UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

"LA UNION DE HECHO EN EL ECUADOR POR ACTO NOTARIAL, LA VIOLACION DE LOS REQUISITOS Y SUS EFECTOS"

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

OMAR SEGUNDO CAJAS SAMANIEGO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. SERVIO VELEPUCHA

LOJA - ECUADOR
2012

CERTIFICACION

Yo, DR. SERVIO VELEPUCHA., Docente de la Carrera de Derecho, Modalidad Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, en mi calidad de Asesor me permito **CERTIFICAR**, que el alumno **OMAR SEGUNDO CAJAS SAMANIEGO,** ha realizado el INFORME FINAL DE TESIS con el tema: **LA UNION DE HECHO EN EL ECUADOR POR ACTO NOTARIAL, LA VIOLACION DE LOS REQUISITOS Y SUS EFECTOS.**, previo a la obtención del grado de Abogado, Mismo que cumple con las exigencias académicas y reglamentarias de la Universidad Nacional de Loja, para este tipo de trabajo, por lo que, autorizo su presentación para su defensa y sustentación, ante el Tribunal de Grado correspondiente.

Loja, noviembre de 2012.

Atentamente,

Dr. SERVIO VELEPUCHA

DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

OMAR SEGUNDO CAJAS SAMANIEGO, en mi calidad de estudiante de la Universidad Nacional de Loja, modalidad de estudio a Distancia, libre y voluntariamente, declaro que soy autor y único responsable de la Tesis cuyo tema es: **LA UNION DE HECHO EN EL ECUADOR POR ACTO NOTARIAL, LA VIOLACION DE LOS REQUISITOS Y SUS EFECTOS,** por lo que libero de toda responsabilidad a la Universidad Nacional de Loja, la misma que queda autorizada para que disponga de esta Tesis y de sus contenido en la forma que mejor le parezca para sus fines académicos.

Omar Segundo Cajas Samaniego

AGRADECIMIENTO

Mi particular agradecimiento al señor doctor Servio Velepucha., distinguido catedrático de la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA, a su Àrea Jurìdica, Social y Administrativa**; a todos sus Catedráticos, personal Directivo y Administrativo quienes de manera desinteresada me han brindado sus conocimientos, experticia y amistad para elaborar y culminar esta Tesis.

A todos quienes directa e indirectamente han coadyuvado para que este estudio e investigación llegue a su fin y de esta manera aportar a la cultura jurídica del país.

OMAR CAJAS SAMANIEGO

DEDICATORIA

EN PRIMER LUGAR DESEO EXPRESAR MI AGRADECIMIENTO AL TUTOR DE LA TESIS, POR LA DEDICACIÓN Y APOYO QUE HA BRINDADO A ESTE TRABAJO, POR EL RESPETO A MIS SUGERENCIAS E IDEAS Y POR LA DIRECCIÓN Y EL RIGOR QUE HA FACILITADO A LAS MISMAS. GRACIAS POR LA CONFIANZA OFRECIDA DESDE QUE LLEGUÉ A ESTA UNIVERSIDAD.

ASIMISMO, HA MIS COMPAÑEROS DE ESTUDIOS LUIS, JORGE, POR SU APOYO PERSONAL Y HUMANO, CON QUIENES HE COMPARTIDO PROYECTOS E ILUSIONES DURANTE ESTOS AÑOS.

UN TRABAJO DE INVESTIGACIÓN ES SIEMPRE FRUTO DE IDEAS, PROYECTOS Y ESFUERZOS PREVIOS QUE CORRESPONDEN A OTRAS PERSONAS. EN ESTE CASO MI MÁS SINCERO AGRADECIMIENTO A LAS ENTIDADES QUE FACILITARON DOCUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.

PERO UN TRABAJO DE INVESTIGACIÓN ES TAMBIÉN FRUTO DEL RECONOCIMIENTO Y DEL APOYO VITAL QUE NOS OFRECEN LAS PERSONAS QUE NOS ESTIMAN, SIN EL CUAL NO TENDRÍAMOS LA FUERZA Y ENERGÍA QUE NOS ANIMA A CRECER COMO PERSONAS Y COMO PROFESIONALES.

GRACIAS A MI FAMILIA, A MIS PADRES Y A MI HERMANA, PORQUE CON ELLOS COMPARTÍ UNA INFANCIA FELIZ, QUE GUARDO EN EL RECUERDO Y ES UN ALIENTO PARA SEGUIR ESCRIBIENDO SOBRE LA INFANCIA.

GRACIAS A MIS AMIGOS, QUE SIEMPRE ME HAN PRESTADO UN GRAN APOYO MORAL Y HUMANO, NECESARIOS EN LOS MOMENTOS DIFÍCILES DE ESTE TRABAJO Y ESTA PROFESIÓN.

PERO, SOBRE TODO, GRACIAS A MI ESPOSA Y A MIS HIJOS, POR SU PACIENCIA, COMPRENSIÓN Y SOLIDARIDAD CON ESTE PROYECTO, POR EL TIEMPO QUE ME HAN CONCEDIDO, UN TIEMPO ROBADO A LA HISTORIA FAMILIAR. SIN SU APOYO ESTE TRABAJO NUNCA SE HABRÍA ESCRITO Y, POR ESO, ESTE TRABAJO ES TAMBIÉN EL SUYO.

A TODOS, MUCHAS GRACIAS.

OMAR CAJAS SAMANIEGO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4.- REVISIÒN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO

4.1.2 CONCEPTO DE UNIÓN DE HECHO

4.1.3 CONCEPTO DE FE PÚBLICA

4.1.4 CONCEPTO DE ACTO

4.1.5 CONCEPTO DE ACTO JURÍDICO:

4.1.6 CONCEPTO DE NOTARÍA

4.1.7 CONCEPTO DE NOTARIO

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 FUNDAMENTACION TEORICA.

4.2.2 DERECHO NOTARIAL

4.2.2.1.EVOLUCION HISTORICA

4.2.3.1. REQUISITOS PARA SER NOTARIO.

4.2.3. EL NOTARIO, EVOLUCION HISTORICA

4.2.3.3 RESPONSABILIDADES

4.2.3.2. – FUNCIONES

4.2.4 LA UNION DE HECHO.

4.2.5 EL DERECHO NOTARIAL SEGUN AUTORES EXTRANJEROS

4.2.6 DERECHO NOTARIAL.

4.2.7 ACTOS Y CONTRATOS NOTARIALES

4.2.8 EL ACTA

4.2.9 INSTRUMENTOS PÚBLICOS.

4.2.3. CLASIFICACION DE LOS ACTOS NOTARIALES

4.2.4. REQUISITOS EN LA UNIÓN DE HECHO

4.2.5 PRINCIPIOS NOTARIALES

4.2.5.1 DEFINICIONES

4.2.5.2 IMPORTANCIA

4.2.5.3 PRINCIPIOS APLICABLES A LA FUNCION NOTARIAL

4.2.6.1 EL MATRIMONIO

4.2.6.1.1 DEFINICION.

4.2.6.1.2 RESEÑA HISTORICA

4.2.6.1.3 REQUISITOS

4.2.6.1.4 FORMALIDADES

4.2.6.1.5 SOLEMNIDADES

4.2.6.1.6 CAUSALES DE DISOLUCION

4.2.6.1.7. EFECTOS

4.2.7 LA UNION DE HECHO

4.2.7.1 DEFINICION

4.2.7.2 CAUSAS

4.2.7.3 EFECTOS

4.2.7.4 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE MATRIMONIO y UNION DE HECHO.

4.2.8 FORMACION DE LA UNION DE HECHO.

4.2.8.1 REQUISITOS

4.2.8.2 PROCEDIMIENTO POR ACTO NOTARIAL

4.2.9 TERMINACION DE LA UNION DE HECHO

4.2.9.1 REQUISITOS

4.2.9.2 PROCEDIMIENTO POR ACTO NOTARIAL

4.2.9.3 CAUSAS Y EFECTOS

4. 4.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

4.3.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

4.3.3 CÓDIGO CIVIL

4.3.4 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

4.3.5 LEY NOTARIAL

4.4 DERECHO COMPARADO

4.4.1 REPÚBLICA DE BRASIL

4.4.2 REPÚBLICA DE COLOMBIA

4.4.3 REPÚBLICA DE CUBA Y EL DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1 MATERIALES

5.2. METODOS

5.3. PROCEDIMIENTOS

5.4. TECNICAS

5.5. POBLACION Y MUESTRA

6.- RESULTADOS

6.1. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS A LOS SEÑORES ABOGADOS, NOTARIOS Y JUECES

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.1. OBJETIVO GENERAL

7.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

7.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA.

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROYECTO DE REFORMAS AL CÒDIGO CIVIL Y A LA LEY NOTARIAL.

10. BIBLIOGRAFIA

11. ANEXOS.

INDICE

TITULO

“LA UNION DE HECHO EN EL ECUADOR POR ACTO NOTARIAL, LA VIOLACION DE LOS REQUISITOS Y SUS EFECTOS”

2. RESUMEN

Hemos tomado como tema de nuestro trabajo de Tesis: **LA UNION DE HECHO EN EL ECUADOR POR ACTO NOTARIAL, LA VIOLACION DE LOS REQUISITOS Y SUS EFECTOS,** en razón de que se trata de un problema muy generalizado en la práctica notarial y que causa graves perjuicios a las finalidades y principios del Derecho Notarial, especialmente a la fe pública.

En razón de la importancia del tema, en la investigación hemos analizado a profundidad el problema de la concesión u otorgamiento de una declaratoria de unión de hecho con mínimos requisitos que son fáciles de ser vulnerados en vista de que se refieren prácticamente a la simple afirmación que hacen los intervinientes, lo que se presta a que se otorguen declaraciones de unión de hecho basadas en la falsedad y engaño.- Enfocado el problema en todas sus aristas, planteamos como objetivo general, la elaboración de un anteproyecto de reformas a la Ley Notarial para ampliar los requisitos y exigencias para que se declare la existencia de una unión de hecho, en base de una investigación científica que se expresa en el marco teórico, con temas y subtemas pertinentes, que nos conducen a plantear la propuesta, gracias a que la investigación nos ayuda a realizar una reseña del Derecho Notarial en General; Evolución Histórica, de lo que encierra ser Notario, Requisitos, etc., pasando a la investifgación en que se habla respecto de las funciones y responsabilidades de este cargo, investigando y estableciendo lo

relacionado a los Actos y Contratos Notariales, Principios Notariales, llegando al Matrimonio y concluir con la unión de hecho, abarcando cada uno de estos temas en la extensión y concordancia con aquel que es materia de estudio; en virtud a que nuestra investigación cualitativa y cuantitativa ha pasado por los principales métodos, y especialmente por la técnica de la encuesta que nos ha permitido llegar a conclusiones y recomendaciones que han sido debidamente sustentadas.

Por opiniones de expertos, estimamos que los campos de la presente tesis, en la forma que la hemos tratado, cumplen a cabalidad la línea de investigación que rige en nuestra Institución.

2.1 ABSTRACT

We have taken as our theme Thesis: THE UNION OF MADE IN ECUADOR BY ATTORNEY ACT, THE VIOLATION OF THE CONDITIONS AND EFFECTS, on the grounds that this is a widespread problem in notarial practice and causes serious damage to the purposes and principles of the Notary Law, especially public faith.

Because of the importance of the subject, in chapter I have discussed in depth the issue of granting or granting of a declaration of common-law with minimum requirements that are easy to be violated given that practically refer to the simple statement making the participants, which lends itself to being granted joint statements of fact based on falsehood and deception. - Focused on all edges problem, we propose general objective, the preparation of a preliminary draft amendments to the Law Attorney to expand the requirements and demands to declare the existence of a union, based on scientific research that is expressed in the theoretical framework, with relevant topics and subtopics, which lead us to raise the proposal, thanks to the first three chapters do a review of the Attorney General Law; historical evolution of what is in being a notary, requirements, etc.., from the chapter that talks about the roles and responsibilities of this position, researching and establishing it relates to Notarial acts and contracts, notarial Principles, reaching Marriage and conclude with the union, covering each of these topics in the extent and consistent with that which is studied, by virtue of our

qualitative and quantitative research has been through the main methods, and especially the survey technique has allowed us to reach conclusions and recommendations have been duly supported.

For expert opinions, we estimate that the chapters of this thesis, in the way we have treated, fully meet the research that prevails in our institution.

3.- INTRODUCCION

Se ha considerado como tema de la presente tesis: “LA UNION DE HECHO EN EL ECUADOR POR ACTO NOTARIAL, LA VIOLACION DE LOS REQUISITOS Y SUS EFECTOS”, por su importancia actual en el campo notarial, a través del cual se giran hoy gran parte de relaciones jurídicas y legalización de residencia de extranjeros en nuestro país.

La falta de normativa clara, del cumplimiento de mayores requisitos ha permitido que se vulnere la fe pública y que se permita que personas que ni siquiera han estado unidas de manera estable, continua, monogamia y por el lapso de dos años, hayan conseguido de Juzgados y Notarías declaratorias de uniones de hecho falsas, con el único fin de legalizar su permanencia en el país, de ahí que se considera que como un requisito adicional a los ya existentes se debería exigir, ejemplificativamente, movimiento migratorio, declaración jurada de testigos, pruebas de permanencia, estabilidad económica, trabajo, etcétera que determinen de manera inmácula que dicha pareja ha estado unida y en permanencia en el país por el lapso que exige la ley.

Uno de los problemas en nuestra legislación, es que tenemos disposiciones que se hallan dispersas en varias leyes respecto a la Unión de Hecho, así, encontramos normas en la Constitución, en el Código Civil, en la Ley que Regula las Uniones de Hecho y en la Ley Notarial, que deberían encerrarse

en un solo cuerpo legal con el aditamento de requisitos como los que se ha dejado señalados, lo que trae como consecuencia que muchas declaraciones de unión de hecho sean obtenidas falseando a la verdad y que esta inducción a engaño no llega a ser sancionada civil y penalmente, civilmente declarando la nulidad de dicha declaratoria y penalmente con la respectiva imposición de la pena por inducción a engaño a la autoridad sea esta judicial, administrativa y/o notarial, permitiendo la impunidad y su consecuente perjuicio, es por esto, que, insistiremos en que se debe unificar en un solo Código o Ley la Institución Jurídica de la Unión de Hecho con normas y procedimientos eficaces y claros, para determinar o establecer sus causas, efectos y sanciones y evitar precisamente la violación de la ley, aplicando los principios de seguridad jurídica, legalidad, de la fe pública notarial, etcétera.

La falta de unicidad y claridad jurídica, ha traído graves problemas y consecuencias jurídicas, permitiendo que se obtenga la nacionalidad ecuatoriana por parte de extranjeros quienes sin cumplir con los requisitos de ley vienen a competir con los ecuatorianos en todo ámbito sea comercial, laboral, profesional, etc., perjudicando a nuestros connacionales y haciendo tabla raza del ordenamiento legal ecuatoriano.

En la Ley Notarial, específicamente en las prohibiciones al Notario, hace referencia a la simulación, cuando prohíbe al Notario, celebrar actos o contratos simulados, pero la permisividad de la norma y la falta de requisitos

contundentes para probar la existencia de la unión de hecho deja abierta la posibilidad para que se realicen actos ilegales, falsos, vulnerando la seguridad jurídica.

Por estos fundamentos básicos vienen a constituir la base para que se haya escogido este tema de tesis, por su gran importancia en el campo jurídico y en el notarial particularmente, cuyo objetivo es evitar se otorgue la residencia, nacionalidad de extranjeros y que si se declara la existencia de una unión de hecho se lo haga en base a normas claras y precisas.

En consecuencia lo que se pretende es, crear normas claras, principios, procedimientos y reglas expresas, que especifiquen y tipifiquen lo que constituye el acto o contrato simulado, y establecer sus efectos y sanciones, en busca de una justicia diáfana que garantice los principios constitucionales al debido proceso.

Para lograr estos objetivos, se ha considerado imprescindible no solamente la preparación académica y técnica del funcionario competente, no sin antes también reformar o ampliar las normas contenidas en el Código Penal y la Ley Notarial, de manera urgente.

Hemos tomado como tema de nuestro trabajo de Tesis: LA UNION DE HECHO EN EL ECUADOR POR ACTO NOTARIAL, LA VIOLACION DE LOS REQUISITOS Y SUS EFECTOS, en vista de que en la práctica jurídica

se ha llegado a detectar que existen vacíos legales en las normas que la regulan, que permiten que esta Institución Jurídica sea vulnerada, que se pueda inducir a engaño a las autoridades judiciales, administrativas, a los Notarios Públicos y conseguir que se declare una unión de hecho sin que esta cumpla con los requisitos legales, afectando al Estado de Derecho que es el Ecuador, a la sociedad y a la misma convivencia social; en tanto en cuanto, se ha valido de esta unión para conseguir legalizar la residencia de extranjeros que de manera indiscriminada han ingresado al país por la permisividad de nuestra Ley Migratoria, así las cosas no se cumple ni los requisitos mínimos para ser otorgada o declarada una unión de hecho por parte de quienes aducen tenerla, quienes mal asesorados por abogados que toman o miran al Derecho simplemente como una mercancía que les faculta obtener cuantiosos honorarios se valen de la enunciada vulnerabilidad de la Ley, de la declaración de la voluntad soberana, causando graves perjuicios a las finalidades y principios del Derecho Notarial, especialmente al de la fe pública que debe ser dada en mérito al total convencimiento que los actos de quienes intervienen en un asunto jurídico o notarial deben siempre estar enmarcados en la más prístina verdad, ser absolutamente legales y de esta manera dar seguridad jurídica a todos los miembros de la sociedad ecuatoriana.

Enfocado el problema en todas sus aristas, planteamos como objetivo general, la elaboración de un anteproyecto de reformas a la Ley Notarial para ampliar los requisitos y exigencias para que se declare la existencia de

una unión de hecho, en base de una investigación científica que se expresa en el MARCO DOCTRINARIO, con temas y subtemas pertinentes, que nos conduce a plantear la propuesta, gracias a que en la investigación hacemos una reseña del Derecho Notarial en General; Evolución Histórica, de lo que encierra ser Notario, Requisitos, etc., pasando al siguiente tema en el cual se habla respecto de las funciones y responsabilidades de este cargo, investigando y estableciendo lo relacionado a los Actos y Contratos Notariales, Principios Notariales, llegando al Matrimonio y concluir con la unión de hecho, abarcando cada uno de estos temas en la extensión y concordancia con aquel que es materia de estudio; en virtud a que nuestra investigación cualitativa y cuantitativa ha pasado por los principales métodos, y especialmente por la técnica de la encuesta que nos ha permitido llegar a conclusiones y recomendaciones que han sido debidamente sustentadas.

Por criterios de conocedores, doctrinarios, abogados en libre ejercicio, Notarios, expertos, estimamos que los capítulos de la presente tesis, en la forma que la hemos tratado, cumplen a cabalidad la línea de investigación que rige en nuestra Institución.

Así estructurada la tesis, a través de cada uno de sus temas y subtemas, ha sido posible analizar su contenido, en lo que a la UNION DE HECHO se refiere. Se ha podido deducir que la misma, en nuestra legislación, no posee una normativa clara, dando lugar a interpretaciones y acciones ambiguas o

contradictorias de procedimiento tanto en lo civil, cuanto en lo Notarial, permitiendo que se utilice esta Institución para protervos fines.- Se ha podido constatar que nuestras actuales normas legales en relación con la unión de hecho, son vulnerables o fáciles de vulnerar, que no son debidamente claras y suficientes para garantizar su existencia y declararla con la seguridad que el hecho amerita, tornando frágiles los actos notariales en este sentido, dejando en vilo a la fe pública, lo que ha dado lugar a la violación de normas constitucionales y a los principios de seguridad jurídica, etcétera, lo que acarrea graves problemas y perjuicios a la sociedad ecuatoriana en su conjunto, dando lugar a que se legalicen uniones inexistentes y que con ello se legalice la permanencia de extranjeros que aupados por asesores nacionales vulneran las leyes migratorias lo que en último término afecta a los ecuatorianos.

Es decir, se ha enfocado las causas de la fragilidad de la normativa legal en lo que respecta a los requisitos para que se declare la unión de hecho en el Ecuador,, los problemas que produce y sus efectos, de tal forma que visto así, se ha considerado como objetivos primordial, establecer soluciones eficaces, las mismas que las podemos encontrar con la expedición de leyes claras, unificadas, o reformarlas las que ya existen, concretamente el Código Civil, la Ley que regula las Uniones de hecho y Ley Notarial, establecer efectos y sanciones para la falsedad en los actos notariales relativos a la Unión de hecho, evitando así graves perjuicios y procedimientos ambiguos, permitiendo juzgarlos con equidad y justicia, evitando la impunidad,

aplicando en el caso que así lo amerite al menos las sanciones establecidas en el Art. 296 del Código Penal.

Con este fin hemos hecho uso de varias herramientas de trabajo, como son métodos y técnicas de investigación, tales como doctrina con la ayuda bibliográfica, entrevistas a Jueces, Notarios, abogados en libre ejercicio profesional, lo que nos ha permitido aclarar el problema de la liviana o permisiva normativa legal con respecto a la Unión de hecho, sus causas y efectos; planteando soluciones prácticas a este problema, lo que se encuentra claramente establecido en la investigación.

4.- REVISIÒN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Concepto de Matrimonio:

En Wikipedia encuentro el siguiente significado: "El matrimonio (del latín: matrimonĭum)**1** es una **institución social** que crea un vínculo **conyugal** entre sus miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres. El matrimonio establece entre los cónyuges —y en muchos casos también entre las familias de origen de éstos— una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el **derecho**, que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la **filiación** de los hijos procreados o adoptados de sus miembros, según las reglas del **sistema de parentesco** vigente".[1]

En la página definición de se encuentra el siguiente significado: "El término **matrimonio** proviene del latín ***matrimonĭum***. Se trata de la **unión** de un **hombre** y una **mujer** que se concreta a través de determinados ritos o trámites legales. En los últimos años, cada vez más **Estados** han aceptado el matrimonio entre **personas** del mismo sexo, con lo que esta unión conyugal ha dejado de ser patrimonio de la heterosexualidad."[2]

[1] WIKIPEDIA, pp disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio
[2] DEFINICION.DE, pp disponible en: http://definicion.de/matrimonio/

4.1.2 Concepto de Unión de hecho:

Transcribo el siguiente concepto: "Es la unión de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio, siempre que exista hogar y vida en común, se haya mantenido constantemente por mas de tres años ante familiares y relaciones sociales cumpliendo con los fines del matrimonio."[3]

Para una mejor comprensión del concepto en referencia expongo el siguiente concepto:

"La convivencia de dos personas varón y mujer libres de matrimonio (ósea que ninguno es casado con otra persona) da origen a una forma jurídica que el Estado protege y a la que llama UNION DE HECHO esta unión para que sea reconocida debe ser solicitada al Juez y contar con ciertos requisitos.

