1.13, de 66612 matrimonios en el año 2005, con respecto a 60636 en el año 2015.

Los divorcios en cambio han aumentado drásticamente en los últimos 10 años pasando de 11725 divorcios en el año 2005, a 25692 en el año 2015, es decir el 119,1% en una década. La Actualidad ecuatoriana en cuanto a divorcio se refiere, ha sido noticia en los principales medios de comunicación del país, dejo el link para la noticia completa: (El comercio, s.f.)

Estas cifras son preocupantes por lo que se necesitan nuevos mecanismos que faciliten el dialogo entre las parejas para que puedan componer sus desavenencias. En este sentido se podría implementar la mediación familiar obligatoria como existe en otros países.

1.4 Procedimiento de divorcio en la legislación ecuatoriana.

En el Ecuador, tenemos tres tipos de trámites p procedimientos para el divorcio:

1.- Divorcio por mutuo consentimiento con hijos menores de edad o bajo dependencia de los cónyuges.

2.- Divorcio por mutuo consentimiento sin hijos.

3.- Divorcio por causales.

Para comenzar, se menciona lo que expresa nuestro Código Civil en su artículo 106:

“Artículo 106.- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado. Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge.” (Código Civil, 2016, art.106)

De acuerdo al artículo mencionado del Código Civil, una vez que quede disuelto el vínculo matrimonial, los cónyuges quedan aptos para contraer nuevo matrimonio, pero después de un año siguiente a la fecha en que la sentencia fue ejecutoriada quien haya sido actor en el juicio de divorcio, o si el fallo fue dado por rebeldía de uno de los cónyuges.

El artículo 332 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos expresa lo siguiente:

*“Art. 332.- Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:
4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho.
La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún*

años o con discapacidad conforme con la ley.” (Código Orgánico General de Procesos, 2016, Art 332)

Este artículo es importante, ya que da prioridad en lo que se refiere a: alimentos, tenencia, y visitas de hijos menores de edad o incapaces. Si esto no se puede solucionar, simplemente no se va a resolver el divorcio. Es importante tomar en cuenta que en todos los casos, los hijos menores de edad, tendrán pensión provisional a su favor, hasta que haya una solución definitiva para los cónyuges.

El artículo 334 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos (C.O.G.E.P.) manifiesta en forma literal que el divorcio se tramitará por el procedimiento sumario: *“Art 334.- Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:*

3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes.” (Código Orgánico General de Procesos, 2016, Art.334 numeral 3)

Este procedimiento es de competencia exclusiva de los jueces, en este caso aplica para la realización de un divorcio por mutuo consentimiento con hijos menores de edad o bajo dependencia de los cónyuges, para que en los hijos menores de edad o dependientes, prevalezca siempre el interés superior del menor en lo que se refiere a custodia, alimentos, visitas, etc. En esta investigación se demostrar la necesidad de delegar esta función a los Notarios.

“El procedimiento para obtener un divorcio, se lo puede hacer por sí mismo o por procuración judicial, en la demanda debe constar:

- Nombre
- Edad
- Nacionalidad
- Profesión u ocupación

- Domicilio de los cónyuges
- Nombre y edad de los hijos que tiene la pareja
- Enumeración de los bienes adquiridos
- Señalar curador ad-litem, que de preferencia sea un pariente cercano
- Solicitar régimen de visitas y pensión alimenticia.”
(Derechoecuador, s.f.)

Cabe resaltar que el artículo 335, inciso segundo del COGEP define el plazo para la realización de la Audiencia de conciliación en el divorcio por mutuo consentimiento ante el juez, el mismo que está determinado como mínimo diez días y no mayor a veinte días siguientes a la citación.

“La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado.” (Código Orgánico General de Procesos, 2016, Art.335)

1.5 Críticas a los procedimientos de divorcio en la legislación actual

A los notarios se les faculta realizar el trámite de divorcio por mutuo consentimiento mediante la ley No. 62, publicada en el Registro Oficial 406 de 28 de Noviembre de 2006, que textualmente dice:

“Artículo 18 numeral 22.- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia.... El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial.” (Ley N.62, 2006)

Nuestra Ley Notarial, con las facultades introducidas por el legislador, permite que el notario pueda realizar el divorcio por mutuo consentimiento que en forma textual dice: “únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia,” en definitiva, los notarios solo tienen la facultad para divorciar a los cónyuges que no tengan hijos menores de edad o que estén bajo su dependencia.

Si deseamos dar agilidad a los procesos de divorcio, que al momento se encuentran represados en la Función Judicial, éste trámite notarial reduciría notablemente la presentación de juicios por mutuo consentimiento, de tal manera que los jueces se puedan dedicar más tiempo al despacho de los juicios contenciosos.

Además, al ser factible la realización de un divorcio por mutuo consentimiento ante notario para cónyuges que tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, esto da un rango de confianza y privacidad en una notaría que evidentemente es un espacio distinto a los juzgados en lo que se ventilan conflictos de todo tipo.

Otro factor importante es que los costos del divorcio debería ser asumidos directamente por la pareja, pues el divorcio se origina por su voluntad esta voluntad debería cubrir los costos que genere el proceso y lo ecuatorianos no tendrían que asumirlo.

CAPÍTULO II. LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1 ¿Qué es la Administración de justicia?

Para sustentar nuestra tesis es necesario hacer un breve repaso por la administración de justicia de manera de poder ubicar de mejor manera a los órganos auxiliares como lo son las Notarías.

La administración de justicia, es la capacidad para desempeñar un cargo, ejerciendo la autoridad sobre su competencia

“En sentido amplio es el conjunto de tribunales de todos los fueros que tienen a su cargo la aplicación de las leyes, vale decir, el poder judicial. En sentido restringido, es la potestad que tienen los jueces de aplicar las leyes a los casos particulares. Podemos afirmar que la observancia del Derecho no está librada a la espontaneidad, a la voluntad de las partes, sino que también su cumplimiento está asegurado, garantizado, contra la voluntad del que debe cumplirlo y no lo hace. El Estado no se limita a dictar la norma jurídica, sino que asegura su cumplimiento, su obligatoriedad.” (Ossorio y Florit M. , Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p. 483)

De acuerdo a la Enciclopedia Jurídica Omeba, esta definición tiene dos sentidos: uno amplio y otro restringido, el sentido amplio da al poder judicial todos los fueros a su cargo para aplicar leyes en casos particulares; En sentido restringido los jueces tienen la potestad para aplicar las leyes en los casos particulares. El cumplimiento del Derecho está garantizado en contra de la voluntad de aquel que no lo hace.

“La norma en general podría ser inobservada, pero esta insuficiencia relativa de la norma, hace que el Estado tenga su vigor de manera que los órganos competentes puedan aplicar a los casos particulares, esta actividad del Estado entraña la administración de justicia en sentido

restringido, y es en el poder judicial donde reside la potestad para aplicar la ley a situaciones particulares que se plantean.” (Ossorio y Florit M. , 1979)

Efectivamente la norma puede ser inobservada, en forma voluntaria o en forma involuntaria, pero por esta razón el Estado tiene su poder en los órganos competentes para aplicar sanciones en caso de inobservancia según las competencias que se tenga, de tal manera que se administra justicia, que en resumen no es más que: disponer, sancionar, determinar, ordenar, etc., para que en caso de incumplimiento de la ley, se pueda obligar al cumplimiento obligatorio sancionando.

2.2 La Jurisdicción y competencia

a) La Jurisdicción

La jurisdicción es la creación de los órganos encargados de administrar justicia determinando las facultades y fijando reglas para tramitar juicios a través de sus respectivas entidades.

“La palabra jurisdicción, tiene en derecho procesal una acepción específica, esto resume la razón de ser y el objeto de esta actividad del Estado, pues se refiere a la facultad conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos. Por el hecho de delegar en ellos esta función, el Estado confiere a esos órganos una capacidad abstracta integrada por elementos propios que permiten diferenciarla de otras actividades ejercidas aun por el mismo órgano” (Alsina, 1957, pp. 412 - 413)

El Estado por medio de la jurisdicción, otorga a ciertos órganos, la facultad para administrar justicia en los casos litigiosos, de tal manera que se encarga de delegar funciones a estos órganos que tienen elementos propios para la

administración de justicia, ya que simplemente el Estado, no podría conllevar en forma exclusiva la administración de justicia sin delegar.

Hugo Alsina, en su obra Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, menciona lo siguiente:

“la jurisdicción está atribuida al poder judicial como un órgano natural, aunque ya se ha visto que no hay separación de poderes, no es absoluta, y así como ciertos actos de los jueces suponen la concurrencia de facultades administrativas y legislativas, también el poder ejecutivo y el parlamento ejercen en algunos casos actos de jurisdicción.” (Alsina, 1957, pp. 412 - 413)

La jurisdicción, se la atribuye al poder judicial el mismo que no tiene un poder absoluto, sino que es una entidad del Estado con sus respectivas facultades que se encarga de dar a los jueces la capacidad para administrar justicia, estos a su vez deben cumplir con sus respectivas funciones en base a sus facultades administrativas y legislativas que tienen para ejercer la administración de justicia la cual es delegada a través del Estado.

“La jurisdicción es autónoma, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente, y es exclusiva, tanto en el sentido de que los particulares no puedan ejercerla, como porque cada Estado la aplica con prescindencia y exclusión de los otros. Y debe ser independiente frente a los otros órganos del Estado y a los particulares.” (Devis, 2009)

Por medio de la soberanía, cada Estado asume y ejerce la jurisdicción en forma exclusiva para su propia nación, porque de esta manera no habría una justicia verdadera, no habría imparcialidad frente a esta y si otro país ejerce justicia sobre otro, la soberanía estaría siendo gravemente perjudicada. La administración de justicia debe ser independiente frente a otras instituciones

del Estado, para que no haya intervención de ninguna clase ni a favor ni en contra.