Requisito de unión de hecho:

La convivencia debe tener una duración mínima de 2 años continuos.
La prueba de la convivencia debe constar por escrito.
Ninguno debe estar casado con tercera persona." [4]

4.1.3 Concepto de Fe Pública

Expongo los siguientes conceptos: " Autorización oficial por la que algunos funcionarios avalan la autenticidad de un documento y la veracidad de su contenido."[5]

---

[3] TNRELACIONES, pp disponible en: http://www.tnrelaciones.com/cm/preguntas_y_respuestas/content/11/1112/es/uni%F3n-de-hecho-definici%F3n-y-elementos.html
[4] ABOGADO DE PAMILIA PERU, pp disponible en: http://abogadodefamilia.pe/uniondehecho.html

“Se define a la "fe" como la creencia que se da a las cosas por la autoridad de quien las dice, o por su fama pública. Etimológicamente, deriva de “fídes”, jurídicamente del griego “peitheio”, que significa “yo persuado”. Se entiende por 'público' lo que es notorio, manifiesto, patente; aquello que lo conocen o saben todos.”[6]

4.1.4 Concepto de Acto, según el concepto que da el doctrinario Guillermo Cabanellas, en su obra Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, es la manifestación de voluntad o de fuerza. Hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana. Instante en que se concreta la acción. Ejecución, realización, frente a proyecto, proposición o intención tan solo. Celebración, solemnidad**.** [7]

4.1.5 Concepto de Acto jurídico: Es la declaración unilateral o bilateral de la voluntad realizada conforme a la Ley y destinada a producir efectos jurídicos. Así tenemos que, cuando provienen de Órganos administrativos, se denominan actos administrativos y, si provienen de la función jurisdiccional, son autos, decretos y sentencias.

4.1.6 Concepto de Notaría “La Notaría es una entidad de creación legal, es decir, que el gobierno nacional a través del Presidente de la República y el Ministro del Interior y de Justicia disponen su creación.

---

[5] DERECHO.COM pp disponible en: http://www.derecho.com/c/Fe_p%C3%BAblica
[6] LITERATURA JURÍDICA: pp disponible en: http://literanic.blogspot.com/2011/03/concepto-de-fe-publica.html
[7] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Décima Cuarta Edición, 1986.

Carece de personería jurídica y su representación se ejerce a través del Notario, como persona natural.”8

Completo este concepto con la siguiente transcripción: “Una **notaría** es el lugar (oficina) donde ejerce su profesión el Notario.”[9]

4.1.7 Concepto de Notario:“Es un funcionario público (trabajador que desempeña funciones en un organismo del Estado y que representa al poder público) que “eleva” los documentos privados a públicos (por ejemplo una compra venta) mediante su firma y “sello”. [10]

“Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes. Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de la Corte.”[11]

---

[8] NOTARIA 37 BOGOTA, pp disponible en: http://notaria37bogota.com/index.php?option=com_content&view=category&id=31:general&Itemid=43&layout=default

[9] AYUDA NOTARIOS Y NOTARÍAS: pp disponible en: http://www.ayuda-notariosynotarias.com/que-es-un-notario/index.html

[10] AYUDA NOTARIOS Y NOTARÍAS: pp disponible en: http://www.ayuda-notariosynotarias.com/que-es-un-notario/index.html

[11] LEY NOTARIAL, artículo 6, pp 1, Gaceta Judicial serie X, no. 15, disponible en: http://www.ramajudicial.pr/EvaluacionFuncionNotarial/pdf/Ecuador-Ley-Notarial.pdf

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1.- FUNDAMENTACION TEORICA.

La elaboración de un anteproyecto de reformas a la Ley Notarial para ampliar los requisitos y exigencias para que se declare la existencia de una unión de hecho, en base de una investigación científica que se expresa en el marco teórico, con temas y subtemas pertinentes, contiene la estructura de la presente tesis, investigación mediante la cual, en su desarrollo, iremos constatando su fundamentación científico – doctrinaria, ya que, cada uno de los enunciados temas y subtemas sentará pilares fundamentales para entender mejor lo que constituye la unión de hecho por acto notarial, violación de los requisitos y sus efectos, lo que me conduce a plantear la propuesta, hago una reseña del Derecho Notarial en General; Evolución Histórica, de lo que encierra ser Notario, Requisitos, etc., pasando al párrafo que se habla respecto del Notario, antecedentes históricos, funciones y responsabilidades de este cargo, investigando y estableciendo lo relacionado a los Actos y Contratos Notariales, Principios Notariales, llegando al Matrimonio y concluir con la unión de hecho, abarcando cada uno de estos temas en la extensión y concordancia con aquel que es materia de estudio; a fin de encontrar soluciones jurídicas a los vacíos legales, en virtud a que nuestra investigación ha pasado por los principales métodos, y especialmente por la técnica de la encuesta que nos ha permitido llegar a conclusiones y recomendaciones que han sido debidamente sustentadas, lo que nos ha llevado a establecer con claridad meridiana el origen del problema de realizar uniones de hecho sin el cumplimiento de requisitos determinantes que establezcan

que dicha unión no es forjada; detallando causas, factores, consecuencias, ante lo cual a la vista se ponen los requerimientos de impulsar soluciones que vayan en beneficio de las partes involucradas, de la seguridad jurídica, del debido proceso, a través de la reforma legal, específicamente a la ley Notaria, Código Civil, Ley que Regula las Uniones de Hecho; a más de la reforma legal se debe propugnar la capacitación de los profesionales, estudiantes, auxiliares, Notarios, administradores de justicia y personas inmiscuidas en el ámbito del Derecho; se debe dotar de capacitación técnica que asegure que no se vulnere la justicia y se actúe fuera del ámbito legal.

Sobre la base de los justificativos expuestos, nos permitimos establecer el desarrollo del temario de la tesis que es materia de la investigación.

4.2.2 DERECHO NOTARIAL

4.2.2.1. EVOLUCION HISTORICA

Conforme a los estudios realizados, el Notario es un funcionario muy antiguo, prácticamente se lo conoce desde los albores de la humanidad en sociedad; su denominación o conceptuación varía según el pueblo o sociedad; y, aún dentro de éstos según la época; pero, su actividad ha guardado lineamientos comunes que lo singularizan o identifican; revisadas enciclopedias y doctrina, se enuncia que los primeros pueblos u organizaciones sociales humanas en que se lo ubica son: Palestina, Egipto, Grecia y Roma.

Así las cosas, se puede decir que el Notario se remonta al Escriba, quien se dice en un comienzo perteneció a una clase social popular que tenía sin embargo gran conocimiento de la ley lo que le permitía asesorar, interpretar y aconsejar, llegando muchas veces por ello a ser consejero del Rey de turno. De otro lado, su actividad profesional desde el principio parece que estuvo encaminada al registro de patrimonios: personales, colectivos e incluso Estatales, esto, sin lugar a dudas lo llevó a tener en poco tiempo vinculación con altas esferas y poder, de los cuales se hizo partícipe. En Egipto el título de Escriba fue conferido por centros de estudios, como una especialización.

En la época del Faraón Ramses II (Sesostris) año 1330 A. de C., el escriba era una especie de Primer Ministro que era a la vez Escribano - Secretario Real, actuaba con un numeroso cuerpo de empleados a sus órdenes y tenía por misión, entre otras igualmente importantes, aconsejar el aumento o disminución de los impuestos y contribuciones sobre el arrendamiento de tierras públicas, teniendo prácticamente a su cargo el manejo de los intereses materiales del Reino.

Entre los hebreos, el escriba es versado en la Ley Mosaica, íntimamente ligada a los sacerdotes y la religión, su formación ética - moral es paralela a la formación intelectual; enseñaba el conocimiento de los libro sagrados y su palabra era la ley, a tal punto que el TALMUT prescribe: “El que olvida un precepto enseñado por un escriba debe perder la vida.

Los evangelios establecen que los Escribas unidos a los Fariseos discutieron con Cristo, quien los llamó sepulcros blanqueados. Es con la invasión romana que el

escriba pierde vigencia y poder; pero no desaparece, se lo encuentra en plazas públicas y mercados redactando documentos que requieren de la palabra escrita.

Desde tiempos remotos, el hombre ha buscado seguridad jurídica y agilidad en sus actos y contratos. Si antes no existió el desarrollo jurídico, tecnológico y científico en el campo Notarial, comparados a la actualidad y que no es suficiente, y lo más grave, no se conocía la escritura, se utilizaba por ejemplo pruebas testimoniales para dejar constancia de su negocio jurídico, es decir, se desconocía el Derecho Notarial y más normas jurídicas conexas, como hoy las tenemos aunque no en forma suficiente. Con la advenimiento de la escritura, se comienza a dar forma jurídica al Derecho Notarial que hoy conocemos, a través de los llamados Escribanos, hoy Notarios investidos de fe pública con sus respectivas atribuciones, deberes y prohibiciones.

Del Derecho Notarial ya se conocían regulaciones y técnicas notariales, tal es el caso de Castilla –España- que era regulado por los Reyes Católicos en la Pragmática de Alcalá que perfeccionaría las viejas disposiciones de las Leyes del Estilo y Las Partidas, también las tenemos en Alemania, Argentina, Italia, entre otros países europeos, España e Italia en especial.

El Derechos Notarial, tiene su punto de partida en la época colonial. Se dice que con el descubrimiento de América realizado por los españoles, el primer documento notarial en América, -acta- es el celebrado por Don Rodrigo de Escobedo, que es el Escribano de toda la armada en dicha expedición, primer viaje, acompañante de Cristóbal Colón, por orden de los Reyes de España, por ser el primero en pisar tierra

americana, considerándole por lo tanto el primer Notario de América, acta por la cual se toma posesión de la isla que el Almirante llamó San Salvador.

Se dice que en el Ecuador, en esa época existieron los Escribanos de Minas, de Gobernación, Cabildo y Número, Públicos y Reales, Notarios Eclesiásticos y Escribanos de Cámaras, regidas por las Leyes de Indias.

En la época republicana, se dice que la actuación de los Escribanos, competía a los jueces.

En el año 1937, mediante Decreto Supremo dictado por el Ingeniero Federico Páez, Presidente del Ecuador, se da al Notario autonomía en sus funciones, dándole atribuciones para celebrar actos y contratos, sin que exista como en la actualidad una Ley Notarial que regule dichos actos y contratos y al Notario en cuanto a su definición y su función, rigiéndose en leyes dispersas como el Código Civil, Código de Procedimiento Civil.

Hasta que en el Gobierno Interino de Don Clemente Yerovi Indaburo, se expide la Ley Notarial, la misma que fue publicada en el Registro Oficial Número 158 del 11 de noviembre de 1966.

En el año 1974 en el Gobierno del General Guillermo Rodríguez Lara, se dicta una nueva Ley Notarial, con importantes avances legales como es el que los actos y

contratos se incorporen a los protocolos a su cargo y, se escriban a máquina y dejen de ser manuscritos.

En el año 1978, al Notario se le confieren nuevas facultades, a través del artículo18 de la Ley Notarial.

También se dan importantes reformas a dicha Ley, en el año de 1986, luego en 1996 y finalmente en el año 2006, vigentes hasta la actualidad, pero que no son suficientes, pues existen vacíos legales, razón más que suficiente para proponer este ante proyecto de Ley reformatoria que planteamos.

En fin, tenemos diferentes concepciones en cuanto a la evolución del Derecho Notarial, lo importante es que con el pasar de los tiempos, El Derecho Notarial, ha alcanzado gran desarrollo y perfección aunque no en su totalidad, en los distintos Países del mundo, hasta que en la actualidad en el Ecuador por ejemplo el Derecho Notarial ha tomado gran fuerza, haciendo que los documentos notariales, inclusive sirvan de prueba plena en juicio, salvo excepciones previstas en la ley, constituyéndose de esta manera en un en derecho autónomo, gracias a esa evolución y perfeccionamiento y, es evidente que el Notario, ha jugado un papel preponderante, lo que es muy positivo para los pueblos en general, puesto que a través de estos avances inclusive tecnológicos, científicos jurídicos, actualmente los negocios de las personas a través de los distintos actos y contratos, estén más garantizados jurídica y económicamente, sin que esto signifique la última palabra, no obstante los resultados

son positivos y valederos, ya que gracias a ellos hemos entrado en el campo del Derecho Positivo, en pos de la seguridad jurídica.

4.2.3. EL NOTARIO, EVOLUCION HISTORICA

Si nos referimos a una breve reseña histórica, se ha dicho que el Notario tiene su origen por influencia del Derecho Romano, desarrollándose en países que practicaban ya la escritura, como son Egipto, Grecia y con distintas denominaciones. En Egipto se le conocía como ESCRIBA, título conferido por los centros de estudio; en Grecia se eran los LOGOGRAFOS, que eran los contadores, que se encargaban de las cuentas estatales y de los registros públicos. Aquí vale tomar en cuenta que ya existían los Registros, específicamente los hoy llamados de la Propiedad y Mercantiles, lo que nos evidencia los avances logrados en nuestra legislación y no solo en esta materia, comparados a esa época.

Sin embargo, a raíz de la invasión romana, el escriba pierde vigencia en cierto modo, pero recoge una formal función pública notarial, apareciendo dos clases de funcionarios públicos para autorizar los instrumentos públicos, esto es, los llamados tabularios que eran los encargados de custodiar los documentos del Estado; y, los tabelliones, que eran personas públicas encargados de redactar los actos escritos a petición de parte en su presencia y de testigos, que hoy equivale decir, a los Notarios.

En Francia nace la primera manifestación del notariado como auténtica función pública, creándose los judices chartularii, esto es, personajes investidos de potestad

estatal con facultades para reducir a instrumento amparado de alguna forma con fe pública, las declaraciones de voluntad de los contratantes, mientras tanto dicha función estaba a cargo de los condes, obispos y otras autoridades, incluyendo a clérigos que hacían las veces de Notarios. Lo cierto es que existía una gran clase dominante y política, llamada plaga, por existir Notarios especiales pero empírica, para la clase alta.

En España se da con las PARTIDAS, la primera reglamentación formal del Notariado, reconociéndose al notariado como una INSTITUCION POTESTATIVA DE FE PUBLICA, reglamentándose como hasta hoy, los requisitos para su nombramiento, ante la proliferación de tipo político y económico, que suelen darse en la época actual, aunque no con todos y en todos los casos.

El Notariado y la función notarial no es algo nuevo, sus inicios se dan en los albores de la sociedad, que, en busca de seguridad y certeza de los diversos hechos, actos y contratos que se dan en las relaciones de sus miembros y que tienen efectos jurídicos, se fue adaptando a sus necesidades y a la realidad de cada momento histórico, a los requerimientos de la sociedad humana que son dinámicos, es decir, que cambian, aumentan o crecen día a día en las relaciones interpersonales. La denominada fe pública ha pasando por su carácter religioso – divino, familiar, costumbrista, popular, ritual, testimonial, instrumental, llegando finamente a la regulación legal por parte del Estado.

La necesidad intrínseca del hombre, propia de su naturaleza del hombre, esto es la de buscar y obtener seguridad en sus actuaciones, hizo que se cree dentro del Estado, como necesidad asimismo, la de mantener el orden entre sus asociados y cuidar que se respete los derechos y obligaciones de éstos y por ende brindar este servicio a sus miembros, a través de la función notarial, la misma que se ha delegado al Notario. De lo que puede deducirse, que la función notarial es función impuesta por razones de necesidad social, pero concebida y estructurada bajo principios diferentes.

Esta función fedante, certificante, autenticante, como quiera llamársela, de tanta importancia a lo largo de la historia, como se indica ha ido creciendo constantemente y a la vez ajustándose a las necesidades del ser social llamado hombre y va adquiriendo mayor relieve dentro del Estado moderno, y está entregada, consagrada en manos de un titular único: el Notario, sin embargo encontramos rezagos jurídicos en los diferentes sistemas legales, en lo que concerniente al desplazamiento de la función a manos de otros funcionarios o agentes públicos, por lo que la integración de la función notarial no es una realidad determinante.

Esta anomalía no es solo de orden legislativo local, sino que es un síntoma generalizado, porque se observa también en las legislaciones de otros países. Las razones que han incidido en uno u otro Estado, no son cabalmente idénticas, estas son de origen histórico , religioso, político, costumbrista o simplemente por falta de impulso u organización del cuerpo colegiado del notariado, que no ha exigido para si, las funciones que por su naturaleza, conveniencia práctica y Derecho le corresponderían. Un caso claro en nuestro orden jurídico, es el manejo de los

asuntos de la denominada jurisdicción voluntaria en manos de los jueces, cuando, tiene una naturaleza distante de lo que es el poder jurisdiccional del Estado y muy vinculada con el origen y razón de ser de la actividad fedante de la función notarial; que , se entiende, por razones de orden histórico , consuetudinario y por la falta de un espíritu reformista y la apatía legislativa, se mantiene en la actualidad para diversos actos.

4.2.3.1.- REQUISITOS PARA SER NOTARIO.

Luego de haber recogido en estos cortos pero importantes párrafos algunas definiciones del notario, su evolución histórica, creemos conveniente hacer algunas reflexiones sobre las características que están o deben estar presentes en el ejercicio de la función notarial por parte de su titular, el Notario y los requisitos para ejercer el mencionado cargo.

El notario, en general , deber ser un profesional del Derecho que, con la imprescindible base de sus vastos conocimientos en las áreas jurídicas afines al campo dentro del cual se requiere su intervención , pueda recurrir ante las peticiones de los particulares , no solamente como un simple funcionario , extático , mecanizado , copiador de la minuta elaborado por otro letrado asesor jurídico , y en el cumplimiento de una obligación : el dar fe de los hechos o actos o contratos que suceden ante el o los demandan su intervención, sino autenticante , sino que , debe ser el jurista que conozca de la materia que está tratando , asesore imparcialmente a la o las partes que ruegan su diligencia , buscando siempre los caminos jurídicos mas

adecuados , que propongan alcanzar , que dentro de su actividad eminentemente regulada por la ley y sometida a los limites por esta ultima impuestos , debe tener la capacidad , luego de adentrarse en la voluntad de sus requerimientos , de interpretar las normas legales vigente , que en no pocas ocasiones contemplan formulas e instituciones arcaicas o caducas , adaptándolas en lo posible a las necesidades actuales ,de manera que , se puedan dar prontas soluciones a los casos concretos en defensa de la seguridad , certeza , agilidad , libertad y autonomía que necesitan los individuos en sus relaciones y la sociedad en su conjunto.

Nuestra Ley Notarial dispone en su artículo 9 literal d) dentro de los requisitos para la optación al cargo de notario, el Tener título de Abogado o Doctor en Jurisprudencia[12], además establece en el literal c del mismo artículo, la necesidad de que los aspirantes "gocen de buena reputación y acrediten la idoneidad" ante EL Consejo de la Judicatura que es hoy por hoy el órgano encargado de su designación.

4.2.3.2. – FUNCIONES

Función fedante, certificante, autenticante de tanta importancia a lo largo de la historia y que hoy en día va adquiriendo aun mayor relieve dentro del estado moderno, y como parecía obvio debería estar consagrada en manos de un titular único: el Notario, sin embargo encontramos rezagos jurídicos en los diferentes sistemas legales, en lo que concerniente al desplazamiento de la función a manos de

12 Cabe destacar que este requisito fue introducido solo a partir de la reforma a la Ley Notarial publicada en el suplemento al Registro Oficial de fecha 8 de noviembre de 1.996

otros funcionarios o agentes públicos, por lo que la integración de la función notarial no es una realidad. Y, no es una realidad, porque no es una anomalía de orden legislativo local , que ocurre en nuestro caso en Ecuador, sino que es un síntoma generalizado , porque el mal se observa en todos los países. Las razones que han incidido en uno u otro Estado , no son cabalmente idénticas, estas son de origen histórico , religioso, político ,costumbrista o simplemente por falta de impulso u organización del cuerpo colegiado del notariado , que no ha exigido para sí , las funciones que por su naturaleza , conveniencia practica y derecho le corresponderían, Un caso claro en nuestro orden jurídico, es el manejo de los asuntos de la denominada jurisdicción voluntaria en manos de los jueces , cuando, tiene una naturaleza distante de lo que es el poder jurisdiccional del estado y muy vinculada con el origen y razón de ser de la actividad fedante de la función notarial y que , seguramente , por razones de orden histórico , consuetudinario y por la falta de espíritu reformista y la apatía legislativa ,se mantiene en la situación actual.

Luego de haber recogido en estos cortos pero importantes párrafos algunas definiciones del notario, creemos conveniente hacer algunas reflexiones sobre las características que están o de ben estar presentes en el ejercicio de la función notarial por parte de su titular, el Notario. El notario, en general , deber ser un profesional del Derecho que, con la imprescindible base de sus vastos conocimientos en las áreas jurídicas afines al campo dentro del cual se requiere su intervención , pueda recurrir ante las peticiones de los particulares , no solamente como un simple funcionario , extático , mecanizado , copiador de la minuta elaborado por otro letrado asesor jurídico , y en el cumplimiento de una obligación : el dar fe de los hechos o

actos o contratos que suceden ante el o los demandan su intervención, sino autenticante , sino que , debe ser el jurista que conozca de la materia que está tratando , asesore imparcialmente a la o las partes que ruegan su diligencia , buscando siempre los caminos jurídicos más adecuados , que propongan alcanzar , que dentro de su actividad eminentemente regulada por la ley y sometida a los limites por esta ultima impuestos , debe tener la capacidad , luego de adentrarse en la voluntad de sus requerimientos , de interpretar las normas legales vigente , que en no pocas ocasiones contemplan formulas e instituciones arcaicas o caducas , adaptándolas en lo posible a las necesidades actuales ,de manera que , se puedan dar prontas soluciones a los casos concretos en defensa de la seguridad , certeza , agilidad , libertad y autonomía que necesitan los individuos en sus relaciones y la sociedad en su conjunto. Nuestra ley notarial dispone en su artículo 9 literal d) dentro de los requisitos para la optación al cargo de notario , el Tener título de Abogado o Doctor en Jurisprudencia[13],además establece en el literal c) del mismo artículo, la necesidad de que los aspirante "goce de buena reputación y acredite su idoneidad" ante un Tribunal integrado por un Ministro Juez delegados de la Corte Superior , un delegado del Colegio de Notarios y un delegado por el Colegio de Abogados .., con lo que , como es obvio , se ha querido depositar las atribuciones propias de un notario en manos de un profesional en la rama jurídica que demuestre plena aptitud para el ejercicio de tan importante investidura[14].

---

13 Cabe destacar que este requisito fue introducido solo a partir de la reforma a la ley notaria publicada en Suplemento al Registro Oficial de fecha 8 de noviembre de 1.996

14 El articulo 9 reformado (RO-S64,08-969) de Ley Notarial no enumera entre los requisitos para la optación por el cargo de Notario, la redición de un examen teórico practico sobre las materias inherentes a la función notarial , sin embargo en el último concurso de oposición para los cargo de notarios en el ámbito nacional que concluyó con la nominación de los mismos en Septiembre de 1-998 , a más de la verificación de los requisitos establecidos en la ley , se rindió un examen de conocimientos , luego de ser calificados por los Ministros Jueces de las respectiva

La función notarial no es un fenómeno reciente, sino que se remonta a los primitivos tiempos de la sociedad, que en busca de una certeza, confianza, seguridad, creencia o convicción. La función notarial es función impuesta por razones de necesidad social, pero concebida y estructurada bajo principios diferentes.

Características.- Luego de establecer algunas definiciones del notario, es menester realizar algunas reflexiones sobre las características que están o deben estar presentes en el ejercicio de la función notarial por parte de su titular, el Notario.