“La jurisdicción tiene cuatro poderes:

- a. Poder de decisión: es aplicado con fuerza obligatoria, hacen o niegan la declaración solicitada, cuyos efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada.
- b. Poder de coerción: Se dan los elementos necesarios al juicio, de tal manera que se remueven los obstáculos impiden el cumplimiento de su misión. Sin este poder el proceso perdería eficacia y la función judicial se reduciría a mínima proporción. En virtud de este poder los jueces pueden imponer sanciones a los testigos que se negaran a rendir declaración o a quienes sean opositores del cumplimiento de sus diligencias.
- c. Poder de documentación: este poder consiste en decretar y practicar pruebas, que en ocasiones va unido al poder de coerción como sucede en las diligencias oculares cuando hay oposición de hecho, generalmente este poder se utiliza en materia penal.
- d. Poder de ejecución: también es un poder relacionado con el de coerción pero tiene su propio sentido pues este implica necesariamente el ejercicio de coacción y de la fuerza contra una persona, no quiere decir que va a facilitar el juicio, sino que este va a imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que este se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le haya asignado ese mérito.” (Devis, 2009)

Estos poderes en la jurisdicción, nos dan el camino que se debe seguir para ejercerla, son facultades propias de la misma que otorgan a los jueces, las pautas necesarias a seguirse para aplicar de forma correcta la jurisdicción que es la administración de justicia, misma que conlleva a imponerse para aplicar en forma asertiva el mandato de la ley, que se deriva de la soberanía.

“En sentido estricto la jurisdicción como la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, para la realización o garantía del derecho, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos, y en forma obligatoria y definitiva.” (Devis, 2009)

b) La Competencia

De manera general la competencia es la manera cómo la jurisdicción se ha distribuido. Hay definiciones dadas al respecto por distintos autores, por ejemplo nos dice el profesor Luis Mattiolo que: *“la competencia es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las diferentes autoridades judiciales.”* (Alsina, 1957, pp. 412 - 413)

Francesco Carnelutti afirma que: *“la jurisdicción es el género, y la competencia es la especie, ya que por esta se otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de litigios”* (Carnelutti, 1997, p. 256) y finalmente Rocco expresa: *“la competencia no es otra cosa que la parte del poder jurisdiccional que corresponde en concreto a cada oficina u órgano.”* (Rocco, 1983, pp. 274-275)

Estos tres autores coinciden en algo fundamental, en que es la distribución de la jurisdicción, aquella parte del poder jurisdiccional que se otorga a cada órgano del Estado para que se encargue de la administración de justicia, con esto se le da a cada juez el poder para que este conozca una determinada cantidad de litigios con su limitación respectiva siempre y cuando esté de acuerdo a su competencia, y no vaya en perjuicio de determinadas personas.

“Se puede considerar a la competencia desde un doble punto de vista: el objetivo, como el conjunto de causas que con arreglo a la ley, el juez

puede ejercer su jurisdicción, y el subjetivo como la facultad conferida a cada juez para ejercer la jurisdicción dentro de los límites que se les atribuye. Si bien esos límites son de mucha importancia, en ellos se tratará siempre de obtener la mejor distribución de la jurisdicción.” (Hernando, 2009, pp. 115-116)

Obviamente hay un complemento en estos dos puntos de vista sobre la competencia, ya que los jueces primero deben ser objetivos y ejercer su jurisdicción aplicando el arreglo de las causas que deben ir necesariamente con un estricto apego a la ley, el punto subjetivo es la facultad que tiene el juez para la realización de su jurisdicción con sus respectivos límites impuestos por la misma ley.

“Como, en realidad, la competencia dice relación al órgano jurisdiccional, en su tratamiento procesal influye poderosamente el concepto que de la jurisdicción se tenga; si el proceso se considera negocio privado, es lógico que a los litigantes se conceda una facultad que les permita recurrir al juez de su elección. Si, por el contrario, se reputa instituto público, es la ley la que debe determinar la competencia, sin que a las partes sea lícito separarse del criterio imperativo de la norma legal: por eso ha podido decirse que la competencia, actualmente, es más la extensión de un deber que el límite de un derecho” (De la Plaza, 1943)

El profesor De La Plaza, hace una distinción muy interesante cuando se considera negocio privado, a los litigantes se les concede la facultad de recurrir al juez de su elección, mientras que cuando se reputa interés público, la ley debe determinar la competencia. Con esta diferenciación que hace el autor, se fortalece la propuesta de este trabajo de titulación que es el de recurrir al juez de su elección en este caso el notario, ya que es un asunto privado y finalmente la competencia que es la extensión de un deber, más que la limitación que se le puede imponer a un derecho.

2.3.- Las reformas que ha realizado el Consejo de la Judicatura para una justicia más eficaz: (Unidades judiciales, delegación de facultades a notarios, etc.)



Figura 1. Organización y funcionamiento de la función judicial



Figura 2. Justicia y medios alternativos de solución de conflictos

De acuerdo a los cuadros mencionados anteriormente, se expone la organización y funcionamiento de la Función Judicial que está determinado por el Código Orgánico de la Función Judicial como norma principal para dicha función.

La Legislación Ecuatoriana contemplaba el divorcio exclusivamente para que lo resuelvan los jueces, sin embargo en el año 2006 se expidió la Ley No 62 de 15 de noviembre del referido año, publicada en el registro oficial No 406 del 28 de noviembre de los mismos. Se establecieron nuevas atribuciones a los notarios, entre otras, la siguiente:

“Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en el cual los cónyuges deberán ratificar de consumo y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiara al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición.” (Ley N.62, 2006)

2.4 Los órganos auxiliares de la Función Judicial, con énfasis a las facultades notariales

Los órganos auxiliares de la Función Judicial son:

- El servicio notarial
- Los martilladores judiciales
- Los depositarios judiciales

En este capítulo compete analizar al servicio notarial o notariado, es un órgano auxiliar de la Función Judicial, de acuerdo a lo que expresa el Código Orgánico de la Función Judicial, en el título VI referente a Órganos auxiliares de la Función Judicial, Capítulo I Artículo 296 manifiesta lo siguiente:

“NOTARIADO.- El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarías y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos, la Ley Notarial y otros cuerpos legales.

Por lo tanto, el notario al ser un funcionario investido de fe pública puede determinar que existe la voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial y podrá declarar la disolución del mismo.

El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2016, Art.296)

“El notariado es uno de los órganos auxiliares de la Función Judicial que tiene una función pública para autorizar actos o contratos, así mismo de dar fe de la existencia de hechos que ocurran en su presencia. El ejercicio notarial es autónomo y debe ser imparcial, razón por la cual el notario es un funcionario que debe estar perfectamente capacitado para dicha función. También puede intervenir en asuntos no contenciosos para autorizar, aprobar, declarar, cancelar o solemnizar situaciones jurídicas que le permita el Código Orgánico General de Procesos” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2016, Art.296)

“El servicio notarial está regido por la Constitución, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley notarial y demás disposiciones legales y reglamentarias”. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2016, Art.297)

Para ser notario o notaria, se deben tener los siguientes requisitos:

- Ser ecuatoriano o ecuatoriana y hallarse en goce de los derechos de participación política.
- Tener título de abogada o abogado, legalmente reconocido en el país.
- Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años.

“El tiempo de duración de un notario en el cargo es de seis años con derecho a ser reelegido en una ocasión, después de que exista una segunda reelección, se podrá postular nuevamente a concurso de méritos y oposiciones que se abra para otras notarías”. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2016, Art 300)

Son deberes de las notarías y notarios:

- 1.- *“Presentar su relación de gastos así como el presupuesto de gastos ordinarios y extraordinarios ante el Consejo de la Judicatura.*
- 2.- *Declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro*

Nacional lo que exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial que no podrá ser superior al señalado en el artículo 304. La falsedad en las declaraciones tributarias o el ocultamiento en la inscripción o registro de bienes muebles o inmuebles, será motivo de destitución, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes”. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2016, Art.301)

"Mecanismo de Remuneración.- Le corresponde exclusivamente a la notaria o notario asumir los costos de la administración general de su despacho, su propia remuneración y el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal, por medio de la recaudación directa que por concepto de tasas realiza. En ningún caso el Estado deberá erogar valor alguno por estos conceptos.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2016, Art.301)

La ley notarial, en el artículo 18, da a las notarías y notarios, atribuciones exclusivas, para el caso de este trabajo de titulación que corresponde el tema de divorcio por mutuo consentimiento ante notario, el numeral 22 da a las notarías y notarios, la posibilidad de tramitar divorcios por mutuo consentimiento, pero, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia.

Con una reforma a la Ley Notarial ecuatoriana en la que los notarios puedan otorgar un divorcio por mutuo consentimiento a cónyuges que tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, se lograría dar un alivio a la excesiva carga procesal que tienen los juzgados, ya que al resolver todas las causas además de los divorcios por mutuo consentimiento, quitan tiempo a los jueces y provoca que hayan demoras y falta de atención por parte de los jueces a otras causas que son necesarias. Además el espacio no es el más adecuado pues aumenta la tensión de las partes.

2.5 Los altos costes de la administración de justicia: (La gratuidad de acceso a la justicia en constitución, los altos índices de conflictos en materia de familia, el aumento de los conflictos familiares.

Es necesario comenzar a analizar un punto de mucha importancia, el cual es se encuentra determinado en la Constitución, con respecto a la justicia que es un derecho al que tienen todas las personas en forma gratuita, tal como lo expresa el artículo 75 en forma literal de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.75)

Dicho artículo se encuentra en el capítulo octavo correspondiente a derechos de protección por lo cual todas las personas tenemos garantizada la justicia en forma gratuita, de tal manera que ningún individuo puede quedar en la indefensión.

De igual manera, el artículo 168 numeral 4 menciona lo siguiente:

“El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.168 Numeral 4)

Con estos artículos mencionados de la Constitución, queda muy claro que todas las personas en el Ecuador, tienen acceso gratuito a la justicia, dando a entender que nadie puede quedar en indefensión, en base a estas garantías, es necesario que en todo momento, se defienda este derecho que nos corresponde a todos.

Sin embargo y con relación al tema que tratamos, en el divorcio por mutuo consentimiento no existe un conflicto jurídico, no existe desacuerdo u oposición de derechos. Lo que existe es una mera voluntad de deshacer algo que por su propia voluntad se hizo, por lo tanto al igual que los costos del matrimonio son asumidos por las partes; los costos del divorcio sin justa causa, deben ser asumidos por las partes y no corresponde al Estado solventar un asunto particular.

2.6 Plan nacional del buen vivir 2013 – 2017

El Objetivo 6 del Plan Nacional del Buen vivir, manifiesta ampliamente la transformación de la justicia en base cambios profundos en ella, ya que la población tiene una concepción muy negativa de la justicia. A raíz de la consulta popular realizada en el año 2011, se pudo obtener la base fundamental para la transformar la justicia y fortalecer la seguridad integral. Es importante destacar que el deseo general de la población, es una sociedad que esté libre de violencia, pero que en la práctica resulta improbable.

“De acuerdo al artículo 1 de la Constitución, Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo fin fundamental es la protección y la garantía de los derechos de sus ciudadanos. De la misma forma, el artículo 3, numeral 8, dice que uno de los fines del Estado es garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y seguridad integral, Por esta razón, el acceso a una justicia imparcial e independiente y la vida en un entorno libre de amenazas, violencia y temor son bienes públicos fundamentales para alcanzar el desarrollo integral de las personas, mejorar su calidad de vida y lograr el ejercicio pleno de sus derechos y libertades democráticas; todo esto bajo el estricto apego a los principios nacionales e internacionales en derechos humanos.” (Plan nacional del buen vivir, .s.f.)

El Estado de acuerdo a la Constitución, garantiza a todos sus habitantes el derecho a vivir en una cultura de paz y tener una seguridad integral, razón por la cual se obtiene el acceso a una justicia imparcial e independiente que beneficia a todos, todo esto basándose en principios del plan nacional del buen vivir, y a los Derechos humanos.

“La justicia debe ser entendida como una forma legítimamente aceptada de procesar el conflicto social para conservar el equilibrio y la cohesión social. Como parte sustancial de la democracia, la justicia ha sido definida como la búsqueda del bien común, que es el soporte que sostiene ante la ley las relaciones entre iguales y respeta su diversidad”
(Plan nacional del buen vivir,.s.f.)

La justicia debe ser aceptada como el proceso de un conflicto social para conservar el equilibrio y la cohesión social, es una parte sustancial de la democracia que busca el bien común para dar a cada uno lo suyo.

El aumento de los conflictos familiares, de acuerdo al Plan Nacional del buen vivir, se origina por la crisis económica y financiera de los Estados Unidos, ya que el dólar es el principal activo de reserva del mundo y porque las grandes corporaciones bancarias de Estados Unidos, Europa, y Asia, están unidas entre sí.

“El resultado de esta crisis tiene graves consecuencias para el mundo. Estados Unidos crecerá apenas un 1,4% para 2013, y un 2,2% para 2014. El desempleo en este país alcanza el 7,7%. Europa, por su parte, verá un decrecimiento de su economía del 0,6% para 2012, del 0,3% para 2013, y un crecimiento mínimo del 1,4% para 2014. Japón decreció un 0,6% en 2011 y crecerá apenas un 1,2% en 2013 y un 0,7% en 2014 (FMI, 2013; y Eurostat, 2013).” (Plan nacional del buen vivir, s.f.)

Estas cifras proporcionadas en el Plan Nacional del Buen vivir, fueron reales en esos años, ya que la economía estadounidense no tuvo un crecimiento abundante, al igual que en Europa cuya crisis ha sido ampliamente difundida a través de los medios de comunicación. Igualmente el desempleo tuvo cifras alarmantes. En Japón la economía decreció en 0.6% generando impresionantes pérdidas alrededor del mundo.

Muchas veces los conflictos familiares se originan por cuestiones económicas, las cuales desencadenan otros problemas, creando un sinfín de conflictos que llegan incluso a desintegrar a la familia, pero estos problemas suelen pasarnos factura a toda la sociedad, porque al ser la justicia un derecho gratuito, las personas que lo obtienen se benefician de esto, pero los ecuatorianos con nuestros impuestos financiamos todo esto. Este es uno de los argumentos por los cuales, los costos por divorcio deben ser solventados por las partes, ante un notario como la mayoría de trámites que se realizan con base en la autonomía de la voluntad. Si los cónyuges se quieren divorciar por cualquier inconveniente, no todos los ecuatorianos debemos pagar esa decisión por lo tanto su deseo se debe manifestar ante notario y las tasas deben establecerse por el Consejo de la Judicatura, al igual que se hace por el divorcio por mutuo consentimiento sin hijos.

CAPITULO III. El divorcio por mutuo consentimiento –con hijos y sin hijos- como facultad exclusiva notarial

Para la legislación ecuatoriana, el divorcio por mutuo consentimiento, puede realizarse ante notario únicamente en el caso de que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Por esta razón, los cónyuges que tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, deberán realizar este divorcio ante un juez, quien se encargará de dar las disposiciones correspondientes a visitas, custodia, pensiones alimenticias, etc., y luego de que todos esos aspectos estén resueltos, dictar sentencia disolviendo el vínculo matrimonial.

Si deseamos dar agilidad a los procesos de divorcio, que al momento se encuentran represados en la Función Judicial, éste trámite notarial reduciría notablemente la presentación de juicios por mutuo consentimiento, de tal manera que los jueces también puedan dedicarle más tiempo al despacho de los juicios contenciosos.

Debería existir en el Ecuador, la posibilidad de realizar un divorcio por mutuo consentimiento ante notario para cónyuges que tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, porque este trámite en una notaría, tiene un costo más elevado por el cual las personas harían conciencia sobre esto y no realizarían un divorcio como si fuera algo sin importancia.

Todos los ecuatorianos tenemos que pagar con nuestros impuestos el funcionamiento del aparataje judicial, que efectivamente hace realidad el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo en el caso del divorcio por mutuo consentimiento, este se basa en la autonomía de la voluntad de las partes por lo que deben ser ellos los que solventen los gastos que se derivan de sus decisiones.

La Ley Notarial Ecuatoriana en su artículo 18 numeral 22 manifiesta las atribuciones exclusivas de los notarios, y en forma textual expresa lo siguiente:

“Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición;” (Ley Notarial Ecuatoriana, 2016 art.18 numeral 22.)

El único impedimento que tiene un notario de acuerdo a la Ley Notarial para realizar un divorcio por mutuo consentimiento, es la existencia de hijos menores de edad o bajo su dependencia, en ese caso el notario se abstiene de realizar dicho proceso, por mandato del artículo 18 numeral 22 de la Ley Notarial citado anteriormente.

Se cita al abogado Colombiano Juan Enrique Medina Pabón, que en su obra:

“Derecho Civil Derecho de Familia”, manifiesta lo siguiente:

“En ninguna legislación moderna fue fácil admitir que en el matrimonio tenía cabida el principio –en Derecho las cosas se deshacen como se hacen-, pero las tendencias liberales y especialmente anticlericales del siglo XX terminaron imponiéndose en prácticamente todo el mundo occidental, que hoy admite el disenso en el matrimonio sin mayores condicionamientos.” (Medina, Derecho Civil Derecho de familia. P 275. Tercera edición., 2011, pp. 275-277)

El autor menciona que, la sociedad moderna no tuvo dificultades para admitir el principio de: “en Derecho las cosas se deshacen como se hacen” pese a que hubo tendencias liberales y anticlericales que estuvieron en disputa durante el siglo XX las cuales se impusieron en nuestras sociedades occidentales, dando como resultado que el matrimonio pueda ser disuelto sin necesidad de condicionamientos mayores.

“En Colombia existe el Divorcio de común acuerdo ante notario con la expedición de la Ley 962 de 2005. Para este tipo de divorcio, solamente basta que un abogado en representación de los cónyuges presente ante notario el acuerdo de divorcio suscrito por la pareja en el que deben declarar su intención de poner fin al matrimonio, este acuerdo debe regular lo relativo a las obligaciones alimentarias y de custodia al respecto de los hijos menores. La autoridad correspondiente, por intermedio del defensor de familia, participa en caso de que existan hijos menores y solamente es para verificar si el acuerdo de ajusta a las reglas legales, pero en caso de encontrar disposiciones contrarias a la norma, el defensor de familia puede formular sus observaciones de modo que se corrija el acuerdo y mientras esto dure (las observaciones del defensor de familia), el proceso de divorcio se suspende hasta tener

un acuerdo definitivo para continuar con el proceso de divorcio.” (Medina, Derecho Civil Derecho de familia. P 275. Tercera edición., 2011, pp. 275-277)

En tanto que el trámite actual del divorcio por mutuo consentimiento para parejas con hijos, de acuerdo a lo que expresa el artículo 115 del Código Civil, es de la siguiente manera:

“Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.

En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.” (Código Civil, 2016, art.115)

De acuerdo a lo expresado en el artículo 115 del Código Civil, es indispensable que los padres lleguen a un acuerdo sobre la situación económica de los hijos menores de edad, para que el juez pueda dictar sentencia, además en la audiencia de conciliación el juez busca el avenimiento de los litigantes, pero el empeño es que se llegue a un acuerdo fijando cantidades precisas y suficientes de acuerdo a las posibilidades de los padres, también se acordará quien va a ser el cónyuge encargado del cuidado de los hijos menores, esto puede ser modificado en cualquier tiempo con pruebas presentadas con fundamento.