Debe ser un profesional del Derecho que, con la imprescindible base de sus vastos conocimientos en las áreas jurídicas afines al campo dentro del cual se requiere su intervención , pueda recurrir ante las peticiones de los particulares , no solamente como un simple funcionario mecanizado, copiador de la minuta elaborado por un abogado, sino que en cumplimiento de una de sus obligaciones: dar fe de los hechos, actos o contratos que se otorgan él o los que demandan su intervención y la autenticante; además, debe ser el jurista que conozca de la materia que está tratando, debe ser asesor imparcial de la o las partes que piden su diligencia, buscando siempre los caminos jurídicos más adecuados, que se propongan alcanzar, que dentro de su actividad, eminentemente regulada por la ley y sometida a los límites por esta última impuestos, debe tener la capacidad de adentrarse en la voluntad de los requerimientos, de interpretar las normas legales, que en no pocas ocasiones contemplan formulas e instituciones arcaicas o caducas, adaptándolas en lo posible a

---

Cortes Superiores, se procedió a la correspondiente nominación .El articulo 9 anterior a la reforma si establecida el requisito previo de un examen de idoneidad ante el Tribunal.

las necesidades actuales; de manera que, se puedan dar prontas soluciones a los casos concretos en defensa de la seguridad , certeza , agilidad , libertad y autonomía que necesitan los individuos en sus relaciones.

Nuestra Ley Notarial dispone en su artículo 9 literal d) dentro de los requisitos para la optación al cargo de notario, enuncia el poseer título de Abogado o Doctor en Jurisprudencia[15], además, establece en el literal c) del mismo artículo, la necesidad de que los aspirantes "gocen de buena reputación y acredite n la idoneidad" ante un Tribunal integrado por un Ministro Juez delegados de la Corte Superior, (hoy a cargo del Consejo de la Judicatura); se insiste, se ha querido depositar las atribuciones propias de un notario en manos de un profesional sumamente capacitado en Derecho.

El artículo 18 de esta Ley, dentro de las múltiples atribuciones de los Notarios, en su numeral 1 dice : "autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactarlas correspondientes escrituras.

En el numeral 7 dispone."Incorporar al LIBRO DE DILIGENCIAS, actas de remates de sorteos y de OTROS ACTOS EN QUE HAYA INTERVENIDO a rogación de parte y QUE NO REQUIRAN DE LAS SOLEMNIDADES DE LA ESCRITURA PUBLICA"

15 Cabe destacar que este requisito fue introducido solo a partir de la reforma a la ley notaria publicada en el suplemento al Registro Oficial de fecha 8 de noviembre de 1.996

EL artículo 19 dice: “son deberes de los Notarios:

a) Receptar personalmente, INTERPRETAR Y DAR FORMA LEGA A LA EXTERIORIZACION DE VOLUNTAD de quienes requieran su ministerio, de presentársele minuta, ésta debe ser firmada por abogados.”

El artículo 20, determina las prohibiciones a los notarios, así, en su numeral 3 dice “Autorizar ESCRITURAS DE PERSONAS INCAPACES, SIN LOS REQUISITOS LEGALES;

El artículo “27 dice: “antes de redactar una escritura pública, debe examinar el notario: 1.- la capacidad de los otorgantes; 2.- La libertad con que proceden; 3.- El conocimiento con que se obligan; y, 4.- Si se han pagado derechos fiscales y municipales a que está sujeto el acto o contrato”.

Resumiendo todas y cada de estas normas legales anteriormente citadas no hacen sino reafirmar la calidad de jurista, asesor, instrumentador, fedatario , etc. , que debe contar el Notario en el ejercicio de sus funciones.

La importancia del notario, no solamente se restringe a su influencia en la actividad particular, sino que ésta, implica una actividad de interés general; ya que, su labor traspasa los límites del ámbito privado y adquiere notoriedad, arraigo público, que por tener un ingente fin jurídico, se ha convertido en una función de extraordinaria valoración social cuyo aporte a la cultura del pueblo, a través de la ilustración publica de sus conocimientos profesionales y de su profundo valor ético debe estar

inserto en cada titular de esta función para que sea reflejado en su obrar correcto; todo lo cual permitirá su decoro profesional.

Su importancia como depositario de una fe pública depositada en él por el Estado, que en busca de satisfacer intereses de la colectividad como son la seguridad jurídica la equidad , la justicia , la paz social, la observancia de las normas positivas, debe ser valoradas por él, al momento de llevar a cabo su magistratura y por todos al momento de requerir su intervención y beneficio de esta.

El Notariado exige, en quien lo ejerce, aptitudes de particular complejidad, no se trata únicamente de acomodarse a las prescripciones rígidas de la ley , ni al estatuto de su gremio, sino de actuar con diligencia en una tarea de múltiples derivaciones jurídicas y sociales, en la tutela de la certeza jurídica que garantiza los derechos de quienes demandan sus servicios, y en la ética que debe primar en el funcionario que ejerce la difícil magistratura de la fe pública.

El alcance del ejercicio de la función por parte de notario debe ser entendido bajo dos aspectos: por una parte, la relativa a la atribución de facultades del notario para actuar; y por otra, la referente al territorio o lugar dentro del cual debe ejercerla. Estos dos ámbitos, nos permiten apreciar que en el ejercicio de la actividad a él encomendada deberá someterse a estas dos formalidades que darán validez a lo por actuado; en primer lugar la extensión y limites del distrito en el cual ejerza su actividad: y en segundo lugar el despliegue de la actividad específica regulada por preceptos legales.

La división política del Estado Ecuatoriano, en términos generales, establece ésta en provincias, cantones, parroquias, etc. La ley notarial en su artículo 7 dispone que: "cada Notario ejercerá su función dentro del cantón para el que haya sido nombrado, cualquiera que sea el domicilio de los otorgantes, la ubicación de los bienes materia del acto o contrato o lugar del cumplimiento de las obligaciones."

Los notarios dentro de un mismo cantón se diferencian por un orden numérico, y corresponde a la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional) (atribución dada al Consejo de la Judicatura actualmente) determinar el número de notarios que habrá en cada cantón, en base de un informe estadístico que deberá ser elaborado anualmente por la Federación Ecuatoriana de Notarios sobre el número de actos y contratos realizados en cada jurisdicción cantonal , según lo dispone el artículo 8 de la ley de la materia; sin embargo, en la actualidad puede entenderse que esta función, se insiste, estaría a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura , órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial.

El notario debe actuar dentro de los límites territoriales que la ley le ha impuesto, para de esta forma no invadir su actuación o poner en tela de duda la validez jurídica de lo actuado. Al respeto, Argentina NERI[16] manifiesta "Por esto mismo, en cometidos a realizarse fuera de su propio asiento, el notario debe cerciorarse si el lugar que va a ser escena de los hechos está o no dentro de su competencia. La función pública implica una actividad de ajustadas formas. Es para actuar a la

[16] Ob. Citada, Tomo II Pag,663

distancia, fuera de su propio asiento, anteponga el cotejo del lugar .Obrando así, con seguridad, su actuación no originará planteos."

En cuanto al otro elemento, la competencia, es decir la atribución de facultades al Notario para su actuación, debemos manifestar que: a) Los tratadistas dan diversas formas de clasificación o agrupación de las facultades que tienen los notarios en el ejercicio de su función; b) que no es nuestro objetivo lograr una clasificación sistemática en categorías bajo un determinado punto de vista; c) que no creemos que aportemos en algo con una enumeración de las atribuciones que nuestro ordenamiento jurídico o el de los demás países, haciendo referencia a una legislación comparada, hayan conferido el notario, claro está sin descuidar aquel rasgo único o diferente que eventualmente se encuentre inserto en alguna norma jurídica; d) Que más bien trataremos de sintetizar las características fundamentales que se manifiestan en la a tribulación de prerrogativas a favor de los notarios enmarcando estas de la manera más general posible.

Nuestra Ley Notarial, es general y amplia al referirse a las atribuciones del notario; pues, a pesar de hacer una enumeración que aparentemente es taxativa, deja abierta la posibilidad, sin llegar a extremos absurdos, claro está, como sería el atribuirse funciones totalmente alejadas de la realidad o que están encomendadas a otro funcionario, al usar expresiones dentro de la construcción legislativa como por ejemplo: En su artículo 18 dentro de las atribuciones del notario se dice : 1.- Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras públicas, salvo que tuvieren excusa legítima para no hacerlo.- 7)

Incorporar al libro de diligencias; actas de remates de sorteos y de otros actos en que hayan solemnidades de la escritura pública. La actuación del notario deberá ser siempre ejecutada dentro de la naturaleza fedataria autenticante de hechos, actos o negocios propia del mismo, esa naturaleza de actuación inter volentes, esto es pacífica, sin controversia y rogada, enmarcada en la licitud de su acción, por lo que su actuación frente a un acto contario a las leyes, a la moral o las buenas costumbres , no solo deberá ser causa de excusa de presentación de servicios sino debe ser , de llegarse a efectuar , sancionado.

En la función notarial de manera general, se consagra como principio tácito la libertad en el ejercicio de las funciones con las limitaciones anteriormente anotadas, pero libertad en cuanto al escogimiento por parte del particular del notario ente el cual acudir a solicitar sus servicios, existen casos en que se limita motivaciones locales o nacionales, según el caso, mecanismo de distribución del trabajo dentro de las notarias.

El secreto profesional, principio básico de deontología jurídica que tiene que ser tenido en cuenta por todo profesional y aún más por el notario, cuya función es ciertamente de entrega, confianza y seguridad; es otro deber que comprende lo conocido directamente en relación con su actuación y las confidencias que el interesado haya depositado en él . Este secreto se extiende también al protocolo, cuando ciertos instrumentos públicos, como un testamento, solo será exhibido, si es abierto una vez que haya fallecimiento el testador; y, si es cerrado, previo el trámite respectivo de apertura y publicación del mismo y por orden judicial, o por medio de

la Apertura de testamento cerrado que contiene la última reforma de la Ley Notarial. El numeral 6 del artículo 20 de la Ley Notarial contiene la prohibición expresa al notario de "permitir que, mientras viva el testador alguien se informe de sus disposiciones testamentarias si no fuere el mismo testador".

El segundo grupo de deberes y que tiene una estrecha relación con lo anotado, seria en lo concerniente a la actividad instrumental del notario. El deber de verificar que todos los presupuestos jurídicos concurran al momento de llevarse a cabo su actuación, de materializarse su actividad legitimante, fedataria; es decir, cuidar que el efecto jurídico deseado se llegue a perfeccionar cumpliendo de esta manera su finalidad última. En este punto entra en juego todo lo concerniente a la intervención de las partes, su capacidad, su consentimiento, etc., verificar el documento público y sus partes fundamentales y las actividad autenticante del notario.

El protocolo, que no es más que el conjunto de libros o archivo que dispuestos en orden cronológico según han sucedido en el tiempo, reúne todas las escrituras públicas u otras documentos que por voluntad de las partes, por disposición legal u orden de autoridad han requerido la intervención del notario. Es de vital importancia la seguridad, custodia y buen manejo del protocolo pues en el reposan instrumentos cuya alteración, pérdida o destrucción acarrearían incontables perjuicios al inmenso cúmulo de interesados y a la sociedad en general, se perdería el principio básico de seguridad y certeza que se buscan, por lo que, se impone al notario, la inexcusable obligación de su cuidado, de manera que no pueda ser manipulado por cualquiera.

En nuestro ordenamiento jurídico igualmente se establece varios deberes y prohibiciones que deben ser cumplidas y acatadas por el notario en su actividad, los mismos que se encuentran determinados en los artículos 19, 20 de la Ley Notarial y además a lo largo de la misma ley y en varias normas dispersas en otros Códigos y Leyes de la República.

En ellos se hace referencia a sus deberes frente a las partes, y respecto del instrumento público y el protocolo y con relación al cuerpo colegiado del cual forma parte.

4.2.3.3 RESPONSABILIDADES

Debo remitirme a la responsabilidad que comprende el ejercicio de la actividad por parte del notario.

Responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra un sujeto a cuyo cargo se puede (o se debe) hacer respectiva una sanción.

Responsabilidad es la actitud que tiene el sujeto de conocer, aceptar, las consecuencias dañosas de sus actos; en virtud en lo cual la ley lo sanciona. El único fundamento de la responsabilidad es el deber jurídico, es la ley que determina la responsabilidad en las actuaciones de las personas sujetas, a un determinado orden jurídico al prescribir una conducta determinada y vincularla con una sanción en caso de que sea contraria.

La inmensa responsabilidad que recae sobre el notario es una consecuencia derivada de los quehaceres que impone le impone la función, la misma que con todas las atribuciones inherentes a la misma, es depositada en la persona del notario, quienes asumen personalmente y con plena independencia respecto de los poderes u órganos del Estado, ese cúmulo de mandatos que, por su naturaleza implica una gran responsabilidad.

El notario recibe diariamente , en merito de su pericia , diligencia , discreción y buena fe , una infinidad de intereses en el confiados por parte de los requirentes que demandan de sus servicios jurídicos , por tanto una negligencia o maliciosa intervención del notario provocaría grandes daños no solo individuales sino a la sociedad en conjunto por lo que la ley debe ser rigurosa en exigir responsabilidad a quien pudiera burlar la confianza que ha sido depositada en él.

Son varias las controversias planteadas entre los actores que tratan de discernir el fundamento de la responsabilidad del notario, sin embargo podemos manifestar que el notario responde contra actual o extracontractualmente, frente a los particulares, sea porque no cumplió con el cumulo de deberes y obligaciones que emanan de la naturaleza de función , y que debe observar en el desempeño de la labor a él solicitada o con motivo o en ocasión de ella, incurrió en un acto ilícito o en un delito penal. Es importante destacar que en la determinación de la responsabilidad del notario se tendrá que analizar si la omisión o trasgresión de la norma jurídica ha producido un daño injusto o ilícito. Además, autorizar los actos y contratos a que fuere llamado y redactar las correspondientes escrituras.

En el numeral 7 dispone: “Incorporar al LIBRO DE DILIGENCIAS, actas de remates de sorteos y de OTROS ACTOS EN QUE HAYA INTERVENIDO a rogación de parte y QUE NO REQUIRAN DE LAS SOLEMNIDADES DE LA ESCRITURA PUBLICA”.

EL artículo 19 dice: “Son deberes de los Notarios: a) Receptar personalmente, INTERPRETAR Y DAR FORMA LEGAL A LA EXTERIORIZACION DE VOLUNTAD de quienes requieran su ministerio DE PRESENTARLE MINUTA, ésta debe ser firmada por abogados”

El artículo 20, enumera las prohibiciones a los notarios, en su numeral 3 dice “Autorizar ESCRITURAS DE PERSONAS INCAPACES, SIN LOS REQUISITOS LEGALES: El artículo 27 dice: “antes de redactar una escritura pública, DEBE EXAMINAR el notario :1 la capacidad de los otorgantes , 2 la libertad con que proceden: el conocimiento con que se obligan ; y , 4 si se han pagado derechos fiscales y municipales a que está sujeto el acto o contrato” Resumiendo todas y cada de estas normas legales anteriormente citadas no hacen sino reafirmar las calidades de jurista , asesor , instrumentador , fedatario , etc. , con que debe contar el Notario en el ejercicio de sus funciones.

La importancia del notario , no solamente se restringe a su influencia en la actividad particular , sino que esta , implica una actividad de interés general , ya que su labor traspasa los límites del ámbito privado y adquiere notoriedad , arraigo público , que por consultar un ingente fin jurídico , se ha convertido en una función de

extraordinaria valoración social, cuyo aporte a la cultura del pueblo , a través de su ilustración publica de sus conocimientos profesionales y de su profundo valor ético que debe estar inserto en cada titular de esta función para que sea reflejado en su obra lo correcto y equitativo; todo lo cual permitirá su decoro profesional , el realce de su elevada estimativa social como hombre de pureza moral , de confianza sagrada y de autoridad y poder.

Su importancia como depositario de una fe pública depositada en el por el Estado que en busca de satisfacer intereses de la colectividad como son la seguridad jurídica la equidad, la justicia, la paz social, la observancia de las normas positivas, debe ser valoradas por él, al momento de llevar a cabo su magistratura y por todos al momento de requerir su intervención y beneficio de esta.

El Notario exige en quien lo ejerce aptitudes de particular complejidad No se trata únicamente de acomodarse a las prescripciones rígidas de la ley , ni al estatuto en veces frio del gremio, sino de actuar con superior diligencia , en una tarea de múltiples derivaciones jurídicas y sociales , en la tutela de la certeza jurídica en la garantía de los derechos de quienes demandan sus servicios , y en el prestigio y el pundonor del funcionario que ejerce una difícil magistratura de la fe pública. Respecto de las competencias y atribuciones, debemos indicar que el alcance del ejercicio de la función por parte de notario debe ser entendido bajo dos aspectos: por una parte, la relativa a la atribución de facultades del notario para actuar; y por otra, la referente al territorio o lugar dentro del cual debe ejercer. Estos dos ámbitos, nos permiten ver, que el notario dentro del ejercicio de la actividad a él encomendada

deberá someterse a estas dos formalidades que darán validez a lo por el actuado; en primer lugar la extensión y limites del distrito en el cual ejerza su actividad: y en segundo lugar el despliegue de la actividad específica regulada por preceptos legales.

La división política del Estado Ecuatoriano, en términos generales, establece la división en provincias, en cantones, en ciudades y finalmente en parroquias: La ley notarial vigente en su artículo 7 dispone que "cada Notario EJERCERA SU FUNCION DENTRO DEL CANTON para el que haya sido nombrado, cualquier que sea el domicilio de los otorgantes, la ubicación de los bienes materia del acto o contrato o lugar del cumplimiento de las obligaciones "

Los notarios dentro de un mismo cantón se diferencian por un orden numérico , y corresponde a la Corte Suprema de Justicia determinar el número de notarios que habrá en cada cantón, en base de un informe estadístico que deberá ser elaborado anualmente por la Federación Ecuatoriana de Notarios sobre el número de actos y contratos realizados en cada jurisdicción cantonal , según lo dispone el artículo 8 de la ley de la materia ; sin embargo , en la actualidad puede entenderse que esta función estaría a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura , órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial[17]

El notario debe actuar dentro de los límites territoriales que la ley le ha impuesto, para de esta forma no invadir su actuación o poner en tela de duda la validez jurídica

17 La ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura se promulgo en el Registro Oficial 279 del 19 de marzo de 1998

de lo actuado. Al respeto, Argentina NERI[18] manifiesta "Por esto mismo, en cometidos a realizarse fuera de su propio asiento, el notario debe cerciorarse si el lugar que va a ser escena de los hechos esta o no dentro de su competencia. La función pública implica una actividad de ajustadas formas. Es para actuar a la distancia, fuera de su propio asiento, anteponga el cotejo del lugar .Obrando así, con seguridad, su actuación no originará cuestionamientos."

En cuanto al otro elemento, la competencia, es decir la atribución de facultades al Notario para su actuación, debemos manifestar que: a) los tratadistas dan diversas formas de clasificación o agrupación de las facultades que tienen los notarios en el ejercicio de su función[19], b) que no es nuestro objetivo lograr una clasificación sistemática en categorías bajo un determinado punto de vista, c) que no creemos que aportemos en algo con una enumeración de las atribuciones que nuestro ordenamiento jurídico o los demás países, haciendo referencia a una legislación comparada, hayan conferido el notario, claro esta sin descuidar aquel rasgo único o diferente que eventualmente se encuentre inserto en alguna norma jurídica, d) que más bien trataremos de sintetizar las características fundamentales que se manifiestan en la a tribulación de prerrogativas a favor de los notarios enmarcando estas de la manera más general posible.

Debemos indicar por último, pues, es necesario, que el protocolo no es sino el conjunto de libros o archivo que dispuestos en orden cronológico según han sucedido

---

[18] Ob. Citada Tomo II Pag,663

[19] Así se habla de : competencia funcional exclusiva , concurrente , excluyente , limitada , por parte Argentino Neri ;o de funciones tradicionales, funciones relacionadas con el estado de civil de las personas funciones relativas a asuntos no contenciosos; por parte de Aldo Buenaventura, entre otros. Al respecto se puede consultar la bibliografía general.

en el tiempo reúnen todas las escrituras públicas u otros documentos que por voluntad de las partes, por disposición legal u orden de autoridad han requerido la intervención del notario. Es de vital importancia la seguridad, custodia y buen manejo del protocolo pues en el reposan instrumentos cuya alteración, perdida o destrucción acarrearían incontables perjuicios al inmenso cumulo de interesados y a la sociedad en general , se perdería el principio básico de seguridad y certeza que se buscan , por lo que , se impone al notario , la inexcusable obligación de su cuidado, de manera que no pueda ser manipulado por cualquiera.

En nuestro ordenamiento jurídico igualmente se establece varios deberes y prohibiciones que deben ser cumplidas y acatadas, por el notario en su actividad, los mismos que se encuentran determinados en los artículos 19, 20, respectivamente de la ley notarial y además a lo largo de la misma ley y en varias normas dispersas en otros códigos y leyes de la República.

En ellos se hace referencia a sus deberes frente a las partes, y respecto del instrumento público y el protocolo y con relación al cuerpo colegiado del cual forma parte.

4.2.4 LA UNION DE HECHO.

La declaración de Unión de Hecho realizada por un Notario que da fe pública de la existencia de la misma se topa con el inconveniente de la existencia de inseguridad en lo que están sosteniendo la pareja que pretende en su beneficio dicha declaración, en tanto en cuanto, en la práctica se ha llegado a determinar que hay vacíos legales

en las normas que la regulan, en las disposiciones o mandatos contenidos en la Ley Notarial, puesto que, permiten que esta Institución Jurídica sea vulnerada, que se pueda inducir a engaño, en este caso al Notario y obtener se declare una unión de hecho sin que esta cumpla con los requisitos legales, afectando a la legalidad del acto lo que va en desmedro de la sociedad ecuatoriana y de la misma convivencia social; en virtud de que, hay personas que valiéndose de la declaratoria de unión de hecho, han forjado derechos y obligaciones, contratos y hasta, actualmente en innumerables casos han legalizado su permanencia, residencia, en especial de extranjeros que de manera indiscriminada han ingresado al país por la permisividad de nuestra Ley Migratoria, sin haber pasado sino apenas días en el país; así las cosas no se cumple ni los requisitos mínimos para ser otorgada o declarada una unión de hecho por parte de quienes aducen tenerla y se valen de la enunciada vulnerabilidad de la Ley, causando graves perjuicios a las finalidades y principios del Derecho Notarial, especialmente al de la fe pública.

Visto el problema en su total dimensión, planteamos la elaboración de un proyecto de reformas a la Ley Notarial para ampliar los requisitos y exigencias para que se declare la existencia de una unión de hecho, en base de una investigación científica. El problema se encuentra, en que, no existen requisitos o reglas más enérgicas para que se llegue a declarar o determinar la existencia de una unión de hecho. Además nuestra normativa debería establecer, en lo que se refiere a la declaratoria de unión de hecho, disposiciones claras, expresas para que un acto notarial de esta clase sea considerado ilegal, doloso, simulado, permitiendo consecuentemente los efectos sancionadores, esta carencia de reglas determina que las personas involucradas crean

y/o vean la facilidad de cumplir con los requisitos actuales e inducir a engaño para su propio beneficio sin importarles la legalidad o no del acto, lo que será motivo de análisis en esta investigación. La tecnología permite a las personas que actúan ilegalmente, servirse de ésta para forjar actos, documentos, contratos, para simular pruebas, por lo que la legislación debe de mano de la tecnología también, avanzar y establecer nuevas normas que auxilien al Notario y a los auxiliares notariales en combatir la simulación, como por ejemplo estar ligados, conectados los sistemas de computo de las Notarías con Migración y Extranjería, Registro Civil, Policía, etc**.-** Se debe, además ubicar la unión de hecho como objeto de estudio de investigación, en el campo de la teoría general del acto jurídico y específicamente dentro de las relaciones de la voluntad con la declaración, ya que dicho acto o declaración, en ocasiones, pueden o no producir afectaciones o **consecuencias jurídicas.**

La Ley Notarial prohíbe al Notario que es el funcionario competente para autorizar determinados actos y contratos en virtud de la Ley y de la fe pública que se halla investido, Art. 20, numeral cuarto: otorgar a sabiendas escrituras simuladas, pero en ningún momento se refiere a actos o contratos, ya que no es lo mismo escritura que acto o contrato, pues no determina las causas y requisitos y sanciones para la simulación notarial, existiendo entonces contradicción, equivocación y vacío legal.

4.2.5 EL DERECHO NOTARIAL SEGUN AUTORES EXTRANJEROS

Cada tratadista de Derecho Notarial tendrá su personal definición particular del notario, cada autor habrá definido a su manera bajo sus concepciones a este

funcionario, y habrá recogido también los criterios del resto de sus colegas, sin embargo creemos que no es de trascendencia el que lleguemos a una conceptualización precisa o exacta de lo que eso significa el notario , por lo que , simplemente enunciaremos las definiciones que bien recogen de mejor manera la idea completa del referido concepto o provienen de un órgano de importante representación dentro de nuestro sistema del notariado , o simplemente , por ser la definición legal contenida en nuestros ordenamientos jurídicos.

Para GIMENES – ARNAU[20], el notario es "un profesional del Derecho que ejerce una función para robustecer, con una presunción en verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídas los actos de la llamada jurisdicción voluntaria".

MENGUAL[21], nos dice que el notario , " es el funcionario público que jerárquicamente organizado y obrando por delegaciones poder del estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídica , dándoles carácter de verdad , certeza , permanencia , previo el estudio , explicación y aplicación del derecho positivo , a cada uno de los actos jurídicos de carácter normar en los cuales interviene.

---

[20] GIMENES ARNAU, Enrique , Derecho Notarial , Ediciones Evinsa, 2002, Pamplona, pág. 52
[21] Ob Cit .Tomo II , Volúmen 2 , pág 39

“ARGENTINO NERI[22] al respecto manifiesta “Hablando el notario , es preciso anotar que , consagrado por derivación histórica, fue ayer , y es hoy mucho más que antes, oficial publico del Estado, que actúa bajo un complejo de leyes, en cuyo concierto de actividad estricto juris, recoge , puntaliza y redacta, dando preciso sentido a l soberana voluntad de los individuos que necesitan documentar hechos o actos habidos en el curso normal de la vida, y en mérito de ello y estrictamente ajustado a la ley, por virtud del deber que le asiste y de la autoridad que ejerce de manera legitima con fe pública , el hecho o acto jurídico postulado”. En el I Congreso Internacional del Notariado Latino, dentro de las formulas de él emanadas, se concluye que el notario latino es el profesional del derecho, encargado de una función pública consistente en recibir , interpretar de dar forma legal a la voluntad de las partes , redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad ; conservar los originales de estos y expedir copias de que de fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”

Ttrascribo la definición que consta en el primer inciso del artículo 6 de la Ley Notarial que, bajo el Titulo I De los Notarios dice: “Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar , a requerimiento de parte, los actos contratos y documentos determinados en las leyes”

Las legislaciones de distintos Países, al Derecho Notarial le han dado distintas definiciones. Se ha dicho que es un “conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, uso, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función

22 Ob Cit .Tomo ii. pag 637.

notarial y el instrumento público notarial", esto, según el III Congreso Internacional del Notario Latino.

Se ha dicho que es el ordenamiento jurídico de la función notarial.

También se le ha definido como el conjunto de normas jurídicas contenidas en las diversas leyes que regulan las obligaciones y modalidades a las que se deben ajustar el ejercicio de la función del escribano.

Así también lo definen como el conjunto de normas jurídicas de fondo y forma, relacionadas con la escrituración y que determinan las facultades y deberes del notario en el ejercicio de su función.

Se ha dicho también que es la conducta del Notario.

Al Derecho Notarial se la ubica como una rama científica del Derecho Público, mediante el cual se desenvuelve la relación jurídica voluntaria y extrajudicial a través de su intervención y que actúa por delegación del Estado.

Se le conceptúa como un conjunto de doctrinas o normas jurídicas que reglan la función del Notario y la formalidad y legalidad del instrumento público.

Núñez Lagos afirma que el Derecho Notarial se encuentra dentro del "Derecho de Formas", pues pertenece a aquellas formas escritas-documentales-que requieren la

intervención de un funcionario público llamado Notario. Señala que es por tanto, ante todo, un Derecho documental que se refieren a una clase de documentos -los documentos públicos-, y dentro de estos, a una categoría más restringida y típica: los instrumentos públicos. Advierte que la función documental, accesoria en otros funcionarios públicos, es en el Notario, función principal.

A decir de Bardallo, el Derecho Notarial es un sistema jurídico que tiene por objeto regular la forma jurídica y la autenticidad de los negocios y demás actos jurídicos para la realización pacífica del derecho.

En opinión de GIMENEZ-ARNAU, el Derecho Notarial es el conjunto de doctrinas o normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.

LARRAUD considera al Derecho Notarial como un conjunto sistemático de normas que establecen el régimen jurídico del notariado.

MUSTAPICH anota que el Derecho Notarial es el derecho autónomo de la forma de la forma, complementado por el conjunto de normas que rigen la función notarial y que su autonomía deriva de tres factores: diversidad de la materia, normatividad típica y principios propios.

Según lo precisado por RIERA ASIA el Derecho Notarial es aquel complejo normativo que regula el ejercicio y efectos de la función notarial, con objeto de

lograr la seguridad y permanencia en las situaciones jurídicas a que la misma se aplica.

SANAHUJA Y SOLER sostiene que es aquella parte del ordenamiento jurídico que asegura la vida de los derechos en la normalidad, mediante la autenticación y legalización de los hechos de que dependen.

VILLALBA WELSH dice que el Derecho Notarial es el que tiene por objeto la conducta del Notario en su calidad de la forma pública notarial.

GATTARI señala que el Derecho Notarial es el conjunto de conceptos y preceptos que regulan y versan sobre la forma instrumental, la organización de la función y la actividad del Notario en relación a aquellas.

Autonomía.- El Derecho Notarial es una rama autónoma e independiente, sin embargo, esta autonomía es relativa por cuanto el Derecho Notarial requiere de un contenido de fondo para su eficacia jurídica. Si bien da la forma establecida por la ley a ciertos actos jurídicos, el Derecho Notarial siempre dependerá del acto jurídico en sí mismo y del derecho objetivo que lo regule.

Otro punto de vista permite considerar al Derecho Notarial como un Derecho interdisciplinario, esto es, admitir que el Derecho de Contratos, Derecho Societario, Derecho de Sucesiones, Derecho de Familia, etc., se encuentran íntimamente

relacionados con el Derecho de la forma que garantiza la eficacia jurídica de los mismos.

Ríos Hellig, autor mexicano, dice que "el Derecho Notarial tiene autonomía legislativa, vale decir, es una rama autónoma del Derecho que no depende ni se aglutina en otros cuerpos jurídicos"; según este tratadista, la autonomía didáctica surgió hace más de treinta años, con lo que el Derecho Notarial se convirtió en materia independiente y dejó de considerárselo complemento del Derecho Civil o del Derecho Mercantil, tanto es así que en la actualidad se imparte en estudios universitarios junto con el Derecho Registral con el que guarda una relación simbiótica". [23]

Objeto.- El objeto del Derecho Notarial es regular la actuación del Notario, la función Notarial y la teoría formal del Instrumento Público, velando por la aplicación de la legislación notarial en su integridad, así como el de las leyes conexas.

Fines.- Los fines del Derecho Notarial son los siguientes:

"Garantizar los procedimientos solemnes para observar el Derecho y conseguir la adaptación de conductas libres y justas al ordenamiento jurídico.

Asegurar los derechos de las personas en plena armonía, con entera libertad, autenticando y legalizando los hechos jurídicos que dan nacimiento a determinados derechos, previniendo el litigio sin coacción y en forma pacífica.

[23] Ríos Helling, JORGE, La Práctica del Derecho Notarial, México, Mc Graw Hill, 1995, pág. 27.

Sistematizar los distintos procedimientos empleados en el cumplimiento y observancia de las formas establecidas en la ley.

Generar doctrina que fundamente la actuación notarial, recopilar la jurisprudencia existente, recoger los usos y costumbres originados por la aplicación práctica del quehacer notarial.

Promover la debida aplicación del Derecho, mediante el empleo de las formas e instrumentos públicos.

Instruir a los Notarios, personal auxiliar de los mismos, abogados y usuarios, para un mejor desenvolvimiento de la práctica notarial.

Importancia.- La importancia del Derecho Notarial radica a nuestro entender en lo siguiente:

- Sistematiza los aspectos de la función notarial.
- Contribuye al desarrollo de las instituciones jurídicas notariales.
- Establece interrelación con otras ramas del Derecho.
- Brinda seguridad jurídica evitando la litis, controversia o juicios.
- Garantiza la eficacia de los actos jurídicos celebrados ante el Notario.
- Perenniza los hechos contenidos en instrumentos a través del tiempo.
- Respalda la fe pública que ostenta el Notario.

Permite que los actos jurídicos que se pretendan oponer ante terceros gocen de este beneficio.

Características.- Es una rama del Derecho Público, las normas del Derecho Notarial son de cumplimiento obligatorio para el Notario, los individuos e instituciones. El Notario ejerce una función pública en representación y por delegación del Estado.[24]

Es eminentemente formal, Las Normas del Derecho Notarial, establecen procedimientos y requisitos para convertir un documento privado en instrumento público, garantizando su legitimidad.

Es un derecho adjetivo; orienta el sentido de las formas de los actos jurídicos y sus contenidos.

Es instrumental, el documento público o privado con el que trabaja, es la materia con la que trabaja el Derecho Notarial.

Contenido.- El contenido del Derecho Notarial esta conformado por una parte formal y otra de fondo. La primera se ocupa del formalismo producto de la rigurosa aplicación de las normas para la redacción o formalización del instrumento público. La segunda se refiere a la naturaleza del acto jurídico en que se basa el instrumento público, fundamentalmente versa sobre: El Notario y la función Notarial; los

[24] Tambini Avila, MONICA, Manual de Derecho Notarial, Editorial Nomos & thesis, 2006, Lima - Perú, págs. 23 y 24.

instrumentos públicos notariales y la organización del notariado y vigilancia del notario.

Fuentes.- Son las fuentes clásicas del Derecho: legislación, jurisprudencia, doctrina, costumbre y práctica notarial; además, Directrices de los Colegios de Notarios, Declaraciones de Congresos Internacionales.

Conocemos en forma general tres clases de sistemas organizativos del Notariado y son:

- Latino.
- Anglosajón.
- Administrativo.

En Ecuador, tenemos el sistema Latino, que se caracteriza en la intervención directa del Notario en el acto o contrato, y éste a su vez, tiene una preparación jurídica y notarial y está investido de fe pública, lleva una matriz que forma el protocolo a su cargo, perteneciente al Estado, lo que hace que los actos o contratos que autorice tengan mayor seguridad jurídica, y permitiendo la perdurabilidad del documento, así como la presunción de validez, autenticidad, legalidad, fuerza probatoria, que solo pueden ser impugnada su nulidad o falsedad, previo un procedimiento judicial en sentencia firme que así lo declare; otra característica es que el número de Notarías, son reguladas por el Estado, el archivo es oficial –público; tiene responsabilidad

jurídica por sus actuaciones, esto entre otras características que realmente son positivas. Este sistema lo tienen otros países como Chile, Colombia.[25]

En el sistema anglosajón no sucede así, prácticamente es lo contrario, inclusive en cuanto a los requisitos para ser nombrado, no es como en Ecuador, por ejemplo hablemos del concurso de méritos y oposición; en el sistema anglosajón generalmente, para ser Notario, únicamente debe adquirir una licencia, previo el pago de determinados derechos, sin que tenga una preparación en el ámbito notarial o jurídica.

Se practica por ejemplo en Estados Unidos de Norte América, México.

En el sistema notarial Administrativo, el Notario si debe tener formación jurídica, es un empleado público, está sometido jerárquica y funcionalmente a los intereses de la política socialista. El documento público no tiene tanta validez jurídica en cuanto al privado, en otros términos casi tienen el mismo valor. El notario puede ejercer otras funciones. Se practica este sistema como se dijo, en País socialistas.

En tal virtud, al existir diversidad de criterios, obviamente no existe unidad de los mismos, ya sea por razones ideológicas, ya sea por el tipo de economía o desarrollo económico de tal o cual país, ya sea por su forma de gobierno, entre otras razones, de tal forma que a nuestro criterio consideramos que las más apropiadas son las que tienen que ver con el concepto de que: El derecho Notarial es una rama del Derecho Público, sin perder importancia la conexidad jurídica con el privado y el social, que

[25] BORRERO, Camilo: Régimen Jurídico del Sistema Notarial Ecuatoriano, Edición 2009.

engloba los distintos actos jurídicos de los ciudadanos y estar regido por normas reguladas por el Estado a las que todos los ciudadanos estamos sujetos a su cumplimiento; también compartimos con el concepto de que es el ordenamiento jurídico de la función notarial, puesto que la misma se rige por una ley , esto es, la Notarial, sin perjuicio de las distintas normas jurídicas contenidas en otras leyes conexas; y, también consideramos que el Derecho Notarial, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la función del Notario y la formalidad y legalidad del documento o instrumento notarial, ya que es una de las facultades y funciones principales del Notario.

Acertadamente concluyo diciendo que el Notariado es una Institución primordial del sistema de justicia preventiva, que descansa en el documento público, que cuenta con el apoyo del Estado, como producto de la actividad del Notario, que debe ser un profesional perito en derecho y dotado de fe pública, como efectivamente lo es. El notariado es una función pública que se rige por una Ley propia, que es la Notarial, con el apoyo de leyes conexas, Códigos Civil, de Procedimiento Civil, Penal, Laboral, entre otras leyes Orgánicas y especiales.

También debo considerar que el Notariado es una profesión, es el ejercicio del Notario, debido a que para ejercer esta función debe cumplir determinados requisitos y previo un concurso de méritos y oposición. El Notario no administra justicia, por lo tanto no tiene facultades para ejercer actos de jurisdicción contenciosa, y, con certeza podemos afirmar que vela por la seguridad jurídica del usuario en los actos y contratos que conciernen al campo notaria.

4.2.6 DERECHO NOTARIAL.

Si partimos desde el concepto general de Derecho, tiene una diversidad de conceptos, dependido del sentido y en la rama que se le aplique, así como debido a los distintos criterios filosóficos y jurídicos. Por ello, podemos decir que es el conjunto de leyes y normas que regulan las relaciones jurídicas de un Estado para con sus habitantes.

El autor Ramón Badenes, hace una breve clasificación del Derecho, desde el punto de vista jurídico y es así como lo clasifica en:

Derecho Natural y positivo.

Objetivo y subjetivo.

Eclesiástico, nacional e Internacional.

Material y Procesal.

Público y Privado.[26]

Ser clasifica en tres grandes grupos:

1. Público. En esta rama tenemos al Derecho Constitucional, Procesal, Político, Administrativo, Tributario, Registral, Notarial, Penal, Internacional Público, Financiero, Municipal, de la Integración, Penal Militar, Consular, Diplomático, Marítimo, Aéreo y Espacial, entre otras ramas.

[26] RAMON, Bandenes Gasset: Conceptos Fundamentales del Derecho, Marcombo Editores, quinta edición. Barcelona-España.

2. Privado. En esta rama tenemos al Derecho Civil, Mercantil, Societario, Cambiario, Industrial, Internacional Privado, Bancario, entre otros.

3. Social. En el que podemos citar al Derecho de Familia, Laboral, de la Niñez y Adolescencia, entre otros.

Por lo que, el Derecho Notarial, según algunos pensadores sería una rama del Derecho Público.

En nuestro País, el Derecho Notarial pese a importantes avances jurídicos que ha logrado acorde a las circunstancias actuales, aún no es suficiente, pues requiere de algunas reformas, por existir vacíos legales o a ciertos limitantes.

Debo tomar en cuenta que en el campo del Derecho Notarial, el Abogado juega un papel muy importante, ya que el Notario debe cumplir con el requisito previsto en el artículo 48 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador. esto es, que todo acto o contrato que se celebre por escritura pública, será autorizado por el Notario, previa la presentación de la correspondiente minuta o petitorio, firmado por un Abogado que obviamente esté facultado y autorizado para aquello, la misma que el Notario la guardará en sus archivos por un lapso de dos años, conforme lo estipula la Ley Notarial en su artículo 23 numeral 6, lo que consideramos positivo ya que ayuda a que el acto o contrato se celebre con mayor seguridad jurídica, al estar los contratantes debidamente asesorados.

Derecho Notarial tiene gran importancia en el desarrollo y desenvolvimiento de los distintos actos y contratos de nuestro diario convivir, tanto a nivel nacional cuanto en

el internacional, a través de los diferentes Tratados y Convenios internacionales, por estar relacionado a diferentes campos del Derecho y de los negocios jurídicos, pues tiene plena relación con normas conexas como el Código Civil, de Procedimiento Civil, Penal, Procedimiento Penal, laboral, de la Niñez y Adolescencia, ley de Inquilinato.

Por esto, es evidente que tanto el Abogado y el Notario, deben tener los suficientes conocimientos de derecho notarial y jurídico, para elaborar tal o cual acto o contrato, a fin de lograr su eficacia jurídica, esto es, cumpliendo los requisitos de validez y existencia de los mismos, caso contrario, dicho acto o contrato estará viciado de nulidad, lo que traerá como consecuencia problemas legales en perjuicio de las partes contratantes o de una de ellas, según el caso, y, no solo que se mirará el conocimiento legal del Profesional del Derecho y del Notario específicamente, sino también el aspecto ético, moral y justiciero.

4.2.7 ACTOS Y CONTRATOS NOTARIALES

Necesariamente para hablar o realizar un estudio sobre los actos y contratos notariales, nos debemos referir a los instrumentos públicos en materia notarial, en vista de que todo acto o contrato notarial se encuentra dentro de un instrumento público o mejor dicho, es parte de éste; efectuada esta necesaria introducción, nos referiremos al origen y concepto de los instrumentos públicos, para luego ir desarrollando de esta manera la investigación e ir plasmando para una mejor comprensión, aspectos indispensables de este tema de estudio, pues, sin ellos se considera no se puede llegar a tener una idea clara de los actos y contratos notariales,

dicho de otra manera para entender y explicar los actos y contratos referidos debemos referirnos a los instrumentos públicos, a saber: Etimológicamente los tratadistas coinciden en señalar que el termino instrumento proviene del latín **instruere** que significa instruir, informar o fijar acontecimientos, o igualmente de latín **instruens y menten;** es decir, que instruye a la mente o al entendimiento, que enseña o da a conocer (Cuboides y Pérez Fernández del Castillo,)[27].

Pérez Fernández de Castillo[28], realiza una distinción interesante, y señala que "Se denominan monumentos a los instrumentos expresados en imágenes como estatuas, películas, fotografías e inclusive las cintas magnetofónicas. Cuando el instrumento consiste en signos escritos se llama documento. Así el género es el instrumento y la especie, el monumento y el documento".

Por su parte Cubides nos indica su criterio al respecto, señalando que "en sentido restringido documento es la representación grafica del pensamiento o de la voluntad con relevancia jurídica". Este autor realiza una distinción entre documentos públicos y documentos privados, denominados a los primeros como instrumentos, y a los segundos como simples documentos privados es por estos que clasifica dentro de los primeros a la escritura pública o instrumento notarial considerándolo como el producto especifico de la función notarial.

Entre los efectos que se destacan del instrumento publico notarial, podemos señalar, su eficacia probatoria, al ser una prueba reconstituida y según los autores, a esta idea

[27] Ob. Cita, pág. 3 y 41 respectivamente
[28] Ob. Cita, pág. 41.

responde la frase “notaria abierta, juzgado cerrado”, y como lo señala Gomá Salcedo[29] “considerando en el documento notarial, sobre toda la claridad y fijeza que aporta a la relación jurídica y su eficacia para disipar equívocos y discusiones, lo contraponen a pleito, muchas veces originado por ausencia de esta claridad y determinación”.

4.2.8 EL ACTA

El diccionario del Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, define al acta como: la reseña escrita fehaciente y autentica de todo acto productor de efectos jurídicos.

Al referirse ya concretamente al acta Notarial, la define como “El instrumento autorizado, a instancia de parte, por un notario o escribo, donde se consigan las circunstancia, manifestaciones y hechos que presencian y les constan, y de los cuales dan fe, y que por su naturaleza, no sean materia de contrato”. (Concepto que se adapta al del reglamento notarial español).

Igualmente se agrega a este concepto la definición de Fernández Casado (la cual igualmente se cita en la parte del Diccionario Jurídico Omeba) “el instrumento publico que contiene la exacta narración de un hecho capaz de influir en el derecho de los particulares, y levantaba por requerimiento de una persona”. “con las actas los notarios dan fe de los actos extrajudiciales que no son contratos ni testamentos.

[29] Ob. Cit. Pág. 38

Mediante el acta notarial se obtiene un testimonio documental de primera calidad por la conciencia con que los hechos se registran y los conocimientos jurídicos que el fedatario público posee".

Por su parte Eduardo J. Couture (en su vocabulario jurídico), define al acta como el "instrumento o pieza escrita, en la cual el redactor de la misma refiere circunstancialmente un hecho o acto jurídico, relatando la forma o acontecimiento, en el estado de las cosas o las manifestaciones de voluntad de las personas que participaron en él".

Al referirse ya precisamente al Acta Notarial, expresa su concepto de la siguiente forma: "dícese de aquella autorizada fuera de su protocolo por escribano público, en el límite de sus atribuciones y con las formas requeridas por la ley, con el objeto de dar fe de manifestaciones que le fueron formuladas o de hechos ocurridos en su presencia.

Por otra parte en el Diccionario Jurídico Omeba encontramos la definición siguiente; "relación que extiende el notario de uno o más hechos que presencia o autoriza".

Igualmente en este diccionario, se cita el criterio de varios autores como el de Fernández Casado que ya lo citamos, el de Novoa para quien el acta notarial es un documento público autorizado por notario, en el que, a requerimiento de parte con capacidad intelectual suficiente, se hace constar un hecho que presencie o le conste al notario que no puede ser objeto de contrato, cuyo recuerdo conviene conservar en forma auténtica; y finalmente se cita el concepto de Velasco, para quien se trata de

un instrumento público que afecta exclusivamente a hechos y circunstancias de ellos, que presencien o les consten a los notarios y que, por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos.