Una vez más coincidimos con Colombia, en dar la protección debida al menor de edad, de la misma manera en la cual nuestro Código Civil manifiesta que primero debe tomarse en cuenta la situación en la que quedan los hijos menores de edad, para luego dictar sentencia.

Llama la atención el tiempo de espera para la audiencia de divorcio que en la ley notarial se mantiene en 60 días de acuerdo al artículo 18 numeral 22 que manifiesta lo siguiente:

“El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse.” (Ley Notarial, 2016, Art.18 numeral 22)

En código general de procesos, el tiempo en el cual se debe fijar fecha y hora para la audiencia de conciliación de es de 10 días de acuerdo a lo que manifiesta el artículo 335 del Código Orgánico General de Procesos (C.O.G.E.P):

“La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado.” (Código Orgánico General de Procesos, 2016, art 335)

Como indica el mencionado artículo, el juzgador debe convocar a audiencia en un término que no sea inferior a diez días ni mayor a veinte días, esto debería incluirse en la reforma a la Ley notarial, para que el trámite de divorcio por mutuo consentimiento ante notario, tenga el mismo tiempo que indica el Código Orgánico General de Procesos (C.O.G.E.P) y se pueda llevar de manera competitiva y eficiente.

3.1 El nombramiento de un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para garantizar sus derechos en el proceso de divorcio. Comparación con el caso Colombiano.

Colombia tiene la posibilidad de realizar un divorcio de común acuerdo ante notario, el cual permite a los cónyuges poder realizar un proceso de divorcio a pesar de tener hijos menores de edad, en cuyo caso interviene el defensor de familia que es el encargado de verificar que el acuerdo se ajuste a las disposiciones legales que vayan en beneficio de los menores, en caso de haber disposiciones contrarias, el defensor hace sus observaciones para corregir el acuerdo, y mientras dure esto, queda suspendido el proceso de divorcio hasta que dicho acuerdo se ajuste a las normas vigentes que vayan de acuerdo al bienestar del menor, y que se ajusten a las normas vigentes.

“En caso de que el defensor de familia apruebe el acuerdo o se abstenga dentro de 15 días hábiles, se entenderá que el acuerdo está aprobado y se procede a otorgar la escritura pública contentiva del acuerdo de divorcio que será anotada en el llamado “libro de varios” de la notaría sin perjuicio del requisito de inscripción en el Registro Civil.” (Medina, 2011, pp. 276- 278.)

En la Legislación Colombiana, además de que el notario tiene la facultad de realizar un divorcio por mutuo consentimiento para cónyuges que tengan hijos menores de edad, se toman en cuenta las observaciones que puedan llegar a ser realizadas por el defensor de familia, ya que es muy importante para el bienestar de los menores de edad, esto permite que se realice un divorcio en forma rápida y eficaz con toda la protección debida a los hijos menores de edad quienes son afectados con un proceso tan largo y engorroso.

De acuerdo a lo estudiado en el caso Colombiano, se podría aplicar de forma similar en el Ecuador este tipo de divorcio, obviamente sin olvidar algo tan importante como es el nombrar a un defensor de familia que se encargue de

determinar lo mejor para el beneficio de los hijos menores que tengan los cónyuges que se van a divorciar. Debería existir un acuerdo que se ajuste a las normas vigentes que vayan en beneficio del menor y en caso de haber inconsistencias, realizar las respectivas correcciones hasta que el acuerdo quede correctamente elaborado en beneficio de los más vulnerables, que en este caso son los hijos menores de edad o bajo dependencia de los cónyuges.

¿Por qué es importante un defensor de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Tan importante es la intervención del defensor de familia en la legislación Colombiana, que en caso de existir disposiciones que no se ajusten a la norma, el proceso de divorcio se suspende hasta que este apruebe el acuerdo o se abstenga de pronunciarse, de tal manera que el divorcio no se lleva a cabo si existe observación del defensor de familia

En el caso colombiano, el abogado Juan Enrique Medina Pabón, en su obra “Derecho Civil Derecho de Familia”, menciona en forma textual lo siguiente:

“La autoridad por intermedio del defensor de familia, participa en el caso que existan hijos menores (sean de la pareja o de cada uno de sus miembros) y solamente para verificar si el acuerdo se ajusta formalmente a las reglas legales, y en el evento de encontrar disposiciones que no se ajusten a la norma, podrá formular sus observaciones de modo que se corrija el acuerdo y mientras esto se realiza el proceso de divorcio se suspende.” (Medina, 2011, pp. 276-278.)

Tal como lo dice el autor, la autoridad interviene por medio del defensor de familia, y sus observaciones son tan importantes, que se suspende el proceso hasta que este apruebe el acuerdo. El defensor de familia es el encargado de velar por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

“Con existencia de hijos menores: recibida la solicitud, el notario notificará mediante escrito al defensor de familia del lugar de residencia de los menores el acuerdo de los cónyuges en relación con ellos, para que rinda su concepto en los quince días siguientes a la notificación; recibido el concepto o transcurrido el plazo sin pronunciarse se autorizará la escritura pública de cesación de efectos civiles de matrimonio” (Ramírez, 2007)

En la práctica se menciona que el notario está obligado a notificar por escrito al defensor de familia del lugar de residencia de los menores, para que este se pronuncie al respecto en quince días, y una vez que este se pronuncie, se autoriza o no la realización de la escritura pública.

¿Qué reformas se necesitarían para hacer viable la propuesta?

Para comenzar, es preciso tomar en cuenta lo que determina el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en cuanto a divorcio que en su artículo 332 numeral 4 menciona lo siguiente:

“Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

4.- El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho.

La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley.” (Código Orgánico General de Procesos, 2016, Art 332 numeral 4)

Es similar al caso Colombiano lo que menciona nuestra legislación, con la diferencia de que no existe un defensor de familia, pero el proceso de divorcio no podrá resolverse si no se han resuelto: alimentos, visitas, tenencia, etc., por

lo tanto siempre se toma en cuenta el interés superior del menor el cual tiene su protección amparada perfectamente en la Legislación.

Es necesario tomar en cuenta también en forma literal, lo que expresa el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que manifiesta lo siguiente:

“Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, se sustanciará ante la o el juzgador competente.

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

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

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

De no haber acuerdo sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años, el asunto se sustanciará ante la o el mismo juzgador en procedimiento sumario y resuelta esta controversia se declarará disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.” (Código Orgánico General de Procesos, 2016, art.340)

Importante lo que se menciona aquí, nos da las pautas a seguir para la realización de divorcio por mutuo consentimiento, se toma en cuenta no solo la situación de los hijos menores de dieciocho años, sino también, se insiste en tener una resolución definitiva sobre la situación de los mismos.

La adaptación a una reforma de la Ley Notarial, es perfectamente viable y válida, ya que en esta ley, debería ser introducida la facultad al notario para poder divorciar por mutuo consentimiento aún en los casos en que haya hijos menores de edad o bajo dependencia de sus padres.

La Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, del Doctor Juan Larrea Holguín menciona lo siguiente con respecto al notario:

“Funcionario público cuya función principal consiste en dar fe, atestiguar, el otorgamiento de actos o contratos que él ha presenciado. Los Notarios tienen actualmente en el Ecuador algunas otras atribuciones que antes correspondían a los jueces en ejercicio de jurisdicción no contenciosa, como la de conferir la posesión efectiva de los bienes hereditarios pro indiviso” (Larrea, 2005)

Este trabajo de investigación, propone precisamente eso, avizorar reformas a la Ley Notarial para que los notarios puedan tramitar divorcios por mutuo consentimiento a pesar de que durante el matrimonio, existan hijos menores de edad o bajo su dependencia, cosa que según la Ley Notarial actual no se puede hacer, y en caso de haber hijos menores de edad, el proceso de divorcio, deberá ser llevado por un juez. Cabe mencionar que de acuerdo al autor, el notario es un funcionario que tiene algunas atribuciones que antes correspondían a los jueces en ejercicio de jurisdicción no contenciosa, debido a que es un funcionario público que tiene como función principal, dar fe del otorgamiento de actos o contratos que este ha presenciado.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 296 de forma literal expresa lo siguiente:

“El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarías y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe

pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos, la Ley Notarial y otros cuerpos legales. El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2016, art. 296)

Por lo tanto, el notario al ser un funcionario investido de fe pública, puede determinar que existe la voluntad, en este caso, de dar por terminado el vínculo matrimonial. Adicional a esto, hay que tomar en cuenta que el notario debería pedir un informe por parte de Unidad Judicial de la Niñez y Adolescencia, para que esta determine los parámetros a seguir con respecto a los menores y poder continuar con el proceso de divorcio, tal como se lo hace en Colombia con la diferencia de que en el Ecuador no existe el defensor de familia.

En Colombia se tiene un gran ejemplo sobre la legislación en materia de divorcio ante notario, de tal manera que siempre se toma en cuenta primero el bienestar de los hijos menores, que podría ser aplicada en Ecuador de forma similar.

La esencia del cambio, va principalmente de todos los ciudadanos en pos de mejorar los procesos que actualmente se llevan, pero más allá de eso, el cambio principal en realizar una reforma a la ley notarial en el artículo 18 numeral 22.

El cambio sería el siguiente:

Al principio del numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial se manifiesta:

“...únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia...”. Suprimiendo esta parte, quedaría así: “Tramitar divorcios por mutuo consentimiento. Para el efecto los cónyuges expresarán en el petitorio...” (Ley notarial, 2016, art.18 numeral 22)

Los padres acordarían la situación de los hijos menores de edad o bajo su dependencia, en el acta transaccional realizada ante notario, pero hay que tomar en cuenta que se deberían modificar ciertos artículos del Código de la Niñez y Adolescencia, en las partes en donde le dan estas facultades al juez y no al notario especialmente en lo que se refiere a tenencia y patria potestad.

Además de esto, sería oportuno enviar el informe, a la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez, y adolescencia; para que este sea analizado por un delegado que se encargue de verificar los términos en los cuales quedan los niños, niñas, o adolescentes, y de ser el caso sea aprobada o enviada con observaciones, algo similar al caso Colombiano en donde se envía al defensor de familia, funcionario que no existe en el Ecuador. El departamento de defensoría pública bien podría nombrar un encargado de revisar estos acuerdos.

De acuerdo al Código de la Niñez y adolescencia, en su artículo 118, expresa en forma literal lo siguiente:

“Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior.”
(Código de la Niñez y adolescencia, 2016, art.118)

La adaptación a una reforma a la Ley Notarial, es muy beneficioso, porque al otorgar al notario las facultades que la actual ley no le confiere como es sobre el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, se simplificaría debido a su agilidad, además de dar un alivio a la excesiva carga procesal que tienen los juzgados civiles por estas causas, que en muchos casos se alargan por mucho tiempo, de tal manera que no todas las causas pueden ser resueltas en un tiempo adecuado.

El costo de la realización de un divorcio por mutuo consentimiento ante notario es mayor al que se lo hace por la vía judicial que en la mayoría de los casos es gratuita, por lo tanto las personas tendrían que pagar las tasas notariales de tal manera que lo pensarían mucho mejor antes de iniciar dicho proceso.

Beneficios

Tomando en cuenta lo que la ley dice acerca del tiempo para los divorcios, aquí se expone lo que corresponde a la duración de los procesos por mutuo consentimiento, así como el que se lo realiza a través de la vía judicial, como el que se lo realiza ante notario.

El divorcio por mutuo consentimiento realizado ante notario, se lo resuelve casi en el mismo lapso de tiempo, pero, tiene un costo más alto que deben pagar los mismos cónyuges, por lo que al momento de la realización de dicho trámite, lo pensarían con mayor detenimiento. Sería beneficioso para el país, no tener que pagar tantas causas de divorcio que afectan no solo psicológicamente, sino económicamente a todos los ciudadanos.

Tomando en cuenta lo que la ley dice acerca del tiempo para los divorcios, aquí se expone lo que corresponde a la duración de los procesos por mutuo consentimiento, así como el que se lo realiza a través de la vía judicial, como el que se lo realiza ante notario.

Los procesos de divorcio por mutuo consentimiento, normalmente en un juzgado de lo civil, se resuelven en un tiempo aproximado entre 3 y 6 meses. El divorcio por mutuo consentimiento realizado ante notario, se lo resuelve en 2 meses, de tal manera que este proceso, tiene mayor rapidez por esta vía ya que no tiene tantas causas acumuladas, pero con la diferencia de que se tiene que pagar obligatoriamente el valor que corresponde a las tasas notariales determinadas por el Consejo de la Judicatura. Inclusive este tiempo podría ser reducido a 30 días.

También es necesario mencionar que el resto de causas que se encuentran represadas en los juzgados de lo civil en lo que respecta a: divorcios por mutuo consentimiento, propiedades, herencias, etc., serían factibles de resolverlos en menos tiempo, ya que una de las trabas que se tienen en los juzgados, es precisamente los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, el cual podría ser perfectamente válida su tramitación ante un notario para que lo resuelva, dando una gran ayuda a la excesiva carga procesal.

Hay muchas necesidades que tienen las personas, no solamente la tramitación de divorcios, sino otros procesos que requieren de mayor agilidad, y por lo tanto poniendo un freno a tanto divorcio mediante un pago, otras causas reducirían su tiempo dando mejores beneficios al país.

Al existir un acuerdo de los padres sobre la situación de los hijos: tenencia, alimentos, visitas, etc., en la vía judicial se tramita por vía verbal sumaria ya que no hay controversia, desaparece la jurisdicción contenciosa. No habiendo esta, bien cabría que los notarios conozcan todo aquello en que se encuentre la jurisdicción voluntaria, descongestionando la Función Judicial de uno de los

aspectos que mayor trabajo demanda en esa institución, la atención de los jueces. Aquí se debe indicar que se debería facultar a los notarios la capacidad de divorciar por mutuo consentimiento pero en general, en lo que se refiere a que se apruebe ante el notario el acuerdo de los cónyuges sobre la situación de los hijos, es decir que si los padres tienen la voluntad de cumplir con el referido acuerdo sobre la tenencia, alimentos, educación, etc., la notaria o el notario en la Audiencia de Conciliación, en el acta respectiva, aprobaría el acuerdo de los padres.

Las Notarias para mejorar el servicio, podrían implementar, y pienso el Estado debería preocuparse por esto, departamentos de mediación familiar para que las partes puedan construir sus acuerdos de mejor manera y no litiguen por cuerda separada, pensiones alimenticias, tenencia y visitas.

Así mismo, sería beneficioso que las Notarias implementen cursos para las parejas que se separan y enseñarles una nueva manera de contribuir a una co-parentalidad que sea más beneficiosa a los niños.

El notario al no estar investido del horror del litigio, sino más bien al ser un servidor cercano y de confianza podría ayudar a las partes a que se construyan acuerdos.

Por lo tanto, es sumamente necesario, que en el Ecuador, la Asamblea Nacional reforme la Ley Notarial, otorgando a los notarios la facultad de tramitar el divorcio por mutuo consentimiento con o sin hijos menores de edad, lo que daría alivio a la excesiva carga procesal que tienen los juzgados.

Adicionalmente, en la referida facultad, la Asamblea Nacional debería disponer que en el evento de existir embarazo en la cónyuge, las partes acordarían la situación del que está por nacer, en virtud de la existencia de los derechos que consagra la Constitución en favor del nasciturus desde el momento de la concepción.

El notario, al ser un funcionario que da fe pública de actos, contratos y documentos, no puede irse en contra de la Constitución, de tal manera que de ser el caso, debería negar un divorcio por mutuo consentimiento cuando la mujer esté embarazada.

4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1 Conclusiones

Durante el tiempo de realización de este trabajo de titulación, se ha llegado a tener un mayor conocimiento sobre el divorcio por mutuo consentimiento, ya que la Ley Notarial otorga facultad al notario para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en los que no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. También se conoce que la mayoría de personas prefieren realizar un divorcio por mutuo consentimiento ante notario, debido a la agilidad con la que este puede ser tramitado, y aún más, al existir un poco más de privacidad y confianza, pero también hay que tomar en cuenta el costo y el tiempo que lleva la realización de un divorcio ante notario.

Se han determinado los casos en los que un notario puede disolver el vínculo matrimonial y en qué condiciones, concluyendo que un notario únicamente puede disolver el vínculo matrimonial cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, según lo que dispone el artículo 18 numeral 22 de la Ley Notarial, la cual debería ser reformada.

La legislación sobre el divorcio por mutuo consentimiento de cónyuges que tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, actualmente, debe tener conocimiento el Juez de lo Civil, tomando en cuenta el principio de especialidad determinado en el artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual dice que se ejercerá la potestad jurisdiccional en forma especializada según las diferentes áreas de competencia. De acuerdo a la propuesta de reforma a la Ley Notarial que se manifiesta en este trabajo de titulación, el notario, podrá disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento; mientras que la situación de los hijos menores de edad o bajo dependencia de los cónyuges, debe ser determinada con un informe realizado por un delegado de la Unidad Judicial de la Niñez y Adolescencia de forma similar a lo que se realiza en Colombia.

En cuanto a las ventajas del divorcio por mutuo consentimiento ante notario aun teniendo hijos menores de edad o bajo su dependencia, se concluye que, en caso de haber una reforma a la Ley Notarial, los divorcios por mutuo consentimiento ayudarían a descongestionar a los juzgados, lo cual sería muy beneficioso para la sociedad, además de que con el costo que tiene, se evitaría que hayan divorcios por mutuo consentimiento por causas que en su mayoría no tienen sentido alguno, y debemos pagar todos los ciudadanos con nuestros impuestos.

Se ha llegado a obtener un mayor conocimiento de lo que dice la Ley Notarial con respecto al divorcio por mutuo consentimiento

Las condiciones bajo las cuales se podría introducir el divorcio por mutuo consentimiento ante notario a pesar de tener hijos menores de edad o bajo su dependencia, es que el notario con la facultad que tiene de dar fe de los actos y contratos entre personas, es que exista un acuerdo mutuo sobre la situación en la que van a quedar los hijos, tales como: alimentación, educación, pensión alimenticia, régimen de visitas, etc., mismo que un delegado de la Unidad Judicial de la Niñez y Adolescencia, se encargará de revisarlo minuciosamente para que los menores sean siempre beneficiados y protegidos.

Se concluye que es muy pertinente, plasmar una reforma a la Ley Notarial, para que no existan limitaciones para el notario, al momento de realizar el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, ya que con dicha reforma, sería muy beneficiosa para todos los Ecuatorianos que debemos soportar la carga de tener que pagar tantos divorcios por la vía judicial los cuales son gratuitos.

Todo beneficio para el menor, debe ser analizado en base a lo que manifiesta, la Ley de la Niñez y Adolescencia en lo que se refiere a derechos del menor como son: Tenencia, patria potestad, alimentos, y visitas; en caso de que uno de los dos padres falte para la educación del menor.

Se concluye que el Notario puede brindar un mejor servicio a las partes que quieren divorciarse y que tienen muchas dificultades para construir acuerdos que les permita desarrollar una co-parentalidad sana. En este sentido el servicio notarial con base en el principio de responsabilidad puede ayudar a que las partes dialoguen y se construyan relaciones sanas.