En nuestra opinión el acta notarial es el instrumento público autorizado por notario, que refiere aquellos hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia o con su intervención, y que de conformidad con la ley se instrumentan bajo esa forma.

4.2.9 INSTRUMENTOS PÚBLICOS.

Adentrándose de nuevo en un campo mas doctrinal vemos conceptos descriptivos como el de Pedro Avila Alvarez[30] que define a los instrumentos públicos como los "documentos autorizados" con las solemnidades legales, por notario competente requerimiento de parte e incluidos en el protocolo y que contiene, revelan o exteriorizan un hecho, acto o negocio jurídicos para su prueba, eficacia o constitución, así como las copias o reproducciones notariales de ellos".

Por su parte, Giménez Arnau emite su concepto de instrumento público, señalando que "es el documento público autorizado por el notario, producido para probar hechos solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídico y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos".

Según el tratadista mexicano, Bernardo Pérez Fernández del Castillo, escritura pública "es el documento original y asentado en el protocolo por medio del cual se

[30] AVILA ALVAREZ, Pedro, "Derecho Notarial", Editorial Bosch Séptima Edición, Barcelona

hace constar un acto jurídico , que lleva al original, en el que el notario", en tanto que "Acta notarial es el instrumento original en el que el notario hace constar bajo su fe uno o varios hechos presenciados por él, y que éste asienta en un libro el protocolo a su cargo a solicitud de parte interesada y que autoriza mediante su firma y su sello.

Por su parte el tratadista Español José Enrique Gomá Salcedo, al citarnos los párrafos segundo y tercero del artículo 144 del Reglamento Notarial Español, nos precisa que "el contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases.

La órbita propia de las actas notariales afectan exclusivamente a hechos jurídico que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada".

Núñez Lagos, citado por Gomá Salcedo , nos indica que en las escrituras el notario redacta, en tanto que en las actas el notario narra.

Ampliando este concepto, nos dice dicho autor, que en la escritura pública la declaración de voluntad, no llega al papel tal como se le presenta al notario, puesto que es objeto de una moderación "specificatio" por parte de este; en tanto que en las actas el notario deja ser al hecho como es, trasladándolo al documento sin alterarlo .Una vez que hemos establecido diferencias doctrinales, que nos han permitido identificar dos tipos de instrumento publico notarial, consideramos conveniente

referirnos más en detalle a la escritura pública y al acta, y a las exigencias de nuestra Ley Notarial Establece en esta caso para la primera.

Definición de Actos y Contratos Notariales.

A fin de tener un mejor entendimiento, veremos sucintamente lo que es un acto en general, para luego entrar en lo que es un acto jurídico y finalmente los actos notariales.

No siempre los actos pueden producir efectos jurídicos, siendo por tanto hechos simples, pero, cuando producen, se llaman hechos jurídicos, los que son susceptibles de crear, conservar, modificar, transferir, transmitir derechos y obligaciones.

El Diccionario Explicativo de Derecho Civil Ecuatoriano, Obligaciones y Contratos, define al acto, como la realización de un hecho humano. El acto humano debe ser el fruto de la libre voluntad. El acto puede ser por lo mismo consciente o inconsciente, según sea o no el fruto de la determinación y de la libertad, como si ha sido realizado por un niño o por un demente.

El acto jurídico es el que realiza el ser humano con capacidad, voluntad y libertad y por medio de él acepta las responsabilidades que se derivan del acto.

El acto difiere del contrato, es que éste es acto llevado a cabo por dos o más personas, con el fin de establecer entre ellos derechos y obligaciones de dar, hacer o no hacer algo, por una parte y recibir bienes o servicios por otra.

El Doctor César Coronel Jones, en su obra La Simulación de los Actos Jurídicos, define clásicamente al acto jurídico, como la manifestación de voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir derechos.

Dice por tanto que la voluntad requerida o la manifestación, debe ser exteriorizada, pública, ya que esa voluntad es el elemento fundamental del acto para que produzca efectos jurídicos, dice que es la médula de los negocios jurídicos y que debe darse en forma clara y sencilla, libre y seria. [31]

Por tanto, no solo que nos estamos refiriendo a contratos, sino también a hechos, y así lo prescribe nuestro Código Civil, en su artículo 1693 y siguientes, al referirse a los hechos jurídicos.

El Dr. Wladimiro Villalba Vega, en su obra Fundamentos de Práctica Forense dice que los hechos ilícitos, son en los que no hay la intención de producir determinados efectos jurídicos, pese a existir la voluntad y les clasifica en hechos ilícitos, a los penales y no penales. [32]

Entre los primeros tenemos a los delitos y contravenciones, y, entre los segundos tenemos los civiles, administrativos y procesales.

Así también clasifica al acto jurídico, en unilaterales y bilaterales. Los unilaterales son los que provienen de una sola voluntad, que a su vez puede ser simple, cuando

[31] Coronesl Jones, CESAR: La Simulación de los Actos Jurídicos, editorial NOMOS Ltda. Bogotá-Colombia.
[32] Villalba Vega, WLADIMIRIO: Fundamentos de Práctica Forense.

proviene de una sola persona, como es el caso del testamento o, puede ser colectivo, es decir cuando esa voluntad proviene de varias personas.

El acto jurídico bilateral, dice, es cuando hay dos o más voluntades que coinciden sobre un punto en derecho y en este acto recibe el nombre de convenio o convención que como ya se dijo su objetivo es crear, modificar, conservar, transferir, transmitir derechos y obligaciones.

Cuando la convención crea derechos y obligaciones, recibe el nombre de contrato.

En tal virtud, actos notariales son las actuaciones o intervenciones realizadas y autorizadas por el Notario, que las tenemos en la Ley Notarial en sus respectivos artículos mencionados a sus atribuciones, deberes y prohibiciones que las tiene y de la fe pública de la que se halla investido, así como en otras leyes conexas, actuaciones que las puede llevar a efecto a petición de parte interesada o por mandato de la Ley, con el fin de crear, modificar, conservar, transferir, trasmitir derechos y obligaciones, ya que no está facultado para actuar de oficio. De esto podemos colegir, que los actos notariales, no siempre se refieren a contratos, no obstante que nacen de la voluntad. Existen actos que no requieren del cumplimiento de ciertos requisitos y solemnidades legales para su eficacia y validez, no siempre que requiere de instrumentos público ante funcionario competente o simplemente se los realizará por documento privado. Por lo que, no todo acto notarial, es un contrato o contiene un documento con el carácter de instrumento público o privado, ya que puede tratarse de hechos simples que no crean derechos ni extinguen o modifican derechos

y obligaciones legales, sino que quedan como simples actos o hechos humanos como antes mencionamos.

Al referirnos a los actos notariales, generalmente nos referimos a actos y contratos que causan efectos jurídicos, que de una u otras manera comprometen a las partes o a una de ellas, sea unilateral o bilateralmente como antes se dijo, puesto que sirven para demostrar o probar tal o cual hecho o acontecimiento, derechos u obligaciones.

Los actos notariales, no son judiciales, ya que el Notario, no ejerce jurisdicción, en virtud de que no administra justicia.

Tal es el caso de un contrato de compraventa de bien inmueble, -es una actuación notarial –contrato-, imperativamente deberá realizarse por instrumento público y ante funcionario competente, esto es, Notario y por el hecho de incorporarse a un protocolo se denomina escritura pública.

El artículo 26 de la Ley Notarial, prescribe que se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por voluntad de los interesados.

4.2.3. CLASIFICACION DE LOS ACTOS NOTARIALES

Es extensa y variada la clasificación de los actos notariales, sin embargo diremos que se clasifican en públicos, privados, protocolares y extra-protocolares, unos

requieren ser elevados a escritura pública y otros no, pues simplemente se levantará actas, por tanto unos requieren del cumplimiento de solemnidades y requisitos esenciales para su validez y existencia, mientras que otros no, conforme prescribe la ley, tal como dejamos ya expuesto, y de esto dependerá si deben o no ingresar al protocolo del Notario o simplemente quedará como diligencia extra-protocolar.

Cabe aclarar que en un documento privado, la intervención o diligencia del Notario, no le convierte a dicho documento en público o le da la categoría de escritura pública, por ejemplo, cuando realiza una protocolización o un reconocimiento de firma, el documento seguirá siendo privado, pues solo la diligencia notarial es pública.

Los actos notariales se dan en diferentes campos, en el de Comercio, de la familia, civil, agrario, tributario, cooperativo, societario, seguridad social, régimen municipal, provincial, entre otros.

Si nos referimos a instrumento público –en particular a una escritura pública, estamos frente a un acto o contrato (no se hará una clasificación de los contratos y sus conceptos) que por mandato de la Ley, será a través e instrumento público y ante funcionario competente –Notario-, como son por citar los más usuales: La compraventa de inmuebles, la promesa de compraventa, la permuta, las donaciones, entre otros, a través de los cuales se transfiere el dominio, llamados títulos traslaticios de dominio; tenemos otros, como los testamentos (salvo las excepciones del tipo de testamento), poderes en ciertos casos, determinados contratos del sector público, particiones y adjudicaciones extrajudiciales, constitución de propiedad

horizontal, de patrimonio familiar, de sociedades o compañías, mutuos hipotecarios, resciliaciones, aclaraciones, ratificaciones, liquidaciones de sociedad conyugal.

Otra gran clasificación de los actos notariales, la tenemos en el artículo 18 de la Ley Notarial, esto es, las actas notariales, tales como: Para el levantamiento de protestos por falta de aceptación o de pago en letras de cambio o pagarés a la orden, (no es usual), remates y sorteos, reconocimiento de firmas en los documentos que presenten los interesados, extinción de patrimonio familiar de inmuebles, siempre que los interesados – propietarios, estén de acuerdo, caso contrario recurrirán al Juez de lo Civil, acta de subsistencia de patrimonio para donar, posesiones efectivas, disolución de la sociedad conyugal cuando sea por mutuo acuerdo de los cónyuges, la venta en remate voluntario, informaciones sumarias, negativa de recepción de documentos, requerimientos para el cumplimiento de contrato de promesa, apertura y publicación de testamento cerrado, actos de amojonamiento, divorcios por mutuo consentimiento, cuando no exista menores de edad y discapacitados a su cargo, emancipación voluntaria, declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo, declarar la existencia de la unión de hecho cuando la pareja esté de mutuo acuerdo, extinción de usufructo, la autorización de salida del país, contemplada en el Código de la Niñez y la Adolescencia.[33]

Otra clasificación de actos notariales, tenemos en las protocolizaciones de documentos privados o públicos, las certificaciones de documentos, el registro de firmas, conferir copias certificadas de los documentos o instrumentos que se hallen

---

33 CORPORACION DE ETUDIOS Y PUBLICACIONES, Código de la Niñez y la Adolescencia, 2010.

en el protocolo a su cargo, conferir compulsas de documentos, certificaciones de documentos o instrumentos electrónicos, así como aquellos actos en los cuales el Notario a rogación de parte interesada o por mandato de la Ley, debe concurrir a solemnizar, por ejemplo una diligencia de constatación o verificación de algún acto o hecho, sorteos, entre otros.

Todo esto constituye una enumeración general, no específica ni total, de los actos notariales, puesto que en el campo notarial y jurídico en sí, existen muchos más que están dispersos en distintas normas y leyes, inclusive en Tratados y Convenios Internacionales.

4.2.4. REQUISITOS EN LA UNIÓN DE HECHO

Los más usuales dependiendo del acto o contrato, los requisitos de fondo y de forma, los encontramos desde el artículo 26 al 30 de la Ley Notarial, como son: Los nombres y apellidos de los otorgantes, testigos, a fin de identificar a los contratantes y saber sobre su capacidad a través de sus documentos de identificación y constatar cualquier impedimento legal entre ellos, por ejemplo en un contrato de compraventa que se celebre entre padres e hijos cuando éstos últimos sean menores de edad; los nombres del Notario, el lugar donde se celebra, a fin de saber que el contrato se celebra ante funcionario competente, la libertad con la que actúan, esto es, sin coacción o fuerza; la cosa, cantidad o materia de la obligación, es decir, que las cosas estén dentro del comercio y que estén dentro de las atribuciones del funcionario ante quien se otorga, así como de las obligaciones mutuas a que las partes se obligan;

lugar y fecha de otorgamiento, a fin de que surtan los efectos legales en cuanto a futuras reclamaciones judiciales que den lugar por ejemplo a vencimiento de obligaciones, prescripciones, etcétera; así como la designación de intérpretes cuando el otorgante no conoce nuestro idioma oficial, a fin de que la parte contratante sepa el objeto y resultados del acto o contrato; en fin, otras formalidades prescritas en la Ley, como es el caso de intervinientes mudos, sordos, ciegos, así como la suscripción de los contratantes en el documento en unidad de acto con el Notario, luego de haberlos leído e instruido, se cumplirá el pago de los tributos si causare el acto o contrato.

El contrato debe reunir los requisitos esenciales para su validez y existencia legal, como son el consentimiento, la voluntad, la causa y el objeto lícitos y posibles, para que surtan eficacia jurídica, por ejemplo en el consentimiento que no esté viciado, siendo sus vicios el error, fuerza y dolo; que la voluntad sea libre y espontánea,, caso contrario estarán sujetos a las sanciones de nulidad, revocación, rescisión, resolución, según el caso. Igual se hará con la escritura pública puesto que también debe reunir ciertas solemnidades y requisitos legales.[34]

En cada uno de estos actos y contratos, se deberá cumplir con demás requisitos y formalidades de fondo y de forma, como son los documentos habilitantes como partidas de nacimiento, documentos de identificación, poderes y otros documentos que justifiquen la representación legal, como las autorizaciones judiciales, nombramientos en caso de personas incapaces y jurídicas, en este último caso, que

34 CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código de Procedimiento Civil. 2010.

deberá ser inscrito legalmente y estar vigente por el tiempo en ellos establecido, caso contrario no tendrá validez legal; así como otros requisitos que acrediten el estado de las cosas o de los bienes, pago de tributos, a más de la petición o minuta, patrocinada por un Abogado en libre ejercicio profesional, dependiendo del tipo de acto o contrato, por mandato de la Ley. Cabe aclarar que la petición antes referida, no es minuta, también cabe distinguir que determinados actos notariales, no siempre tienen el carácter de escritura o instrumento público, tales como reconocimientos de firmas, protocolizaciones, entre otros. Otro requisito indispensable aunque no dicho expresamente en la Ley, es el certificado de hipotecas y gravámenes del Registro de la Propiedad correspondiente, para verificar que el bien objeto del negocio, esté libre de hipotecas, embargos y prohibiciones de enajenar judiciales y otras que limiten el dominio o que prohíban la venta o enajenación impuestas por personas particulares o por orden judicial, a fin de constatar que dicho bien esté dentro del comercio, que la persona que vende sea la propietaria, su historial de dominio a través del estudio de los títulos adquisitivos de dominio y su correcta especificación y ubicación del bien inmueble, excepto en los casos de le venta se cosa ajena y la falta de título adquisitivo de dominio, que es capítulo aparte y con otros requisitos legales. Es importante aclarar que la prohibición voluntaria de enajenar, no impide su venta o nuevas hipotecas o garantías sobre dicho inmueble, ya que no surten efecto, sino únicamente las ordenas por autoridad judicial.

Consideramos como valedero la exigencia de cada uno de los requisitos y formalidades que se debe cumplir tanto para la eficacia de los contratos, cuanto para los documentos o instrumentos públicos o privados en general, para los que está facultado el Notario, puesto que son la esencia misma para su eficacia y seguridad de

los contratantes. Mientras más exigente sea su cumplimiento, más seguridad jurídica tendremos.

Debemos reconocer que si existen normas claras y requisitos previos, pero no suficientes, no obstante en ocasiones no se cumplen, pues existe descuido en determinados funcionarios o profesionales en este aspecto, existentes limitantes y vacíos legales, inclusive en aquellos que no actúan con los principios de moralidad y buena fe, parecería que se ha hecho costumbre la búsqueda de obstáculos o quizá por la excesiva confianza de que todo saldrá bien dejando pasar por alto determinados requisitos o solemnidades, pues siempre pensamos en la buena fe de las personas, que al final resulta lo contrario, dando como respuesta graves perjuicios y litigios judiciales.

Resumiendo todas y cada de estas normas legales anteriormente citadas no hacen sino reafirmar las calidades de jurista, asesor, instrumentador, fedatario, etcétera, con que debe contar el Notario en el ejercicio de sus funciones. Todo aquello hace que la intervención del notario en los distintos actos o contratos, sea de suma importancia ya que implica una actividad de interés general, siendo menester que el Notario cada vez sea un profesional con profundo conocimiento legal y valores éticos y morales en esta delicada función, ya que a través de su fe pública dada por el Estado, permite que los actos y contratos, satisfagan los intereses de los usuarios, dando seguridad jurídica y legalidad al documento, con equidad, justicia y evitando perjuicios y conflictos judiciales.

4.2.5 PRINCIPIOS NOTARIALES

4.2.5.1 DEFINICIONES

Los principios notariales no son más que el conjunto de obligaciones que tiene el Notario impuestos sea por la Ley Notarial, Normas Conexas e incluso principios, derechos y garantías Constitucionales que debe aplicar en todos los actos y contratos que ante él se celebren.

Sobre su variedad se desarrollará en el punto de este capítulo llamado Principios Aplicables a la función notarial.

4.2.5.2 IMPORTANCIA

La importancia radica en que sin la aplicación de los principios de seguridad, legalidad, de rogatio o requerimiento, del dispositivo, de matricidad, de publicidad, de inmediación, de unidad de acto, nos encontraríamos frente a un simple funcionario que no representaría a la fe pública, que sus actos se encontrarían plagados de ilegalidades y dudas, lo que sin lugar a dudas no habrían permitido el avance y desarrollo de la actividad notarial.

4.2.5.3 PRINCIPIOS APLICABLES A LA FUNCION NOTARIAL

El Principio de Seguridad respecto de las personas es la obligación que tiene el Notario de solicitar, a quienes comparecen ante él a la celebración de un acto o

contrato, sus documentos de identidad, los habilitantes que sean menester en el acto o contrato a realizarse, asegurando de esta manera al o los intervinientes, a las personas que harán uso del documento o que lo recibirán; por ejemplo en el caso de compraventa de inmuebles exigirá a más de la identificación de comprador y vendedor, pago de impuestos, certificado del Registro de la propiedad, todo lo que da seguridad al negocio, asegurándose que los vendedores reciban el precio y que el comprador lo pague, es decir, asegura el derecho de los vendedores y de los compradores o acreedores.

El principio de seguridad con respecto del documento o instrumento se concretan a las observaciones que realiza el Notario antes de elevar a escritura pública la minuta que se le presenta, la redacción con que se elabore, la lectura íntegra del contenido de la matriz; las advertencias que realiza el Notario a los otorgantes con relación a los derechos y obligaciones de cada parte, garantiza el alcance del documento como tal y da seguridad jurídica a los contratantes, principio que se halla claramente establecido en nuestra Constitución.

El de seguridad en lo relativo al acto o contrato se da al elevar a escritura pública la minuta que le presenta un abogado, firmada por éste, e incorporarla al Registro de Escrituras Públicas, es decir, al protocolo de manera sistemática, ordenada, cronológica, cumpliendo con las exigencias que con este respecto le determina la Ley Notarial, da seguridad al acto o contrato que reposará bajo su responsabilidad y asegura que las estipulaciones que las partes han determinado, no sean cambiadas, modificadas a partir de su intervención y custodia, dando de esta manera seguridad a

quienes han acudido ante él, contribuyendo de esta manera a la estabilidad de las actividades surgidas de las relaciones económicas del mercado y no simplemente a la fuerza del poder del soberano al pretender imponer la credibilidad en este funcionario, surge esta actividad de la necesidad de los comerciantes y particulares de la seguridad de sus actos y contratos lo que hace que el Estado busque proteger a sus mandantes, revistiendo, entonces, con el acto instrumental de fe pública con la intervención del Notario.

El principio de legalidad se refiere a que el Notario únicamente puede ejecutar actos o dar fe pública de lo que la ley le permita y apegado a las normas constitucionales y legales; por ende, es obligación del Notario el revestir de legalidad el acuerdo de voluntades de los contratantes, previo al estudio del acto o contrato que se pretende realizar y legalizar y la única manera en que pueda hacerlo es conociendo el ordenamiento legal en general y aquel que regula la actividad notarial, verificando requisitos, formalidades, solemnidades. Gonzalo González Galviz, al respecto dice que puede considerarse a este principio como el que transmite más importancia a la labor del Notario en su labor como dador de fe a los actos, contratos o negocios que se cumplen ante su presencia, desechando aquellos actos o contratos que pueden degenerar en vicios que impidan el nacimiento del acto o negocio o que lo hagan total o parcialmente ineficaz; pues, lo contrario iría contra la fe pública y los demás principios que hemos dejado anotados y de los que a continuación seguiremos determinando.

El principio que se refiere al de rogatio o requerimiento no es sino la facultad que tiene el interesado de pedir al Notario la realización del acto o contrato, elevando de esta manera el nivel de competitividad de las notarias, lo que obliga al titular de ellas a elevar sus conocimientos, prepararse constantemente y a brindar un excelente servicio a los usuarios.

En lo que respecta al principio dispositivo, al leer o escucharlo nos imaginamos como en cualquier otra área: actuar en base a lo que la ley dispone, sin embargo la doctrina se refiere a la obligación del Notario de actuar exclusivamente en base de las disposiciones de los contratantes, es decir, no puede extralimitarse en plasmar en la escritura matriz ninguna voluntad que éstos no hayan establecido o querido, lo que las partes mismas han acordado, vale reiterar que debe plasmar con toda fidelidad y precisión conceptual posibles, lo que las partes mismas han acordado.

En materia contractual, la voluntad es soberana; es ella la que dicta el derecho. El contrato nace del acuerdo de voluntades y es ese acuerdo el que salva ciertas restricciones impuestas por razones de orden público o de moral con el propósito de proteger a los incapaces, determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo. Es la libertad de la que gozan los participantes para realizar actos y contratos.

En hablando del principio de matricidad éste se refiere a la obligación del notario de llevar l protocolo con todas las matrices o escrituras públicas que éste haya autorizado. Este principio tiene como fin la custodia de los instrumentos notariales,

es por ello que debe agregarlos en forma cronológica a fin de evitar se inserten en forma indistinta lo que daría lugar a múltiples anomalías por no decir ilegalidades. La matricidad supera, incluso, los fines del derecho y hace del notario un apoyo, en veces irremplazable de la investigación histórica. Entonces, además, el Notario es un depositario y archivador de documentos que le son confiados, responsable por su integridad ideológica y material.

Este principio tiene relación directa con los archivos públicos y organizados que guarda, custodia y vigila, escrituras públicas con sus anexos que se llama protocolo de escrituras.

Respecto del principio de publicidad en el ámbito notarial se puede asegurar que data de tiempos inmemorables, como su nombre lo indica los documentos que se presentan y que reposan en las notarías son públicos, cualquier persona puede exigir fotocopias de los mismos, pero debe tenerse en cuenta la disposición del Art. 6 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos que determina la custodia de los datos de carácter personal, otorgando seguridad para protegerlos y garantizar la reserva de los mismos, de su información y que para información sobre patrimonio de las personas, se dice debe pedirse de manera motivada y justificada, determinando el uso que se va a dar; existiendo también excepción respecto de los testamentos y fideicomisos mercantiles cerrados de los que no se pueden pedir copias porque ni el propio Notario conoce de su contenido mientras el testador esté con vida, pero cualquier persona puede saber que en determinada Notaría existe determinado testamento.