4.2 Recomendaciones

Las recomendaciones, para finalizar este trabajo serían, primero, que se realice una reforma a la Ley Notarial, de tal manera que al notario se le otorgue la facultad de realizar un divorcio por mutuo consentimiento sin condición alguna para que no existan más trabas, y al mismo tiempo dar un alivio a la excesiva carga procesal que tienen los juzgados; adicionalmente se deberá establecer el acuerdo sobre tenencia y alimentos en un acta notarial, misma que debe ser aprobada por un delegado de la Unidad Judicial de la Niñez y Adolescencia.

Además sería recomendable, reformar artículos del Código de la Niñez y Adolescencia en lo que se refiera a: tenencia, patria potestad, derecho a visitas, y prestación de alimentos, especialmente en aquellos artículos en donde otorgan estas facultades únicamente al juez para que pueda realizar un divorcio por mutuo consentimiento para cónyuges que tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia.

Actualmente la carga procesal, es una situación que lleva muchos años y la cual debe ser solucionada de muchas maneras, pero al tener el notario la facultad de realizar un divorcio por mutuo consentimiento para cónyuges que tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, se da una ayuda beneficiosa para el país.

El alivio a la carga procesal, es un paso que se lo debe dar aportando de cualquier manera positiva para que no existan problemas y conflictos dentro de una sociedad que exige muchos cambios en la legislación actual.

Se concluye finalmente que se deberían hacer nuevos estudios que profundicen nuevos roles del Notariado ligados a la responsabilidad social.

REFERENCIAS

- Alsina, H. (1957). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (Editores segunda edición ed.). Buenos Aires Argentina: Ediar. Soc. Anon.
- Borda, G. (1984). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires-Argentina: Editorial Perrot.
- Borda, G. (1984). *Puntos fundamentales sobre el matrimonio como contrato*. Buenos Aires-Argentina: Editorial Perrot.
- Borda, G. (1984). *Manual de Derecho de familia*. Buenos Aires-Argentina: Editorial Perrot.
- Carnelutti, F. (1997). *Jurisdicción*. Buenos Aires - Argentina: El Foro.
- Constitución de la República del Ecuador, Art. 67. (s.f.). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- De la Plaza, M. (1943). *Derecho Procesal Civil Español*. Madrid - España : Editorial de revista de Derecho privado.
- Derechoecuador. (s.f.). *Requicos de la demanda de divorcio*. Recuperado el 20 de junio de 2016, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2009/04/29/el-divorcio>
- Devis, H. (2009). *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá Colombia: Editorial Temis.
- Ecuadorencifras. (s.f.). *Estadísticas INEC*. Recuperado el 15 de Agosto de 2015, de <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/el-numero-de-divorcios-en-ecuador-crecio-1191-en-diez-anos/>
- El comercio. (s.f.). *El divorcio*. Recuperado el 12 de junio de 2016, de <http://www.elcomercio.com/actualidad/nuevas-reglas-matrimonio-divorcio-paternidad.html>
- García, J. (2014). *Manual de práctica procesal civil*. Quito-Ecuador: Ediciones Rodin.

- Hernando, D. (2009). *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá Colombia.: Editorial Temis S.A.
- Juan, L. H. (2008). *Manual elemental de Derecho Civil del Ecuador, Derecho de familia 3.2.* . Quito- Ecuador.
- Larrea, J. (2005). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana* (Tomo VI ed.). Quito- Ecuador.: Ppl Impresores.
- Larrea, J. (2005). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito- Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.
- Larrea, J. (2005). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador* (7ma edición ed.). Quito - Ecuador: Editorial Corporacion de studios y publicaciones.
- Larrea, J. (2008). *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*. Quito- Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.
- Medina, J. (2011). *Derecho Civil Derecho de familia. P 275. Tercera edición*. Bogotá Colombia.: Editorial Universidad del Rosario.
- Medina, J. (2011). *Derecho Civil Derecho de familia*. (3 edición ed.). Bogota - Colombia: Universidad del Rosario.
- Mingaonline. (s.f.). *Matrinio de acuerdo al código civil*. Recuperado el 16 de JUNIO de 2016, de http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200007&script=sci_arttext.
- Ossorio y Florit, M. (1979). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Ibidem.
- Ossorio y Florit, M. (1979). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Driskill.
- Ossorio y Florit, M. (2000). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires - Argentina: Driskill S.A.
- RAE. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid- España.
- RAE. (s.f.). *Concepto del matrimonio (Diccionario)*. Recuperado el 15 de Agosto de 2016, de <http://dle.rae.es/?id=OdQHkYU>
- Ramírez, G. (2007). *Principales actos del derecho notarial y registral, Jurisprudencia y Doctrina* (Primera edición ed.). Bogotá- Colombia: Editorial Universitaria de Colombia Ltda.
- Rocco, U. (1983). *Competencia*. Buenos Aires- Argentina: DePalma.

Sánchez, R. (1990). *Sistemas matrimoniales*. Recuperado el 24 de Octubre de 2016 de <http://derecho.isipedia.com/optativas/crisis-matrimoniales-separacion-y-divorcio/02-el-matrimonio>

ANEXOS

Anexo 1. Gráficos estadísticos

Algunos gráficos estadísticos del Plan Nacional del Buen Vivir, muestran una evolución en cuanto a ciertos aspectos desarrollados en beneficio de la justicia, en el anexo 1 se observa claramente el aumento de jueces, fiscales, y defensores públicos en el cual se muestra que en años anteriores como en el 2006 había un promedio de 4 fiscales por cada 1000 habitantes.

Anexo 2. Confianza en el sistema judicial

En el anexo 2 se puede ver que la confianza en la justicia por parte de la ciudadanía, ha tenido un aumento debido a la transformación realizada y el aumento en cuanto a la inversión que se realiza anualmente por parte del gobierno a la justicia.

Anexo 3. Evolución de población penitenciaria

El anexo 3, adicionalmente al gráfico, se menciona que la población carcelaria ha disminuido y que actualmente el Ecuador, tiene la tasa más baja de personas privadas de libertad (P.P.L.) de toda Latinoamérica, dando un total de 143,1 P.P.L. Por cada 100000 habitantes. También se menciona que la estructura carcelaria no estaba diseñada para soportar a la cantidad de personas debido a la antigüedad de los centros de rehabilitación, por ejemplo el de Quito tenía 145 años de construcción y había un excesivo número de PPL para dicha estructura, y de otros centros carcelarios del país

Anexo 4. Denuncias en la comisaría de la mujer

Este gráfico demuestra que la confianza en la justicia ha ido en aumento, pasando de 58911 denuncias en el año 2007, a 71436 en el año 2011. Esto refleja que las comisarías de la mujer y la familia funcionan y dan resultados

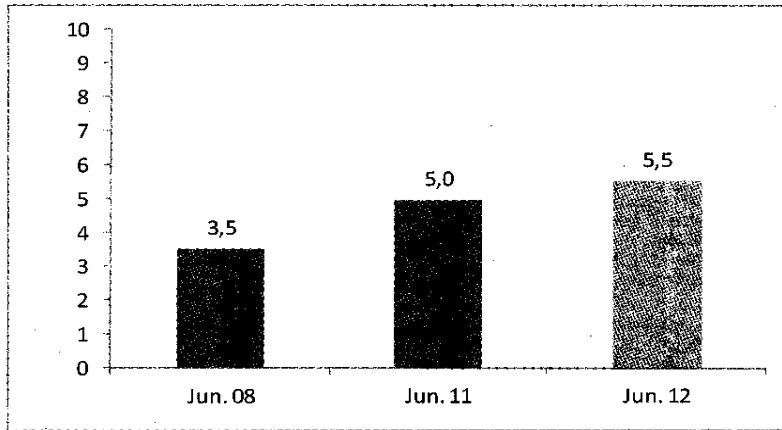
favorables para la ciudadanía, razón por la cual más casos de violencia familiar, son denunciados.

Anexo 5. Evolución homicidios

Se ha logrado una reducción de homicidios, se deduce que es por la efectividad con la que está funcionando la justicia debido a los cambios realizados en los últimos años. De acuerdo al gráfico, los homicidios totales han ido disminuyendo desde el año 2008

Anexos 6. Cuadros estadísticos

Gráfico 6.6.2. Confianza en el sistema judicial (2008-2012)



Nota: Se tomó en cuenta la percepción de la gente con una calificación sobre 10.

Fuente: INEC, 2012b.

Elaboración: Senplades.

La impunidad

La garantía de no impunidad de un delito está dada por la investigación, la sanción y la reparación del mismo (Simon, 2011). Por lo tanto, el funcionamiento del sistema procesal penal se verifica en el número de respuestas que el sistema ofrece a las denuncias que se presentan. La impunidad puede devenir en la legitimidad de tipos de justicia privada (linchamientos, vendettas), que ponen en duda el principio democrático de justicia como bien público y agravan aún más los espirales de violencia social. De igual forma, la impunidad tiene un alto efecto en la credibilidad institucional, lo cual es un elemento multiplicador del sentimiento de temor en la ciudadanía. En este sentido la falta de confianza institucional puede ser una causa directa de inseguridad en la población, con igual o mayor jerarquía que la violencia o la misma criminalidad (Dammert, 2007).

A partir del año 2011, uno de los giros de la transformación del sistema de justicia ha sido la lucha contra la impunidad. Para ello se han invertido recursos en la creación de juzgados de flagrancia, en la modernización y desconcentración de la Policía Judicial y en una mejor articulación de las entidades responsables del sistema penal integrado por la Policía, la Fiscalía y la Justicia.

Según la Mesa Interinstitucional Estadística de Flagrancia, entre julio de 2012 y abril de 2013, del total de personas detenidas en flagrancia por la Policía, solamente el 27,89% quedó libre por algún tipo de medida sustitutiva, mientras que el restante 70,86% guardó prisión preventiva. Tiempo atrás, esta situación se daba de forma inversa (Fiscalía General del Estado, 2012).