En cuanto al principio de inmediación, que es el contacto directo del Notario con las partes que intervienen en los actos y contratos que ante él se efectúan y firmar en unidad de acto con los interesados, se manifiesta respecto de las personas en la comparecencia y de las cosas en la exhibición, considerando que la actividad notarial es fáctica de *visu et auditu siu sensibus y* en ello se fundamenta el principio de autenticidad y fe notarial.

Por último, nos referiremos al principio de unidad de acto, esto quiere decir que al efectuarse, celebrarse un contrato ante Notario Público, los comparecientes deben estampar sus firmas al término del documento en unidad de acto con el Notario, en la práctica esto no sucede, ya que, en la mayoría de las Notarías, no en todas, se acostumbra que los comparecientes suscriban el contrato indistintamente de acuerdo a su disponibilidad de tiempo y quien recepta las firmas es un auxiliar del Notario, violándose la unidad de acto e inmediación, conforme se ha dejado sentado en líneas anteriores, entonces, insistimos que es el Notario, de acuerdo a la Ley de la materia y este principio quien debe firmar, en unidad de acto con las partes el documento que se ha elevado a escritura pública o en un acto notarial que requiera de esta solemnidad.

4.2.6.1 EL MATRIMONIO

4.2.6.1.1 DEFINICION.

El Código Civil Ecuatoriano, en su artículo 81, define al MATRIMONIO como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir

juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, entendiéndose que deben ser de distinto sexo y monogámico.[35]

La Constitución de la República del Ecuador, dice que "**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**", permitiendo por tanto entre personas del mismo sexo.[36]

Entonces, vemos que la Carta Magna determina una nueva concepción sobre el matrimonio, toda vez que ya no se menciona que sea un "contrato solemne", le ha suprimido esta parte, determinando que es la unión consensual entre hombre y mujer, quienes tienen igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal.

El Dr. Guillermo Cabanellas, en su obra Diccionario Jurídico Elemental, define al MATRIMONIO CIVIL, al celebrado ante el funcionario competente del Estado, conforme a la legislación ordinaria.

Por lo que de estas definiciones, surgen algunas divergencias:

Se dice que es un contrato por algunos tratadistas, posición que es bastante criticada, ya que otros dicen que mejor se le atribuye el carácter de institución, compuesta por reglas imperativas; como indicamos la Constitución de la República del Ecuador, ha asumido el criterio de que se trata de una institución jurídica y ya no de un contrato solemne, por lo que insinuamos la reforma respectiva en el Código Civil.

[35] CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Civil. 2010.
[36] CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Constitución de la República del Ecuador.

Ahora bien, para que surta efectos legales debe observarse el cumplimiento de las formalidades determinadas en el artículo 102 del Código Civil, esto es, las relacionadas con solemnidades para que se considere válido el matrimonio.

De estas concepciones, a nuestro criterio, la más acertada sería que tenga el carácter de institución, antes que un contrato, ya que los efectos legales del contrato en general y los del matrimonio civil –entendiéndose por monogámico en virtud del concepto de la unión entre personas de distinto sexo, son distintos por su naturaleza, no obstante que deben cumplir ciertos requisitos, formalidades y solemnidades, entonces, mejor le consideraríamos como un acto, obviamente del que se desprenden derechos, deberes y obligaciones como prescribe la ley para cada caso, es más, al referirnos a que sus efectos son distintos, queremos explicar que el matrimonio propiamente se liga a una unión de cuerpos de tipo afectivo, con el fin de procrear, hacer vida en común y el auxilio mutuo.

Es importante como referencia, que el matrimonio pueda celebrarse ante Notario tal como se lo hace con el divorcio consensual al cual ya está facultado el Notario, y valga la oportunidad en este caso, también hay un vacío de ley, que es otro tema de suma importancia para proponer una reforma legal a fin de que el Notario tenga estas facultades, tomando en cuenta además que las uniones de hecho ya se las realiza por acto notarial, nos preguntamos, por qué no el matrimonio civil, siendo también un acto de jurisdicción voluntaria, que inclusive no está sujeto a tantos requisitos y solemnidades de otro tipo de actos y contratos, debido a sus efectos como ya dejamos expuesto.

En definitiva, el matrimonio celebrado legalmente, es el que regula las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la situación legal de los bienes de propiedad individual de los cónyuges, entre otros derechos y obligaciones, constituye la célula fundamental de la sociedad.

Como propósito fundamental del matrimonio civil, podemos decir que siendo su esencia el afecto, antes que otro tipo de obligaciones y derechos, es la propagación de la raza humana, de compartir la vida en común de apoyarse uno a otro en el amor conyugal.

Vale la pena hacer una crítica en cuanto al contenido del anterior Código Civil, esto es, al decir, que se "unen un hombre y una mujer se unían actual e indisolublemente y por toda la vida", dando a entender que el matrimonio no se terminaba sino con la muerte, lo que era contradictorio al menos en el Ecuador, al existir ya la institución del divorcio.

A nuestro criterio, consideramos que el actual concepto de matrimonio es el más apegado a nuestra realidad, en el sentido que no estamos de acuerdo que sea indisoluble, pues cada quien tiene el derecho a decidir por su libertad y conciencia y no estar atado a ciertas reglas que no concuerdan con el aspecto afectivo de la pareja que es el espíritu y esencia conceptual del matrimonio.

4.2.6.1.2 RESEÑA HISTORICA

Institución socio- jurídica que fue reconocida desde los tiempos del incario, donde se aceptaba la poligamia y el matrimonio ante todo característica de un rito religioso, que obviamente estaba protegido por el Estado se constituía en la forma común de conformación del grupo.

En la época colonial la institución del matrimonio se encuentra bajo la influencia que a aquel le habían atribuido las legislaciones europeas plagadas de fanatismos religiosos católicos. En las primeras épocas se rige por las leyes propias de España a las que se debían los conquistadores y a las sometieron a los pobladores del territorio conquistado y posteriormente por Las Leyes de Indias, que fueron un cuerpo jurídico propiamente dictado para regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos incluyendo a los del territorio americano.

El Derecho Canónico que orientó al matrimonio durante la época colonial, manifestó incluso su influjo hasta los primeros años de la vida republicana.

Antiguamente los mitos de la religión tenían mucha influencia en la estabilidad de los matrimonios. El paso del tiempo ha ido desvalorizando ciertas creencias sobre la justicia divina haciendo necesaria y urgente la creación de la justicia de hombre. Una justicia que para ser ejecutada tiene que estar basada en deberes y derechos de los individuos dentro de una sociedad.

Con la adopción por parte del Ecuador del Código de Andrés Bello, se instituyó por primera vez el matrimonio como institución del Derecho Civil en el Ecuador en términos bastante similares a los actuales, al menos en el concepto.- El Código Civil de 1889, en su artículo 81 **manifestaba**:

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente."

Sin embargo, aún no se advierte una plena separación entre el matrimonio civil y el matrimonio eclesiástico, por el contrario se da autoridad a la iglesia para calificar la validez de un matrimonio o la imposibilidad de que aquel se celebre. Así el Art. 100 del Código Civil de 1889, decía: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído. La ley civil reconoce como impedimento para el matrimonio los que han sido declarados tales por la iglesia católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la existencia y conceder dispensa de ellos". Como nuestro país era todavía un Estado confesional que reconocía y practicaba como religión oficial al catolicismo, dicho artículo se encuadraba plenamente en ese sistema.

El 1 de enero de 1903, como consecuencia del liberalismo que se imponía como idea de gobierno del Ecuador, se establece la Ley de Matrimonio Civil, que reconoce al matrimonio como una institución propia del derecho privado, y a su vez abre la puerta a modernas corrientes jurídicas que planteaban el divorcio como forma de terminación del matrimonio; aunque, obviamente esto dio lugar a una gran polémica

entre el Estado y los sectores clericales que a ultranza se oponían al divorcio calificándolo de grave herejía. El divorcio se concedía únicamente por el adulterio, la mujer y las personas divorciadas solo podían contraer matrimonio luego de que hayan transcurrido diez años.

En la reforma introducida al Código Civil en 1912, se establecen otras causales de divorcio, introduciendo incluso el divorcio por mutuo consentimiento. Desde 1935 el divorcio por mutuo consentimiento se realizaba mediante un trámite sumarísimo que duraba un día y que se practicaba ante los jefes o tenientes políticos de jurisdicción parroquial; incluso se establecía el divorcio tácito que se daba por la separación voluntaria de los cónyuges, sin relaciones maritales, por más de tres años.

Los divorcios por causal o contenciosos se acogían al trámite verbal sumario, como en la actualidad. En el año de 1940 se suprime el trámite sumarísimo para el divorcio por mutuo consentimiento.

Asimismo en 1958, se determina el divorcio semi - pleno o la separación conyugal judicialmente autorizada, retocándose también las causales de divorcio, aunque sin suprimir ninguna y se corrigieron algunos defectos formales o contradicciones de la ley.

En la Constitución de 1978 se prescribe la unión marital monogámica y estable, sin matrimonio, debería producir efectos patrimoniales similares al vínculo matrimonial,

lo cual fue regulado por la Ley 115 promulgada en el Registro Oficial 399 del 29 de diciembre de 1982.

La Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, pretende perfeccionar la igualdad de los cónyuges, y en algunos puntos lo consigue, en cuanto declara la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, la posibilidad de aquellos que elijan de común acuerdo su domicilio, pues debe recordarse que antes de dichas reformas el marido podía obligar a la mujer a seguirle a donde el tuviere a bien radicarse.

La Ley No. 88 publicada en el registro Oficial 492 del 2 de Agosto de 1990, reforma la causal de divorcio 11ava, determinado como tiempo necesario de abandono para que cualquiera de los cónyuges, incluso el culpable, pueda plantear el divorcio hasta tres años, y en un año para quien ha sufrido el abandono.

Debemos agregar que en cuanto al concepto de matrimonio, lo que se ha cambiado en los tiempos actuales es la característica de vínculo indisoluble y perdurable y en el hecho de que ya no selo considera un contrato solemne, en lo demás subsiste plenamente en su concepto inicial y en sus finalidades básicas.

El matrimonio civil constituido legalmente, es el que regula las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etcétera.

Desde las conceptualizaciones más burdas hasta las más complejas, el matrimonio civil es la forma legal (para el Estado) de formar una familia, que debe cumplir con ciertos requisitos que el legislador ha denominado elementos de existencia y de validez; los primeros de ellos (de existencia), tienen por finalidad el surgimiento a la vida jurídica, mientras que los segundos planifican los efectos, imposibilitando la nulidad".

Para vivir en armonía los legisladores han considerado necesario crear leyes que rijan los actos de los ciudadanos en todas partes del mundo.

El acto del matrimonio legalmente constituido es la primera institución que reconocen los Estados, el mismo que se da a través de la unión de un hombre y una mujer, en su derecho mutuo, forman un hogar fundamentado en alianza mutua. Dentro de este acto legal, del matrimonio civil los contrayentes están sujetos a darse y aceptarse uno a otro con el propósito de propagar la raza humana, de educar su prole, de compartir vida en común, de apoyarse uno a otro en el amor conyugal íntegro por una unión perdurable.

Desde los inicios de la constitución del matrimonio civil como tal, los legisladores consideraron que debe tener elementos de: existencia, validez y licitud, para generar el surgimiento de la vida jurídica y por otro lado imposibilitar la nulidad del matrimonio.

En cuanto a los de existencia del matrimonio, debe contar con tres elementos: voluntad, objeto lícito y solemnidad.

El primer elemento consta de un acuerdo unilateral entre las dos personas, la voluntad o consentimiento debe ser manifestada expresamente con un "si" pues de no ser así, la voluntad estaría afectada de manera tal que la violencia inducida a coaccionar la libertad de decisión afectaría la existencia del matrimonio. Para poder manifestar libremente la voluntad de contraer matrimonio, debe la persona ser consciente del objeto del mismo; desde los comienzos de la regulación civilista del matrimonio, hay dos principales consecuencias del acto matrimonial: fundar una familia o comunidad permanente de vida, así como la ayuda que mutuamente deben de prestarse.

Se considera al matrimonio la primera institución regulada por el Estado, para su constitución legal debe cumplir con las solemnidades que determina el Código Civil en su Art. 102.

Para que un matrimonio este plenamente constituido debe cumplir con estos requisitos de ley, siendo esta es una parte fundamental a la hora de contraer matrimonio, ya que si uno de los dos cónyuges no los cumplió por falta de voluntad o por no estar en mutuo acuerdo automáticamente pierde la validez el acto.

La validez consiste en la legalidad de los actos jurídicos para sustituir efectos legales en este caso la diferencia entre nulidad y divorcio es, precisamente, la temporalidad de los actos que dan causa a éste; el divorcio es por acontecimientos posteriores, mientras que la nulidad, solo declara la inexistencia de lo que nunca fue válido. Una

de las finalidades secundarias es la procreación, que sería imposible si la capacidad reproductiva se viera limitada debido a la edad, razón por la cual el Código Civil manifiesta que la edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años para las mujeres y de 16 años para los hombres. La voluntad de los contrayentes debe estar ausente de vicios de la voluntad, que los mismos que pueden reducirse a cinco casos: Error en la identidad, dolo, mala fe, violencia o intimidación y lesión. Esta voluntad debe ser real, no sería como generalmente se dice.

También el Código Civil menciona que los impedimentos para contraer matrimonio válido son: La falta de edad, de consentimiento de quien deba ejercerlo, parentesco, el adultero entre los que pretendan contraer matrimonio, atentado contra la vida de anteriores cónyuges, fuerza o miedo grave, embriaguez habitual, impotencia incurable, idiotismo o imbecilidad, matrimonio subsistente al momento de contraer nuevas nupcias. Si los contrayentes no acataran estos puntos, el matrimonio sería nulo de origen, por lo tanto correspondía declarar la nulidad por parte de un juez de lo familiar. Al momento que se contraía matrimonio se hacía el cambio de estado civil, originando una serie de consecuencias jurídicas con respecto al otro cónyuge, a los bienes y a los hijos.

Luego de haber analizado el matrimonio civil desde su concepción se puede manifestar, que para constituirse como tal, y para que llegue a ser la primera institución del estado; debe cumplir con ciertos requisitos y elementos de existencia y validez que le den el carácter jurídico que exigen los estados.

Estos elementos tan fundamentales para constituir el matrimonio en la actualidad se hallan vigentes en el Código Civil.

Así lo menciona en su obra el Dr. Juan Larrea Holguín y dice "Concretamente para que exista el matrimonio, debe reunirse tres condiciones:

1. La diferencia de sexo de los contrayentes;
2. El consentimiento de las partes;
3. La manifestación de consentimiento delante del funcionario correspondiente."

De acuerdo a lo que cita el Dr. Holguín, la existencia del matrimonio se da, así las condiciones que se mencionan anteriormente no se cumplan en su totalidad, ya que luego podemos hablar de nulidad del matrimonio y no de inexistencia del mismo.

También cita la regla más general sobre el elemento de validez, que es el "Art. 9 del Código Civil: Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".

El elemento de licitud, en un matrimonio a más de ser valido debe ser lícito, o planamente lícito; no debe contravenir ninguna prohibición, es decir, no debe haber ningún impedimento; debe cumplir con todas las solemnidades legales.

Encontramos en nuestro Estado en sí dos clase de matrimonio, a saber el civil y el eclesiástico, el primero regulado por nuestro Código Civil y el otro por las normas religiosas, especialmente de la iglesia católica.

4.2.6.1.3 REQUISITOS

En cuanto a los **r**equisitos para su existencia y validez, El doctor Luis Parraguéz Ruiz, menciona los requisitos que el matrimonio civil debe reunir para su existencia y validez.[37]

*En lo tocante a los requisitos de existencia**,** son los que se refieren al nacimiento mismo del acto.*

a**)** Diferencia de sexo de los contrayentes

b) Expresión del consentimiento, que sea libre de vicios.

c) Celebración ante un funcionario autorizado.

Como en todo acto jurídico, la eficacia legal del matrimonio civil está subordinada al cumplimiento de ciertos requisitos sin los cuales o no existe o no tiene validez.

En cuanto al primer requisito, esto es, la diferencia de sexo de los contrayentes, nuestra legislación prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo, nuestra actual Constitución, en su artículo 68 contempla la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, es decir, para efectos de las uniones de hecho, no distingue que deben ser de distinto sexo, lo que ha sido muy criticado por algunos sectores de la sociedad; pensamos que se debe respetar la decisión de cada persona ya que es un derecho que

[37] PARRAGUEZ RUIZ, Luis: Manuel de Derecho Civil Ecuatoriano, personas y familia, volumen 1. Ediciones Jurídicas. Quito.

la Constitución lo permite, con tal que no atente a la ley, a la moral y a las buenas costumbres.

Este requisito no se halla expresamente contemplado en el Código Civil, pero si lo menciona en su artículo 81 al referirse a la unión entre un hombre y una mujer así como la Constitución de la República en su Art. 67 inciso segundo cuando se refiere igualmente a la unión entre hombre y mujer.

Consideramos que este requisito, tiene su razón de existir en la Ley, en virtud de que la finalidad del matrimonio tal como está dado su concepto, tiene como principio la procreación, siendo imposible consecuentemente este hecho entre personas del mismo sexto, es más, si pensamos que en nuestro país siendo gran parte católico, lógicamente lo consideran como inmoral y nada ético. Sin embargo, si partimos únicamente del concepto de vivir justos y auxiliarse mutuamente, y más concretamente guiado al afecto y al amor, pensamos que sería procedente, aún contra la crítica social, pero se debería respetar la voluntad y decisión de las personas que lo realicen, puesto que es un derecho que la ley ampara a todos, tal es el caso de las uniones de hecho, que nuestra misma Constitución ya permite estas uniones entre personas del mismo sexo, al no especificar claramente en tal sentido. De esto ya tenemos casos en otros países del planeta.

En cuanto al consentimiento, éste debe ser manifestado y que no adolezca de sus vicios que son: Error fuerza y dolo. Tampoco consta expresamente en la Ley, pero si lo establece el artículo 102 en cuanto a las mal llamadas solemnidades del matrimonio, que deberían llamarse requisitos para concordar con la definición de

nuestra Constitución. El consentimiento es uno de los requisitos de mayor importancia, ya que gira todo a través de la voluntad manifiesta de los contratantes de contraer dicho matrimonio, es así por ejemplo que no habrá consentimiento cuando uno de los contrayente o ambos desconocen que se haya celebrado el matrimonio o también cuando ha actuado sin conciencia, como es por ejemplo la enfermedad mental, que priva del uso de la razón o, también la interdicción, que es la privación a ciertas personas para administrar sus bienes, como son los dementes, disipadores, toxicómanos. En este vicio generalmente se atenta contra la libertad y espontaneidad con la que debe actuar la persona.

El error se da en aquellos casos de la identidad del otro contrayente, es la falsa apreciación que una persona tiene de la realidad, pero que de no medir esa falsedad, no lo hubieses contraído. Este impedimento lo tenemos en el artículo 96 del mismo cuerpo legal antes mencionado, referente a los impedimentos impedientes, es decir debe recaer dicho error sobre la identidad física del otro contrayente o sobre cualidades o atributos que fueron determinantes en el consentimiento. Hay autores que consideran que el error en la identidad de la persona se refiere a la física, mientras otros afirman que se da en las cualidades o atributos, de lo penderá la nulidad del matrimonio.

Juan Larrea Holguín, es claro al afirmar que el error en cuanto a la identidad acarrea la nulidad, como lo establece el Código Civil Ecuatoriano, mas no en cuanto a las cualidades.[38]

[38] LARREA HOLGUIN, Juan: Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. Tomo II.

Es decir, hay causales por las que no dan lugar a la existencia del matrimonio como la que acabamos de analizar, y hay otras por las que si dan lugar a la existencia, pero que están viciadas, como es por ejemplo el caso de las amenazas, que a la postre llegan a la nulidad, dando lugar a las nulidades absolutas y relativas.

Otro vicio del consentimiento**,** es la fuerza, como es por ejemplo el rapto de la mujer que no haya recobrado su libertad al momento de celebrarse el matrimonio, también tenemos otro elemento que es la seducción o el engaño y las amenazas que deben ser graves y serias. Graves cuando infunden temor irresistible. Serias, es decir que llegue a producirse efectivamente tal amenaza y, que deben ser actuales, debe existir la fuerza moral al momento de celebrarse el matrimonio. En estos casos el consentimiento está viciado, ya que de no mediar estas circunstancias, no se hubiere consentido en tal matrimonio.

Por último tenemos el dolo, que es todo artificio o maniobra para engañar a una persona, provocándole error a fin de inducirla en forma premeditada y maliciosa para que dé su consentimiento para celebrar un acto o contrato.

En cuanto al último requisito de existencia, esto es, que debe celebrarse ante autoridad competente, es preciso primero señalar la diferencia entre lo que es funcionario autorizado y funcionario competente.

Funcionario autorizado**,** es aquel al que la Ley le ha encomendado la función de celebrar matrimonios civiles, como son los Jefes de Oficina del Registro Civil, los capitanes de naves y aeronaves ecuatorianas en alta mar o fuera del espacio aéreo

nacional y los agentes diplomáticos y consulares ecuatoriano acreditados en el extranjero.

Funcionario competente**,** es el autorizado que ejercita sus facultades dentro de la jurisdicción funcional o territorial que la propia Ley le ha asignado.- Así por ejemplo, para celebrar matrimonios civiles en Quito, Distrito Metropolitano, es competente de entre todos los Jefes de Oficina del Registro Civil del país, solo el Jefe de Oficina de Quito o su delegado.[39]

En territorio extranjero, son competentes para celebrar el matrimonio civil, entre ecuatorianos, ecuatorianos y extranjeros, y entre extranjeros residentes en el Ecuador, los Agentes Diplomáticos y Consulares Ecuatorianos, quienes para el efecto, tendrán las obligaciones y atribuciones de un Jefe de Registro Civil, dichos funcionarios deben hacer la inscripción en duplicado, una en sus propios registros y copia para remitir al Registro Civil del Ecuador.

En el caso de matrimonios celebrados en una nave ecuatoriana en alta mar o en aeronave fuera del espacio aéreo nacional, es competente el CAPITAN de la nave o aeronave, a quien la ley de Registro Civil confiere también la calidad de Jefe de Registro Civil, para estos efectos.- Estas personas remitirán las inscripciones en duplicado al Agente Diplomático o Consular del Ecuador más cercano al lugar del puerto o aeropuerto de arribo, quién a su vez enviará uno de los ejemplares al Registro Civil del Ecuador.

[39] CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de Registro Civil.

En cuanto a este punto, pensamos que debería también existir una reforma legal, a fin de que no sean competentes únicamente los funcionarios antes nombrados, ya que igualmente causan al usuario serios obstáculos en sus pretensiones; es decir, estimamos ser pertinente que se den facultades a otros funcionarios como es por ejemplo el Notario, para que celebre este matrimonio y tener una justicia más ágil y oportuna, garantizando el principio de celeridad, caso contrario, nos encontramos frente a un retroceso.

Estimamos que este requisito del consentimiento, es totalmente viable, puesto que apartándose de lo legal, ningún acto o contrato surte efecto como es lógico, si es que es dado a la fuerza, con engaños y con amenazas, de qué voluntad y consentimiento se puede hablar, ya que nadie quiere o ama a la fuerza, pues nadie está obligado a realizar tal o cual acto o contrato, sin su voluntad, de así serlo, tendríamos como resultado la traición, la posibilidad de cometer tal o cual delito, la separación de la pareja, el divorcio, causando serios problemas como ya analizamos, que generalmente los grandes perdedores son los hijos y la familia en general.

En los requisitos de validez**,** debemos tener en cuenta que:

a) Que el consentimiento sea libre y espontáneo.

b) La capacidad de los contrayentes.

c) Que se observen las solemnidades esenciales.

Los requisitos de validez se refieren a la aptitud para producir efectos jurídicos, el no cumplimiento de aquello, produce la nulidad, que puede ser absoluta o relativa.

En cuanto al consentimiento ya dijimos que debe ser libre espontáneo al momento de celebrarse el matrimonio, por parte de uno o de ambos contrayentes, es decir que no esté viciado.

En cuanto a la capacidad de los contrayentes, es la aptitud que deben tener ciertas personas; en este caso, el principio general es que toda persona es capaz para celebrar determinado acto o contrato, la excepción es la incapacidad, esto es, que determinadas personas por circunstancias especiales carezcan de dicha aptitud. Estas circunstancias se denominan impedimentos matrimoniales y son de dos clases:

Los unos, constituyen un obstáculo insalvable a la celebración del matrimonio, siendo los que acarrean la nulidad del matrimonio y se les conoce como dirimentes**.**

Otros en cambio solamente obstaculizan el matrimonio, sin que la omisión cause su nulidad, en virtud de que para estos casos la ley contempla otro tipo de sanciones, mas no la nulidad y se denominan impedientes o simples prohibiciones.

Los impedimentos dirimentes, a su vez se clasifican en absolutos y relativos**.**

Los primeros son los que impiden el matrimonio de una persona con cualquier otra, como en el caso de la impubertad, el vínculo matrimonial no disuelto, la demencia y la impotencia.

Los relativos en cambio, inhabilitan el matrimonio de una persona con ciertas y determinadas personas, como sucede con el parentesco, el homicidio del cónyuge, la coautoría de adulterio.

Analicemos cada uno de ellos:

La impubertad consiste en la falta de madurez sexual, que nos parece muy lógico esta prohibición, puesto que la finalidad del matrimonio es la procreación.

Al referirnos al vínculo matrimonial no disuelto, es lógico que este hecho conduce a la nulidad del matrimonio, puesto que nuestra legislación no contempla la bigamia.

En cuanto a la impotencia, es la incapacidad para procrear, requisito que no estamos muy de acuerdo, ya que en muchas parejas no es un obstáculo el no poder procrear, ya que lo más importante es el afecto y el amor.

En lo relacionado a la demencia, es la alteración o carencia de la razón, que puede ser permanente o temporal, que si lo estimamos pertinente, ya que la falta de la razón, priva que la voluntad y el consentimiento sea expresado libremente, pues no existe conciencia.

En lo referente a los impedimentos dirimentes relativos**,** como son el parentesco, nuestra ley imposibilita el matrimonio celebrado entre parientes dentro de toda línea recta de consanguinidad, es decir, hijos y nietos; así como a los que están dentro del segundo grado civil de consanguinidad en línea colateral, esto es entre hermanos; y, a aquellos parientes dentro del primer grado de afinidad, esto es, entre suegros y nueras

y entre suegras y yernos. Cabe recordar que en línea colateral no existe el primer grado.

Otro impedimento de esta clase, es el homicidio o asesinato del cónyuge, se refiere al marido o mujer.

Otro impedimento de esta clase, es el de la coautoría en el delito de adulterio, esto es, la unión sexual ilícita de una persona casada con una persona distinta de su propio cónyuge. Aquí es importante distinguir que generalmente determinadas legislaciones penales limitan el adulterio a la relación sexual de la mujer, mientras que para el hombre se denomina amancebamiento, que en nuestra anterior legislación se denominaba. En nuestra legislación se denominada "el correo de la mujer adúltera". **Tenemos además otros impedimentos, como son:**

La minoría de edad, en este caso hay que distinguir entre el menor púber y el impúber. Nuestra legislación contempla que el matrimonio celebrado con un menor púber es válido, pero será destituido el funcionario quien lo celebró, puesto no solo para el impúber se requiere la debida autorización de quien ejerza su patria potestad o de quien deba concederlo.

Otro de ese tipo de impedimentos, tenemos en el sordomudo, que es incapaz absoluto cuando no puede darse a entender por escrito, caso contrario es incapaz relativo.

En este punto debemos también analizar quienes están autorizados para concede dicha autorización, que pueden ser los padres, los guardadores o curadores o tutores, pero en muchas ocasiones o no lo permiten por razones no justificadas o no pueden por determinados impedimentos, en este caso, se acudirá al juez competente, ante lo cual estamos al frente de la figura jurídica del disenso, contemplada en nuestra legislación ecuatoriana, como es el caso de segundas nupcias, grave peligro de salud, es decir, enfermedades contagiosas, vida licenciosa, haber sido condenado penalmente con reclusión, esa persona con quien se va a contraer el matrimonio, la carencia de recursos económicos con los que pueda sufragar las obligaciones matrimoniales, en este último impedimento, no estamos de acuerdo, puesto que no debería ser para el matrimonio, sino mejor para causal de divorcio. Usualmente vemos cuantos casos en que la pareja contrae matrimonio sin tener una economía sólida o a veces nada, pero con responsabilidad, por qué no lograrlo, pensamos que más depende este aspecto de la clase social de la persona, en relación a la pareja.

Otra prohibición tenemos para con los guardadores de los menores de edad, esto es, que no pueden contraer matrimonio, los guardadores, tutor o curador del menor de edad, ni los ascendientes de éstos con el menor púber.

Tampoco estamos muy de acuerdo con esto, ya que muy bien pueden hacerlo, estimamos que generalmente se guía a la guarda en el aspecto económico, por lo que, debería permitirse dicho matrimonio siempre y cuando se garantice la seguridad de los bienes que posea el menor púber, ya que puede tratarse únicamente de un interés económico, mas no afectivo que lógicamente debería ser.

Otra de las prohibiciones encontramos en el viudo o viuda, que no podrá contraer nuevo matrimonio, mientras no haya realizado un inventario solemne de los bienes que se hallen administrando y que sean de propiedad de los hijos menores de edad. Haciendo un comentario a estos impedimentos, podemos decir que algunos realmente si proceden y estamos de acuerdo que estén contemplados en la ley, mientras que con otros no sucede igual y no están acordes a las actuales necesidades y avances del Derecho.

Si nos referimos por ejemplo al menos de edad púber, el mismo que por prohibición expresa de la ley requiere del consentimiento de su representante legal, sin embargo en ocasiones ya hemos visto que ya mantiene la unión estable con su pareja, tenemos que ya ha conseguido su madurez física y síquica quizá suficiente como para llevar adelante esta responsabilidad y, lo único que se está cometiendo es un truncamiento a sus anhelos y a su voluntad, de unirse legalmente bajo las leyes del matrimonio civil, trayendo como consecuencias negativas como son por ejemplo problemas familiares, como resentimientos, separaciones de la misma, confusión en sus decisiones y traumas sicológicos, entre otros.

Otros impedimentos ya enunciados como el rapto, el homicidio, la coautoría, pues no son muy usuales, hemos constatado en cuantas ocasiones que si ha existido el matrimonio con los supuestos culpables, pero sin no han sido descubiertos y el matrimonio a la final queda completamente validado, ya que es difícil que la pareja que realmente llega a consolidar este acto, declara en contra del otro a quien ama y que quizá por este causa, se llegó a cometer tal o cual delito en este sentido.

Pero, si estamos de acuerdo por ejemplo con la prohibición en cuanto al parentesco, ya que sería fatal, que se casen entre hermanos o entre padres e hijos, inclusive por razones de credo y de salud.

Además es importante aclarar que de todos estos impedimentos, encontramos que algunos son subsanables o son transitorios y que permiten solucionarse por el transcurso del tiempo y volver a celebrarlo válidamente, como son por ejemplo la impubertad, el menor de 16 años, el divorcio.

Hay otras que no son subsanables por lógicas razones, como es el parentesco, error de identidad de la persona. Hay otras que pueden subsanarse en determinadas circunstancias, como por ejemplo la impotencia en caso de ser temporal, la demencia si la ha recuperado su capacidad, el vínculo matrimonial no disuelto, inclusive el cambio de sexo.

En consecuencia, debería igualmente reformarse la ley, en estos aspectos, ya que algunas de estos impedimentos, sirven como muralla y no dejan que el Derecho avance, y en vez de dar soluciones o proteger a los contrayentes que es el ánimo del legislador, mejor causan graves problemas al verse truncadas sus aspiraciones como antes mencionamos, ya que es evidente la existencia de vacíos legales o limitantes como queda analizado.

El último requisito de validez, es que se observen los requisitos y las solemnidades esenciales, siendo importante distinguir a los celebrados en el Ecuador. En el

segundo caso, debemos distinguir el matrimonio celebrado entre ecuatorianos, entre extranjeros y entre ecuatorianos y extranjeros.

Cabe anotar que el extranjero que contraiga matrimonio civil en el Ecuador, adquiere los mismos derechos y obligaciones que rigen en el país. Igualmente si un ecuatoriano contrae matrimonio en nación extranjera, contraviniendo las leyes ecuatorianas, esta contravención surtirá en el Ecuador los mismos efectos que si se hubiere cometido en el Ecuador.

4.2.6.1.4 FORMALIDADES

Luego de haber analizado el matrimonio civil desde su concepción se puede manifestar, que para constituirse como tal, y para que llegue a ser la primera institución del estado; debe cumplir con ciertas formalidades, requisitos y elementos de existencia y validez que le den el carácter jurídico que exigen los Estados.

Estos elementos o formalidades son básicos para constituir el matrimonio:

Así lo menciona en su obra el Dr. Juan Larrea Holguín y dice "Concretamente para que exista el matrimonio, debe reunirse tres condiciones:

1. La diferencia de sexo de los contrayentes;
2. El consentimiento de las partes;
3. La manifestación de consentimiento delante del funcionario correspondiente."

De acuerdo a lo que cita el Dr. Holguín, la existencia del matrimonio se da, así las condiciones que se mencionan anteriormente no se cumplan en su totalidad, ya que luego podemos hablar de nulidad del matrimonio y no de inexistencia del mismo. También cita la regla más general sobre el elemento de validez, que es el "Art. 9 del Código Civil: Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención". El elemento de licitud, en un matrimonio a más de ser valido debe ser licito, o planamente lícito; no debe contravenir ninguna prohibición, es decir, no debe haber ningún impedimento; debe cumplir con todas las solemnidades legales. **Al hablar de los requisitos de forma para su celebración**, **tenemos:** La cédula de ciudadanía o de identidad, esto es para evitar suplantaciones de personas, verificar su edad, estado civil, entre otros impedimentos que pudieren existir.

- Certificado de votación.
- La presencia de dos testigos, los mismos que deben ser mayores de edad, legalmente capaces, hábiles quienes deben presentar su cédula de ciudadanía y certificado de votación, pudiendo a petición de parte actuar otros testigos.
- En caso de que uno de los contrayentes o los dos indistintamente tengan hijos menores de edad, bajo su patria potestad, deberán presentar a la Autoridad de Registro Civil, Identificación y Cedulación o su delegado, nombramiento de Curador Especial debidamente protocolizado; y, si estuviere administrando bienes de los referidos menores, presentará también inventario solemne de bienes, tramites que se practicarán ante un Juez de lo Civil. En caso de no ejercer la patria potestad como justificativos podrán presentarse: Resolución de la Autoridad competente o

declaración juramentada de no tener la patria potestad; para precautelar los bienes del menor, con respecto al nuevo matrimonio.

- Se hará constar en las actas correspondientes que suscribirán los contrayentes, el no tener hijos menores de edad. Podrán los contrayentes reconocer como suyo o suyos al o a los hijos que no lo fueren, así como que comparecen bajo el régimen de capitulaciones matrimoniales.
- Todo esto es bueno, ya que de esta forma se está protegiendo los bienes de los menores de edad y del contrayente o contrayentes, evitando así graves conflictos familiares y judiciales en el futuro.
- Si uno de los contrayentes fuere progenitor soltero, viudo o divorciado y tuviere hijos bajo su patria potestad, deberá presentar Nombramiento de Curador Especial y si administra bienes debe presentar un inventario de los mismos.
- Si uno de los contrayentes es extranjero residente, presentará el censo y la cédula de identidad; si no es residente, presentará el pasaporte con visa o permanencia legal.
- Además, en cualquier caso, presentará un certificado original de la filiación y estado civil del extranjero debidamente autenticado y traducido al español, de ser el caso.
- Si uno de los contrayentes es miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, necesitará la autorización de la Dirección de la institución a la que pertenezca, o certificado de exoneración.

4.2.6.1.5 SOLEMNIDADES

Entre las solemnidades esenciales del matrimonio**, t**enemos las siguientes:

1. La comparecencia de las partes por sí o por medio de apoderado especial. Estimamos que esta solemnidad es muy importante, ya que si no está presente físicamente o a través de su representante legal (apoderado), no podría expresar la voluntad y el consentimiento requeridos de contraer el matrimonio.

2. La constancia de carecer de impedimentos dirimentes. Sin embargo de haber falsedad la verdad, el efecto será la nulidad, y ante tal eventualidad de falsear a la verdad, la ley exige la comparecencia de dos (2) testigos que afirmen del hecho, para dar mayor seguridad jurídica al acto y proteger al contrayente de cualquier maniobra dolosa.

3. La expresión de libre y espontáneo consentimiento de las partes. Ya determinamos que es de suma importancia, ya que sin éste, no tendrá validez el acto matrimonial.

Presencia de 2 testigos hábiles.

La condición del testigo es que debe ser hábil, es decir que debe reunir las calidades de idoneidad, capacidad y credibilidad. No consideramos de mayor importancia, puesto que en ocasiones el testigo ni siquiera conoce a los contrayentes o a uno de ellos, generalmente son falsos o pagados, por razones reales que se han dado, ya que la autoridad no se preocupa en realizar una investigación en este sentido y únicamente se base en la buena fe y la supuesta verdad de la declaración. Es por ello, que nuestra legislación, prohíbe actuar como testigos para el matrimonio civil, a los dementes, a los ciegos, sordos y mudos, cosa que no estamos muy de acuerdo, ya

que éstos pueden darse a entender por escrito y puede cumplir su cometido a cabalidad, puesto que no se trata del sordomudo que es incapaz absoluto, al no darse a entender por escrito; prohíbe además como testigos a los notoriamente vagos y los mendigos, a los rufianes y las meretrices, los condenados por delitos que hayan merecido más de 4 años de prisión, a los que no entienden el idioma castellano o el propio ancestral. Este último punto, tiene razón de ser, ya que no entendería el objeto de su comparecencia. En los anteriores en cambio, tiene su razón de así ser, ya que estas personas no prestan la menos confianza ni seguridad de sus declaraciones, pues su conducta y su verdad están en duda.

5. El otorgamiento y suscripción del acta matrimonial. Esta solemnidad si la estimamos que debe mantenerse en la ley, puesto que se plasma en el consentimiento, voluntad y aceptación del acto matrimonial.

Resumiendo, para que un matrimonio este plenamente constituido cumplirá con estas solemnidades de ley, siendo esta es una parte fundamental a la hora de contraer matrimonio, ya que si uno de los dos cónyuges no las cumplió por falta de voluntad o por no estar en mutuo acuerdo automáticamente pierde la validez el acto.

La validez consiste en la legalidad de los actos jurídicos para sustituir efectos legales en este caso la diferencia entre nulidad y divorcio es, precisamente, la temporalidad de los actos que dan causa a éste; el divorcio es por acontecimientos posteriores, mientras que la nulidad, solo declara la inexistencia de lo que nunca fue válido. Una de las finalidades secundarias es la procreación, que sería imposible si la capacidad

reproductiva se viera limitada debido a la edad, razón por la cual el Código Civil manifiesta que la edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años para las mujeres y de 16 años para los hombres.

Creemos oportuno referirnos al Derecho Comparado, en este punto de este estudio y singularmente a lo determinado respecto al divorcio notarial consensual, así mencionamos que en el En Perú: El 16 de mayo del año 2008, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, la Ley Nº 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarias, habiéndose publicado además su Reglamento mediante Decreto Supremo Nº 009-2008-JUS, con fecha 13 de junio del mismo año, lo que según los juristas de dicho país ha sido conveniente el establecer el procedimiento no contencioso antes mencionado, el trámite a realizarse en las municipalidades y notarias teniendo en consideración la diferencia en las funciones que ellas realizan. Con la citadas ley, el trámite de la separación convencional, que hasta entonces solo podía efectuarse en sede judicial en el Perú, derogado en el Ecuador donde lo conocíamos como la separación judicialmente autorizada, "…en Perú, ha pasado a ser competencia también de las municipalidades y notarías, con lo cual ha surgido una serie de problemas que vale la pena analizar".

En el año dos mil seis, había la congresista peruana Cecilia Chacón, presentado el proyecto de esta ley, bajo el sustento que los procesos judiciales sobre divorcio por separación convencional demoran alrededor de un año y más, hasta llegar a la sentencia, pese a que en ellos no hay controversia, produciéndose de esta manera una

recarga innecesaria a las labores judiciales, problema que se agrava si se tiene en cuenta que el setenta por ciento de los procesos por divorcio en dicho país son convencionales o mutuo acuerdo. Hubo algunos detractores que sostenían que el proyecto favorecería el denominado 'divorcio al paso", más aún que, los municipios y notarías no cuentan con personal especializado. De la otra parte, la Legisladora Rosario Sasieta**,** quien señaló que la nueva norma permitirá no solo abreviar la duración del trámite del divorcio, sino también el costo. Es evidente, pues, que estamos frente a un asunto que ha generado algunos problemas en el Perú. La ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, denominada por la opinión pública, como "LEY DEL DIVORCIO RAPIDO", según los doctrinarios peruanos presenta una serie de aristas que van desde aspectos de técnica legislativa hasta una posible revisión de su contenido.

4.2.6.1.6 CAUSALES DE DISOLUCION

Debiendo aclarar que no es el hecho de no poder contraer nuevo matrimonio.

El matrimonio se termina por:

1. La muerte de uno de los cónyuges. Entendiéndose a la muerte real, esto es, la no presunta.
2. Sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio. Entendiéndose que es insubsanable, en razón de ser una nulidad absoluta y no relativa, por falta de

cumplimiento de los requisitos de validez y existencia que ya dejamos detallados, decretada por el Juez competente.

3. Debiendo aclarar que implica tanto a los matrimonios contraídos en el Ecuador, cuanto a los realizados fuera de él.

Las causales de nulidad son:

a) La existencia de uno o más de los impedimentos dirimentes (impubertad, demencia, matrimonio anterior no disuelto, homicidio, adultero, parentesco).

b) Existencia de algún vicio del consentimiento, como son el error de identidad de la persona, rapto de la mujer (nuestra ley se refiere únicamente a la mujer), enfermedad mental y amenazas.

c) Existencia de algunos impedimentos como el matrimonio del púber menor de 16 años, el nuevo matrimonio del divorciado-a, antes del año, el matrimonio del sordomudo que no puede darse a entender por escrito.

3. Sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. Es decir, que no se trata de la posesión provisional, en otros términos vale decir, declara la muerte real y no presunta.

4. Por divorcio.

Nos centraremos en la última anotada: Etimológicamente divorcio viene de la voz latina *divortum*, que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa "separarse" o irse cada uno por su lado. En sentido amplio, divorcio, significa relajación de la íntima comunidad de vida propia del matrimonio, por ruptura del vínculo conyugal, o por separación de los consortes. La noción comprende tanto al denominado divorcio absoluto como al divorcio relativo que responde todavía a la concepción clásica. El

divorcio también puede ser definido como aquella disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges. Al respecto, PUIG PEÑA**,** señala que el divorcio rompe las nupcias legales y válidamente contraídas, en lo que se diferencia de la nulidad del matrimonio, que supone un estado de derecho establecido con vicios insubsanables. Por el divorcio, señala Carmen JULIA CABELLO, a diferencia de la separación de cuerpos, se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nupcias. Cabe señalar que ambas figuras se asemejan en cuanto requieren ser declarados judicialmente; aunque algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa, como por ejemplo, es el caso de los divorcios convencionales declarados en el Japón.

Cabe precisar, señala MURO ROJO, que si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior.

Al hablar de divorcio empíricamente nos hacemos la idea de ruptura, de separación, de una unión que termina, así podremos ver en las siguientes definiciones:

Por divorcio se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común. Este factor puede darse como simple hecho o mediante acto jurídico, al margen de la ley.

"Según el Dr. Guillermo Cabanellas, la palabra Divorcio proviene "Del latín Divortium, del verbo diverte, separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio, situación esta última en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás el estado marital, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables. Por descuido tecnicismo en la materia, recogido incluso por los legisladores civiles, como el español y el argentino, la separación de cuerpos y la de bienes entre los cónyuges, con subsistencia de vínculo matrimonial e imposibilidad de ulteriores nupcias mientras viva el otro consorte. Figuradamente, ruptura de relaciones o de trato, profunda divergencia entre pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones."

De acuerdo a la definición de divorcio podemos manifestar que es la separación de dos personas que firmaron un acuerdo ante la ley por estar junto en determinado tiempo, separación que de la misma forma lo tendrán que hacer mediante las leyes humanas.

Para el Dr. Luís Parraguéz, divorcio es "la ruptura del vínculo matrimonial válido producido en la vida de los cónyuges, en virtud de una resolución judicial."

Cuando una pareja decide unir su vida en matrimonio, está haciendo un pacto para toda la vida, este pacto, aunque la pareja no lo reconozca, es reconocido legalmente por el Estado como el núcleo central de la sociedad.

"Llámese divorcio a la acción o efecto de divorciarse; es decir, a la acción o efecto de separar el juez competente, por sentencia a dos casados en cuanto a las relaciones que contrajeron en virtud del matrimonio."

Entonces, el divorcio es sinónimo de rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los cónyuges, por la intervención de una autoridad judicial facultada por las leyes.

Según el Diccionario Jurídico Omeba divorcio es: "la separación legal de un hombre y su mujer producida por una causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes".

Estas definiciones puntualizan en qué consiste el acto del divorcio, cuando debe darse, o bajo que causales se produce este acto.

Los conceptos antes citados de varios autores coinciden en que el divorcio es la separación y ruptura del matrimonio que se halle constituido legalmente entre un hombre y una mujer.

Esta ruptura del matrimonio se pude dar por una o varias de las causales legales que se hallen establecidas en la ley, que deberán ser puestas en consideración ante un juez de lo civil, quien es el competente para declarar disuelto el vínculo matrimonial, mediante sentencia judicial, en donde también se define todo lo concerniente a l patrimonio y en especial al cuidado de quien quedan los hijos comunes menores de edad de ese matrimonio.