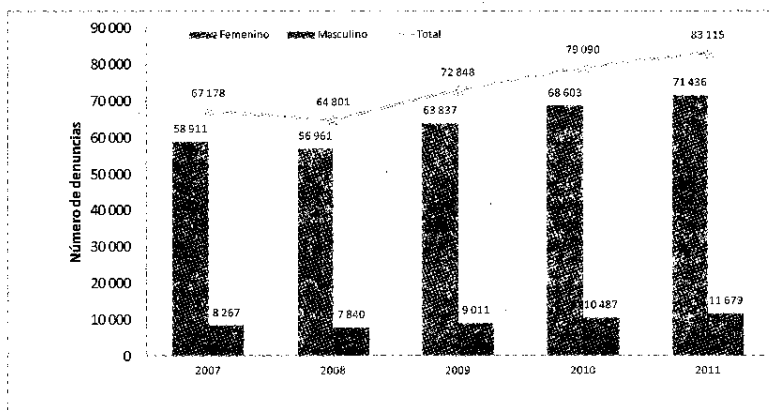
De la misma manera, el avance en la lucha contra la impunidad ha permitido mejorar la credibilidad ciudadana en la denuncia ante algún evento delictivo, lo que redujo la cifra negra⁷⁸. El porcentaje de víctimas que denunciaron el delito para diciembre de 2011 representaba un 14,3% y tuvo un ascenso al 19,6% en 2012 (Consejo de la Judicatura, 2012).

El sistema de rehabilitación social

En el año 2007, Ecuador fue el país de la región andina con mayores niveles de hacinamiento carcelario, con alrededor del 200% (MICS, 2008). A esto se sumaba la herencia de un sistema altamente corrupto y carente de inversión, que terminó subsumiendo al sistema de rehabilitación social en una profunda crisis institucional. El gobierno nacional, consciente de la problemática que envolvía a este sistema, hizo una declaración de emergencia del sistema penitenciario en 2007, con la construcción de nuevos centros de privación de libertad junto a la adecuación de los existentes y la implementación de un modelo de atención integral para la rehabilitación social. Esto hizo que la capacidad carcelaria en el país subiera de 7 477 plazas, en el año 2007, a 12 036, en el año 2012 (MJDHC, 2012a).

⁷⁸ Por cifra negra se entiende el número de delitos no denunciados en las instituciones respectivas. Entre las razones de la no denuncia se encuentran el poco acceso a la justicia, la falta de credibilidad en la misma, razones culturales, entre otras.

Gráfico 6.6.7. Denuncias en Comisarías de la Mujer y la Familia, por sexo (2007-2011)



Fuente: Ministerio del Interior, 2012b.
Elaboración: Senplades.

La convivencia ciudadana

El deterioro de la convivencia ciudadana es uno de los ejes fundamentales para las políticas de seguridad. La pérdida de cohesión social, la desconfianza entre las personas, la deslegitimidad institucional, el aislamiento social y la ausencia de reconocimiento de los derechos de las personas, entre muchas cosas más, son problemas que agudizan los problemas de violencia y el sentimiento de inseguridad en la población (Mockus, Murrain y Villa, 2012).

Muchos de los problemas de convivencia están vinculados con el problema de consumo de alcohol y droga en la población; los principales afectados son los jóvenes. La tendencia indica que los adolescentes y jóvenes usan drogas como marihuana y los derivados de la cocaína por primera vez a edades cada vez más tempranas. En 1998, la edad promedio era de 14,8 años; en 2005, la edad era de 13,7 y, en 2008, de 12,8 (Consej, 2008).

También prevalece como tema de convivencia la violencia ejercida por la condición étnica, sexual, migratoria, de nacionalidad y de discapacidad de las personas. El 8% de la población entre septiembre de 2003 y septiembre de 2004 sintió algún tipo de discriminación racial. Este fenómeno es más frecuente en zonas rurales (9%) que urbanas (7%) y más entre pobres (10%) que entre ricos (5%). Por otra parte, se constata que la población afroecuatoriana, en un 44%, y la población indígena, en un 34%, han experimentado discriminación racial (Secretaría Técnica del Frente Social, 2004).

La violencia contra la niñez y la adolescencia

El 27,4% de los niños, niñas y adolescentes entre los 6 y los 17 años declaró haber sido agredido físicamente por profesores (Ministerio del Interior, 2012b). De igual forma, el 40% del total de los niños, niñas y adolescentes de 5 a 17

años de Ecuador ha recibido golpes en el ambiente intrafamiliar; un 3% ha sido sujeto de insultos o burlas y un 12% ha sufrido encierro, expulsión y privación de comida. Asimismo, dentro del hogar, un 44% de los niños, niñas y adolescentes ha sufrido maltrato extremo; un 31%, maltrato culturalmente aceptado y el 3%, indiferencia (ODNA, 2012).

Políticas y lineamientos estratégicos

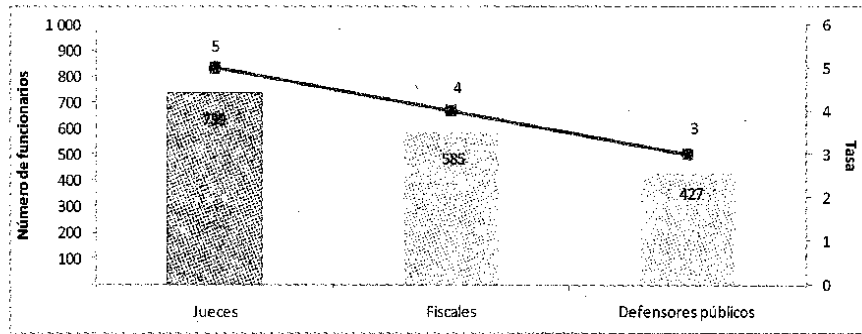
6.1. Promover el acceso óptimo a la justicia, bajo el principio de igualdad y no discriminación, eliminando las barreras económicas, geográficas y culturales

- Mejorar el acceso a los servicios de justicia en el territorio, mediante una desconcentración equitativa.
- Promover el pluralismo jurídico mediante la consolidación de la justicia indígena y de paz.
- Establecer una adecuada coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria, que garantice los derechos humanos, en el marco del pluralismo jurídico.
- Promocionar derechos, deberes y mecanismos de acceso y operación del sistema de justicia ordinaria, constitucional y contenciosa electoral.
- Implementar consultorios jurídicos gratuitos, regulados por la Defensoría Pública.
- Fomentar la especialización de defensores y defensores públicos, en virtud de la materia que atienden.
- Estimular la resolución alternativa de conflictos en la ciudadanía, a través de la mediación comunitaria.

fiscales llegó a 585, con un promedio de 4 por cada 100 mil habitantes, mientras que, en 2006, este número llegaba a 372, es decir, una tasa de 2,4 (Simon, 2006: 6). Los defensores públicos llegaron en el año 2012 a 427, con una tasa de 3 por cada 1 000 habitantes, mientras que en el año 2008 llegaban a 26

en total, con una tasa de 0,18 (Gráfico 6.6.1.). De igual forma, este mejoramiento del acceso ha venido de la mano con incrementos significativos en la inversión en justicia, que pasó de USD 14 millones, en 2007, a más de USD 250 millones, en 2012 (Consejo de la Judicatura, 2013).

Gráfico 6.6.1. Jueces, fiscales y defensores públicos en Ecuador (2012)



Nota: Tasa por cada 100 mil habitantes.

Fuente: Consejo de la Judicatura, 2012.

Elaboración: Senplades.



Es una tarea primordial del Estado garantizar el acceso de la ciudadanía a la justicia, para que pueda cumplir la demanda a nivel nacional mediante un adecuado nivel de desconcentración, tomando en cuenta criterios de distribución espacial por distritos, circuitos y con un modelado geográfico que utilice variables topográficas, poblacionales, proyecciones de crecimiento urbano y oferta de servicios. De igual forma, mejorar la gestión de los servicios y consolidar el proceso de justicia indígena son dos de las tareas urgentes del Estado. Es importante mejorar también la promoción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que permitan descongestionar la carga procesal del sector de justicia (Consejo de la Judicatura, 2013).

La reforma de la justicia

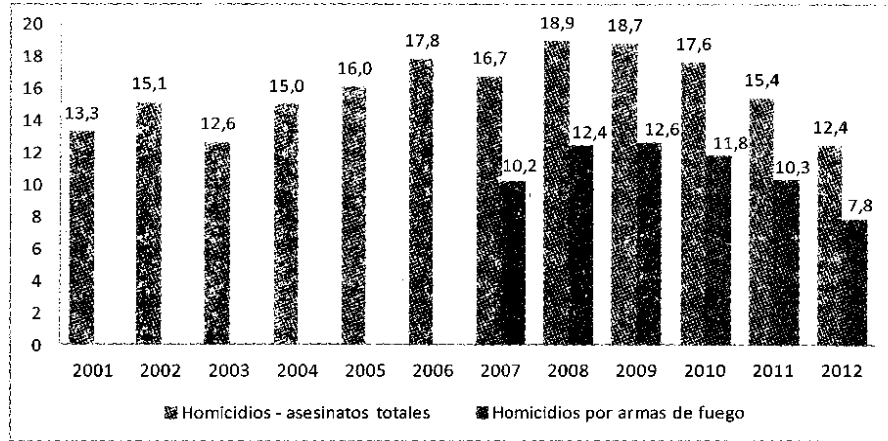
El programa de reestructuración de la Función Judicial, establecido por el Consejo de la Judicatura de Transición, propuso seis ejes estratégicos: talento humano, modelo de gestión, gestión financiera equitativa, infraestructura tecnológica, infraestructura civil y cooperación interinstitucional.

El cumplimiento efectivo de este eje garantiza la disminución en los niveles de causas represadas. Por ejemplo, entre los años 2006 y 2011 (65 meses) se resolvieron 1 520 000 causas. Con el nuevo Consejo de la Judicatura, en tan solo 17 meses (entre julio de 2011 y diciembre de 2012) se resolvieron 2 460 265 causas represadas. De la misma forma, se hizo una adecuada inversión en inmuebles existentes y se edificó la nueva infraestructura de la Función Judicial. A la par, se implementaron tecnologías para incrementar y garantizar la disponibilidad y el acceso a la información, como el Sistema de Información de Justicia 2.0, que es eficiente y eficaz (Consejo de la Judicatura, 2012).

El fortalecimiento de la formación de los operadores de justicia y sus actuaciones es otro de los avances del sector. Por primera vez se realizó un concurso de méritos, oposición e impugnación ciudadana para la selección de nuevos jueces y notarios. Hasta diciembre de 2012 se ha evaluado a más de 5 000 servidores judiciales y está en marcha la Escuela de Formación Judicial (Consejo de la Judicatura, 2013).

Todo esto ha hecho mejorar los niveles de credibilidad ciudadana en la justicia. La confianza en la justicia creció de 3,5 sobre 10, en 2008, a 5,5 en 2012 (Gráfico 6.6.2.). Es importante, para ello, mejorar en la consolidación del sector justicia a través de su fortalecimiento institucional.

Gráfico 6.6.4. Evolución de la tasa de homicidios-asesinatos en Ecuador (2001-2012)



Nota: Por cada 100 mil habitantes.

Fuente: Policía Nacional del Ecuador, 2012a.

Elaboración: Senplades.



Los delitos contra el patrimonio son otra importante fuente generadora de inseguridad ciudadana en la población. El porcentaje de víctimas de robo bajó, entre diciembre de 2011 y diciembre de 2012, del 5,2% al 4,4% del total de la población entre 16 y más años a nivel nacional⁸¹ (INEC, 2012c). Pese a ello, esta técnica de medición solo se ha venido usando de forma reciente en el país y no se puede inferir el comportamiento de años anteriores. Es importante resaltar que el robo a personas en el espacio público es un problema frecuente en casi todos los países de la región y es visto como uno de los principales factores que afectan la seguridad ciudadana (Dammert y Arias, 2007). El robo a vehículos, por su parte, presentó una tendencia decreciente entre 2000 y 2007 y, a partir de 2007, una tendencia al alza, aunque sin alcanzar los niveles del año 2000⁸² (Policía Nacional del Ecuador, 2012a).

Debido a su naturaleza económica, estos delitos tienen una problemática multicausal que estaría explicada por varios factores, como la coexistencia de grandes brechas estructurales de pobreza e inequidad, cambios en los patrones de consumo interno (tecnología, bienes suntuarios, entre otros.), la falta de efectividad de las instituciones de control para su neutralización, la persistencia de patrones de ilegalidad y la proliferación de redes delictuales destinadas a abastecer este mercado ilegal (Ávila, 2011).

La delincuencia organizada es otro de los problemas importantes de la seguridad ciudadana en el país. Un punto aparte tiene el tema del narcotráfico, pues éste se constituye en el principal originador y financista de otros delitos, como el lavado de activos y el tráfico de armas. Con respecto al narcotráfico se pueden señalar varios aspectos; la proximidad geográfica a Colombia y Perú, principales países productores de hoja de coca (insumo esencial para producir el clorhidrato de cocaína), es una de las vulnerabilidades más destacadas. A nivel internacional se suele recurrir a las cifras anuales de incautación de drogas para sopesar la incidencia de este problema en el territorio, aunque muchas veces este indicador es usado por las partes involucradas para mirar la efectividad de las instituciones en la lucha antinarcóticos. Pese a ello, Ecuador demuestra niveles altos de incautación en un contexto regional en el que los cultivos de drogas han disminuido (Gráfico 6.6.5.). Esto demuestra la efectividad en la guerra contra las drogas por parte de las instituciones de control del país, que lo ubican en el segundo lugar de los países con mayor nivel de incautación en el mundo (ONUDD, 2011a).

⁸¹ Se utilizan los datos de la Encuesta de Seguimiento a Hogares del INEC debido a que no se puede inferir directamente un alza o una baja en el delito como producto de las denuncias. Pese a que la Policía ha establecido una metodología de recopilación de denuncias estandarizada en el tiempo, la gestión y la modernización de la denuncia han tenido notables mejoras que inciden en la disminución del subregistro o cifra negra.

⁸² Al contrario de las denuncias de robo a personas, el robo a vehículos es un dato más confiable respecto al universo. Debido a la significancia económica del robo a la víctima, gran parte de los hechos delictivos tienden a ser denunciados en las distintas instancias. En otras palabras, el nivel de subregistro es mucho menor.

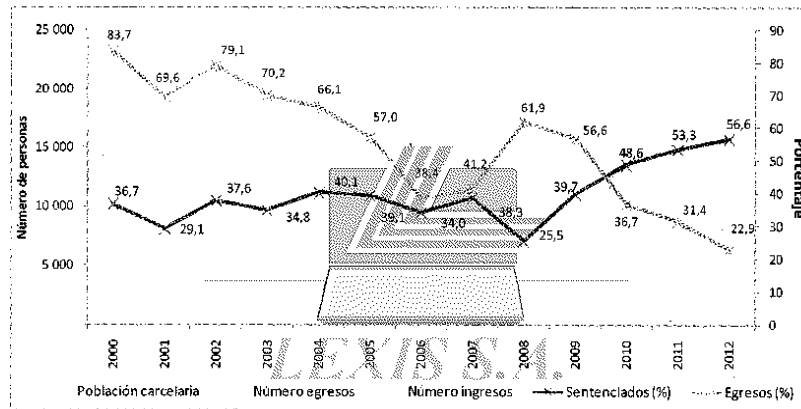
La actual infraestructura carcelaria nacional comprende 35 centros de rehabilitación social a nivel nacional. En promedio, tienen 59 años de construcción: los más antiguos son los de Quito (145 años), Latacunga (122 años) e Ibarra (89 años), los más recientes están en Sucumbios (2 años), Napo (6 años) y Santo Domingo de los Tsáchilas (10 años). Adicionalmente, existen 11 Centros para Adolescentes Infractores (CAI), 3 casas de confianza y 10 Centros de Detención Provisional (CDP)⁷⁹ (MJDHC, 2012a).

En 2012, Ecuador presentó una población de más de 20 869 Personas Privadas de Libertad (PPL). A pesar de que hay necesidad de una mayor capacidad instalada para ellas, la tasa de PPL por habitantes es menor que el promedio de la región. América Latina, para el año 2010, llegó a tener 383 PPL por 100 mil habitantes (Observatorio Hemisférico de Seguridad, 2012). A diciembre de 2012 (año récord), la tasa

de Ecuador llegó a 143,1 PPL por cada 100 mil habitantes (MJDHC, 2012b).

Entre los años 2010 y 2012, la tasa de PPL creció básicamente por un incremento en el número de ingresos al sistema de rehabilitación social, por la reducción sistemática de la proporción de PPL sin sentencia y por la consecuente disminución de egresos producto de los abusos en la aplicación de las garantías penales (Gráfico 6.6.3.). Es importante resaltar también la disminución del porcentaje de la población de reingreso (entrada de personas que pasaron al menos una vez por el sistema penitenciario en su vida con sentencia). En el año 2008, la población de reingreso al sistema fue del 20,8% del total de ingresos al sistema; en el año 2011, esta población disminuyó al 17% (MJDHC, 2012a).

Gráfico 6.6.3. Evolución de la población penitenciaria en Ecuador (2000-2012)



Fuente: MJDHC, 2012b.
Elaboración: Senplades.

La delincuencia común y organizada

La delincuencia común es un problema que afecta tanto a la integridad personal de la población como a su patrimonio. Actualmente, entre los delitos considerados de mayor impacto está el homicidio. La tasa de homicidios-asesinatos de Ecuador llegó a 12,4 por cada 100 mil habitantes en 2012, lo que significa una reducción de más de cinco puntos frente a 2006 (Policía Nacional del Ecuador, 2012a; MICS, 2008). Ecuador se ubica actualmente casi 13 puntos por debajo del promedio regional latinoamericano en homicidios, que llegó a 25 por cada 100 mil habitantes (Observatorio Hemisférico de Seguridad, 2012). Asimismo, en 2011, el homicidio fue la séptima causa de muerte de la población total y la segunda causa de muerte en la población de 15 a 29 años⁸⁰ (INEC, 2011g).

Llama la atención, dentro del descenso de los homicidios, la reducción igualmente significativa de los homicidios por armas de fuego. Pese a que estos se mantienen por encima del 60% del total de homicidios en general, se redujeron de 12,2 en 2006 a 7,7 en 2012, lo que demuestra avances en la política de control de armas en el país (Gráfico 6.6.4.). La tasa regional de homicidios por armas de fuego en la región fue de 11 por cada 100 mil personas en el 2010 (Observatorio Hemisférico de Seguridad, 2012).

⁷⁹ Un dato importante es que, durante 20 años (1987-2007), las administraciones de gobierno entregaron aproximadamente mil plazas adicionales al sistema. Actualmente se encuentran en ejecución y próximos a la entrega: 1) el Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Norte (Latacunga, 3 412 plazas); 2) el Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Sur (Turi, Cuenca, 1 840 plazas); 3) el Centro de Rehabilitación Social Guayas (Guayaquil, 3 412 plazas); y 4) la reconstrucción de doce pabellones en Guayaquil (2 400 plazas, 600 en funcionamiento). Esto es, alrededor de 10 mil nuevas plazas en la capacidad instalada del sistema, en menos de tres años.

⁸⁰ En Ecuador, la tasa de homicidios de personas entre 15 y 29 años, por cada 100 mil habitantes, también ha sufrido disminuciones, la tasa fue de 26,70 en 2010; y, de 23,04 en 2011 (INEC, 2011g).

Anexo 6. Modelo de divorcio por mutuo consentimiento con minuta