La sentencia judicial del divorcio faculta a los cónyuges a contraer nuevo matrimonio luego de un determinado tiempo que establece la ley.

En las definiciones analizadas se debe tener en cuenta, cuando hablar de divorcio y no de nulidad del matrimonio en donde no cabe hablar de disolución por falta de elementos que constituyan un acto legal.

Es necesario mencionar las características de la acción de divorcio.

El Dr. Juan García, establece las siguientes características sobre la acción del Divorcio:

"Primera.- La acción de divorcio es personalísima, es privativa de los cónyuges y en varios casos solo puede pedir el cónyuge inocente".

En el Art. 110 del Código Civil, el último inciso expresa que el divorcio por los causales de dicho artículo, será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas.

Segunda.- "La acción de divorcio no puede renunciarse y esto porque no solo compromete el interés individual de los cónyuges, sino también entra en juego el interés general de la sociedad."

El Art. 123 Código Civil dispone que son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio, la de divorcio y la de pedir separación conyugal judicialmente autorizada, el derecho del cónyuge a que en el caso de divorcio se le entregue la parte de los bienes del otro, a que se refiere el Art. 111. El estado civil de las personas no puede ser objeto de convención más aún podría esto presentarse a muchas irregularidades.

Tercera.- La acción de divorcio es prescriptible, no obstante que esta acción esta fuera del comercio, el Legislador velando por la paz conyugal, declara que prescribe en un año, debiendo el cónyuge alegar la prescripción al momento en que aquel tuvo conocimiento de la causal que invoca.

La acción de divorcio es prescriptible, en un año, obviamente que el cónyuge que alega la prescripción le corresponde acreditar al momento en que aquel tuvo conocimiento de la causal, que invoca esta prescripción puede renovarse si el

cónyuge incurre nuevamente en hechos si el cónyuge incurre nuevamente en hechos que constituyan la causal de divorcio y así no es aplicable la disposición del Código. Civil, según la cual la prescripción se suspende siempre entre cónyuges, pues ello equivaldría en e! hecho a hacer de esta acción imprescriptible.

El Art. 124 dispone que la acción de prescripción se da en el plazo de un año contado: por las causas puntualizadas en los numerales lo., 5o. y 7o. del Art. 110 desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa que se trate.

La acción de divorcio por excepción es imprescriptible y lo es en los casos del numeral de la causa décima primera.

Cuarta**.-** La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges.

Así el Art. 127 señala divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, aún en el caso de que la demanda se hallare ya propuesta y cualquiera que fuere el estado del juicio.

Quinta**.-** La acción de divorcio igualmente se extingue por la reconciliación.

Así lo cita el Art.125, cuando manifiesta que la acción de divorcio por ruptura de las relaciones conyugales se extingue por la reconciliación de los cónyuges; sin perjuicio de la que pueda deducirse por causa de una nueva separación que reúna las circunstancias determinadas en la investigación que trata sobre el matrimonio.

Sexta.- El divorcio requiere de un juicio y por tal se ejercita por medio de una acción civil, con principio de solemnidad y publicidad del matrimonio.

Así en el Ecuador el divorcio tiene carácter judicial y ello es consecuencia necesaria de la existencia de los principios de solemnidad y publicidad del matrimonio, del requisito de su celebración con intervención de autoridad pública y, así su disolución está sujeta a los mismos.

Las causales de divorcio, alegadas para iniciar la acción deben ser probadas en juicio y pueden serlo por medio de las pruebas señaladas, en el Código de Procedimiento Civil.

Séptima.- La acción de divorcio es taxativa.

La enumeración del Art. 110 del Código Civil es taxativa, en esto no hay discusión alguna.

Octava.- El vínculo matrimonial del cónyuge que se hubiere vuelto demente o sordomudo, que no pueda darse a entender por escrito, no podrá disolverse por divorcio, por ser considerados incapaces absolutos.

Novena.- La acción de divorcio no podrá darse con leyes no ecuatorianas, si el que contrajo matrimonio es ecuatoriano.

Cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, no podrá anularse, ni disolverse por divorcio el matrimonio contraído en el Ecuador, sino mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos, dice el Art. 129 del Código Civil; mientras que el Art. 92 del cuerpo de leyes citado señala, que el matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse

según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviere válidamente el matrimonio en esta República; y el 93 índica que el matrimonio, que según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino en conformidad con las leyes ecuatorianas.

El Código Civil ecuatoriano, en su Art. 106 define al divorcio de la siguiente manera:

"El divorcio disuelve el vinculo 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 ejecutorio la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio; si el fallo se produjo en rebeldía del demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectué con el último cónyuge."

Esta disolución, a efectos civiles, del matrimonio civil. La mayor parte de las causas de divorcio se deben al cese efectivo de la convivencia conyugal durante cierto tiempo, cese que ha de ser efectivo e ininterrumpido, y cuyo cómputo se iniciara a partir de la sentencia de separación o sin necesidad de que se dicte sentencia. Cualquiera de los cónyuges puede interponer la demanda de divorcio, o ambos de forma conjunta, siempre que concurra alguna de las causas que exige la ley, además de la falta de convivencia y de las que sean causales de separación. La presentación

de la demanda puede ser de mutuo acuerdo o de no existir tal acuerdo entre los cónyuges el procedimiento se convierte en contencioso.

Además, insistimos que el Art. 106 del Código Civil determina que los cónyuges pueden solicitar el divorcio por mutuo acuerdo, manifestando por escrito, ante un juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges.

El Código Civil en su Art. 110 cita las causales para la terminación del matrimonio, causales que incurridas por uno de los cónyuges motivo para que se de el divorcio, a saber:

1ª. El adulterio de uno de los cónyuges;

2ª. Sevicia;

3ª.- Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;

4ª.- Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;

5ª. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;

6ª. El hecho de que dé a luz la mujer durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en ese Código;

7ª. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos;

8ª.- El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;

9ª.- El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general toxicómano;

10ª.- La condena ejecutoriada a reclusión mayor; o

11ª.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.

Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

Entre las clases de trámites de divorcio**,** nuestra legislación reconoce jurídicamente dos tipos de divorcios:

1. El divorcio por mutuo consentimiento o consensual; y,
2. El divorcio contencioso.

4.2.6.1.7. EFECTOS

En cuanto a los efectos de la sentencia de divorcio, pueden concretarse en los siguientes:

Queda disuelto el matrimonio; los que eran cónyuges pasan a ser divorciados y pueden contraer nuevo matrimonio civil, incluso pueden volver a contraer nuevo matrimonio entre sí.

Queda disuelto el régimen económico del matrimonio.

La sentencia del divorcio no afectará a terceros de buena fe (que han podido o pueden contratar con los cónyuges), sino a partir de la fecha de su inscripción en el Registro Civil, a partir de cuyo momento puede ser conocida por cualquiera.

Fundamento del divorcio ha sido objeto a lo largo de la historia de enconadas disputas entre partidarios y detractores, que han basado sus argumentos en cuestiones de índole moral, filosófica, religiosa, sociológica o jurídica. De esta última perspectiva, a la cual nos ceñiremos, se ha centrado en la naturaleza de la institución matrimonial y en concreto, en su condición de contrato civil. Un amplio sector doctrinal afirma que el matrimonio, como todo contrato, no tiene carácter permanente por lo cual puede ser disuelto por el mutuo acuerdo.

Algunos autores han equiparado el matrimonio al contrato de sociedad y defienden la posibilidad de su ruptura por la simple voluntad de cualquiera de las partes. Frente a estos argumentos se han alzado en voces que, aún no negando la naturaleza contractual del matrimonio, defienden la necesidad de dar un tratamiento diferenciado del mismo, dada su condición de núcleo de la institución familiar y unidad básica de convivencia en las sociedades modernas. Debe gozar, por tanto, de una estabilidad que se vería seriamente comprometida en caso de ser contemplado por el ordenamiento como un contrato más y está sometido a la provisionalidad inherente a los mismos, lo que traería consigo la posibilidad de ruptura, a voluntad de un cónyuge o ambos, en cualquier momento y sin necesidad de causa alguna.

Esta última postura es acogida por la mayor parte de las legislaciones, que regulan el matrimonio aparte del resto de los contratos y fijan una serie de causas tasadas para la ruptura del vínculo. No obstante, la tendencia a favorecer la permanencia de la

institución matrimonial no tiene porque conllevar un posicionamiento en contra del divorcio, que está admitido en gran parte de los sistemas jurídicos de indudable necesidad en el desenvolvimiento de la vida social de nuestra época.

La discrepancia doctrinal anteriormente expuesta encuentra su reflejo en la opción por el divorcio – remedio o el divorcio – derecho; los dos tipos predominantes en los ordenamientos positivos que admiten la institución.

El primero solo es otorgado por la concurrencia de circunstancias legalmente previstas, expresivas de la imposibilidad de continuar la convivencia conyugal, y es defendido por los partidarios de la naturaleza sui generis de la institución matrimonial, mientras que el segundo implica la total libertad de los cónyuges para romper el vínculo; al igual que sucedió en el momento de su formalización. Es promovido, obviamente, por quienes sostienen la dimensión estrictamente contractual del matrimonio, cuyo evidente correlato es la primacía del principio de autonomía de la voluntad o una decisión unilateral por una causa.

Son múltiples las causas de las cuales hacen depender los distintos ordenamientos la concesión del divorcio; así como las circunstancias y requisitos que deben concurrir para su apreciación.

4.2.7 LA UNION DE HECHO

El matrimonio civil es la forma tradicional y regular que asume ante el Derecho la convivencia de un hombre y una mujer, por ende, por norma general se establecía que solamente de aquel podían derivarse la suma de consecuencias jurídicas en el plano de las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges; en la actualidad, como se verá a lo largo del estudio e investigación con la unión de hecho reconocida y amparada por el Derecho Positivo, desde la Constitución de la República, Código Civil y Ley Notarial, se derivan consecuencias jurídicas, obligaciones, derechos, etc., en el referido plano de las relaciones personales y patrimoniales entre personas que viven en concubinato, en suma en unión de hecho.

Constitucionalmente está amparada y permitida; incluso, entre personas del mismo sexo, por disposición expresa de nuestra Carta Magna, en su artículo 68, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la declaración de la voluntad soberana Art. 222, 223 y concordantes del Código Civil; requisitos que, al no estar reglados o determinados claramente, en lo que se refiere a su cumplimiento y comprobación con medios fehacientes, ha llevado a que se halle, en la práctica, un vacío legal que permite se violente el espíritu de la Ley en lo que se refiere a esta Institución, transgrediendo de esta manera el principio de seguridad jurídica mediante el uso de la inducción a engaño.

Desde la más remota antigüedad se ha desarrollado, de manera paralela al matrimonio esta forma de organización a la que podemos llamarla “irregular”, en

cuanto no se ajusta al modelo principal y de tipo matrimonial porque en esencia, se estructura sobre las mismas bases de afecto, solidaridad y proyectos comunes. Desde este punto de vista solamente difiere del matrimonio en cuanto a los aspectos formales que le dan a éste su clásico carácter.

La doctrina moderna, dotada de una comprensión más científica de los fenómenos sociales ha venido generalizando la expresión unión libre, unión de hecho o unión marital de hecho a la existente entre dos personas, estable, monogámica, (en nuestro país lo monogámico ya no es requisito acorde nuestra Constitución) libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala la ley, la que genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

Su notoria vecindad con el matrimonio radica en que es la unión estable entre una pareja que constituyen un hogar fundado en el afecto recíproco, para la realización de un proyecto común que comprende básicamente el compromiso de solidaridad integral entre ambos.

La unión marital de hecho es una de las materias que más ha interesado en estos últimos tiempos al derecho de familia y adquiere especial relieve en nuestro país, donde se ha manifestado en porcentajes de constante, y/o permanente crecimiento.
Hay coincidencia sobre la necesidad de someter los conflictos que se deriven de una unión de hecho a un régimen jurídico claro, de ahí que se han dado las normas pertinentes para pretender alcanzar este propósito.

Como dejo indicado, el problema surge, cuando la Ley no establece los medios por los cuales quienes optan por que se reconozca legalmente este tipo de unión, demuestren o prueben el cumplimiento de los requisitos que la hacen viable; dicho de otra manera, se establecen requisitos pero no se exige su demostración mediante los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, simplemente se requiere de la afirmación, declaración de la parte interesada de que se ha cumplido con los mismos, maniatando al Notario y obligándolo en suma a declarar su existencia sin objeción alguna.

Un claro ejemplo de este vacío legal se encuentra cuando se menciona que la unión de hecho debe ser estable y por dos años mínimo, sin la exigencia de documento adicional alguno que demuestre que se ha convivido durante ese lapso, vacío que sumado a la facultad establecida en el Art. 8 numeral 4 de la Constitución de la República, referente a que se declare ecuatorianos por naturalización a personas que mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o ecuatoriano de acuerdo a la ley, ha llevado a que extranjeros llegados pocos meses al país, con la complicidad de ecuatorianos o ecuatorianas, acudan a las Notarías del país y al no requerirse de prueba alguna por no exigirlo la ley, a no ser la simple afirmación o declaración de los interesados, se obtengan forjadas declaraciones de unión de hecho que han permitido que migrantes, incluso ilegales, obtengan la ciudadanía ecuatoriana por naturalización.

4.2.7.1 DEFINICION

Eduardo Fernando Fueyo lo define así: “Es la unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo.”

Eduardo Zannoni, argentino en su obra el Concubinato, la define de la siguiente manera: “Es aquella en que los convivientes hacen vida marital sin estar unidos por un matrimonio legal o válido, pero con las características de tal.“

El Art. 68 de la Constitución de la República, menciona:

“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 señala la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”

Siendo ésta una disposición o norma constitucional debe aplicarse obligatoriamente, debiendo sujetarse las de menor jerarquía a su texto, considerando que el Art. 424 de la Carta Magna dice: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquiera otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público

deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.”

De ahí que el Art. 222 del Código Civil debe sujetarse a la norma constitucional trascrita en lo que tenga oposición, considerando que el mencionado Art. 222 dice: “La unión estable y monogámica de un hombre y de una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.”

Salta a la vista que la diferencia entre la disposición constitucional y la legal se refiere a que se autoriza por la norma de mayor jerarquía la unión de dos personas (sin diferencias sexo) y lo relativo a la paternidad.

La palabra concubinato alude, etimológicamente, a la comunidad del lecho. Es, así una voz que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio como una expresión de la costumbre.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como: "Concubinato del latín concubinatos, comunicación o trato de un hombre con su concubina".

En sentido amplio este vocablo significa: trato, vida marital del hombre y la mujer.

"También se dice que la palabra concubinato se deriva del latín "Concubina" o "cocubenaga" que significa: que se acuesta con".

Se transcribe algunas definiciones sobre el Concubinato.

El diccionario jurídico de Juan Ramírez Gronda, define el concubinato: "Es el estado resultante de las relaciones sexuales habituales y continuas, entre dos personas de distinto sexo, no casados entre ellos. Si además existe una comunidad completa de vida, se denomina unión libre".

"El concubinato, como expresión de una de las formas de convivencia humana, ha existido y sigue existiendo.

3ª Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente".

Con respecto a la filiación natural, cuando el reconocimiento se haga por uno solo de los padres se presume tal condición en el hijo si quien lo reconoce tenía capacidad legal para casarse al tiempo de la concepción.

4.2.7.2 CAUSAS

En lo que dice relación a la unión de hecho como causas debemos anotar que aquellas que la generan se hallan determinadas con claridad meridiana en el Art. 222 inciso segundo del Código Civil y Art. 223 del mismo cuerpo de leyes que expresan:

Inciso segundo referido:

“La unión estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer (según nuestra constitución ahora la unión de dos personas: hombre – mujer; hombre – hombre; mujer – mujer), libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear (la procreación y adopción se elimina) y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.” Lo que se encuentra entre paréntesis nos pertenece.

“Art. 223.- Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos (hoy de dos personas) se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos, vecinos.”

El Juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente.” (Lo que está entre paréntesis nos pertenece).

4.2.7.3 EFECTOS

Se da la aplicabilidad de los efectos personales del matrimonio.-

Son aplicables a la unión de hecho los derechos, **deberes,** responsabilidades y sanciones regulados para el matrimonio.

La unión de hecho confiere a los convivientes los derechos sucesorios y de seguridad social en las mismas forma y cuantía que corresponden a los cónyuges.

Los perjuicios materiales y morales ocasionados por la pluralidad de uniones.

4.2.7.4 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE MATRIMONIO y UNION DE HECHO.

Según el Dr. Rey Fabián Garrido Albán, señala:

1. Tanto el matrimonio como en la unión de hecho constituyen la unión de un hombre y una mujer con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

2. Los gananciales se reparten por igual, con independencia de los aportes hechos por cada cónyuge o conviviente.

3. Tanto el matrimonio como la unión de hecho conforman la estructura de la familia.

4. Tanto el matrimonio como la unión de hecho constituyen la célula fundamental de la sociedad.
5. El matrimonio y la unión de hecho no son personas jurídicas y no implica copropiedad.

6. Tanto el matrimonio como la unión de hecho, las parejas comparten un mismo techo a base de los mismos recursos.

7. El haber en ambas sociedades y sus cargas, la administración extraordinaria de sus bienes, la liquidación y partición de gananciales se rigen por las disposiciones del Código Civil.

8. Tanto en el matrimonio como en la unión de hecho los derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos son los mismos.

9. En ambos casos se procura día a día elevar el nivel de vida de la familia, especialmente en el aspecto económico y de educación.

10. Tanto la unión de hecho como el matrimonio, terminan con la muerte de uno de los cónyuges o convivientes en el respectivo caso.

11. En el matrimonio como en la unión de hecho, la dirección del hogar le corresponde al padre a no ser de que haya acuerdo en otro sentido.

12. Respecto a las diferentes órdenes de sucesión intestada en lo que concierne al cónyuge, se aplicará también al conviviente que sobreviviere, del mismo modo que lo relacionado a la porción conyugal, se aplicarán las reglas contenidas en el título II, del libro Tercero del Código Civil.

13. En ambas sociedades existen solemnidades sustanciales para su terminación.

Se presume que la unión reúne las condiciones previstas en la ley, cuando los convivientes se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos.- La unión de hecho podrá justificarse por todos los medios legales de prueba, los que serán apreciados por el juez o el Notario según las reglas de la sana crítica.

4.2.8 FORMACION DE LA UNION DE HECHO.

4.2.8.1 REQUISITOS

Como se ha abundado en el desarrollo de esta investigación, los requisitos puntuales que menciona el Código Sustantivo Civil, específicamente en los Arts. 222, 223 y concordantes determinan los requisitos que deben cumplir la pareja que requiere se declare o establezca, vía judicial o notarial la existencia de la unión de hecho de ellos; se hace necesario insistir, puntualizar que según la CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA, ahora se faculta que se solicite el establecimiento de la existencia de este tipo de unión, a dos personas, sean del mismo sexo u hombre y mujer, solamente deben, insistimos, justificar que se han cumplido los requisitos que la ley exige, siendo reiterativos, determinaremos lo que dicen las dos citadas normas de Código Civil, debiendo considerarse la reforma y facultad constitucional mencionada:

"Art. 222.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer (hoy de parejas del mismo sexo u conformadas por hombre y mujer), libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las

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

La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años de un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes."

"Art. 223.- Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos.

El Juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente."

Ha de entenderse que la unión monogámica en lo referente a la unión de hecho se refiere a que no se puede mantener más de una pareja con este tipo de unión, lo monogámico no se refiere a persona o pareja de distinto sexo sino a una sola persona que forma la pareja, sea del sexo que fuese.

Consideramos de igual manera que debe establecerse un Registro especial de las uniones de hecho en el Registro Civil, no como estado civil sino como control de existencia de las mismas.

4.2.8.2 PROCEDIMIENTO POR ACTO NOTARIAL

Para que el notario pueda solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, deberán concurrir éstos personalmente o por intermedio de apoderado o procurador judicial con la petición correspondiente, firmada por ellos y un abogado en libre ejercicio profesional y en este plasmar los requisitos determinados en el artículo 222 del Código Civil, es decir, determinar bajo juramento que la unión suya es estable, que son libres de vínculo matrimonial con otra persona, que no tienen otra unión de esta índole, que han formado un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala el Art. 223 del referido cuerpo de leyes, esto es que la unión de hecho es estable por más de dos años conformada con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente que así se han tratado como pareja en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos.

El Notario una vez que examine a los comparecientes, levantará el acta respectiva de la que una vez debidamente protocolizada se conferirá copias certificadas a los interesados, acto que se encuentra investido de fe pública.

4.2.9 TERMINACION DE LA UNION DE HECHO

4.2.9.1 REQUISITOS

El Art. 226 del Código Civil nos trae textualmente las causas de terminación de la unión de hecho.

La unión de hecho termina:

Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante un juez de lo civil.

Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante un juez de lo civil, la mima que será notificada al otro, en persona o mediante tres boletas dejadas en distintos días en su domicilio, se entiende por cesación de hecho de la convivencia.

Por muerte de uno de los convivientes.

Por matrimonio de uno de los convivientes;

Por el matrimonio entre los dos convivientes, la sociedad de bienes continúa como sociedad conyugal.

Aplicabilidad de ciertas reglas del divorcio.

Son aplicables a la terminación de la unión de hecho las normas del divorcio relativas a la decisión sobre la situación de los hijos, atribución de la vivienda familiar, prestación de asistencia económica, decisión sobre el régimen de bienes de la unión y resarcimiento de daños y perjuicios, esto en cuanto sea aplicable a cada caso, en vista de que si la unión ha sido de personas del mismo sexo no podríamos hablar de situación de los hijos, alimentos y tenencia, etc.

De todo lo anotado se colige, que una pareja pueden unirse de hecho, sin que entre ellos medie vínculo matrimonial, pero siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley; pues, solo ahí cabría hablarse de la existencia de unión de hecho y pedir sea constituida, declarada, concedida, dada.

4.2.9.2 PROCEDIMIENTO POR ACTO NOTARIAL

Existe el principio jurídico que las cosas en derecho se deshacen conforme se hacen, de ahí que para que el notario pueda solemnizar la terminación de la unión de hecho existente entre los convivientes no requeriría ni siquiera norma expresa en este sentido, sin embargo tiene el amparo de lo dispuesto en el literal a) del Art. 222 del Código Civil que establece que comparecerán los convivientes y expresarán su consentimiento mutuo para la terminación; al efecto, concurrirán personalmente o por intermedio de apoderado o procurador judicial con la petición correspondiente, firmada por ellos y un abogado en libre ejercicio profesional y en esta determinar su consentimiento a fin de que se solemnice la terminación de la unión de hecho, estableciendo los antecedentes de su conformación.

El Notario una vez que examine a los comparecientes, levantará el acta respectiva de la que una vez debidamente protocolizada conferirá copias certificadas a los interesados, acto que se encuentra investido igualmente de fe pública.

4.2.9.3 CAUSAS Y EFECTOS

De conformidad con lo que dispone el literal a) del Art. 226 del Código Civil, ésta puede ser disuelta por mutuo consentimiento de la dos personas, al igual que acontece como habíamos manifestado en la Sociedad Conyugal, expresado por instrumento público o ante un Juez de lo Civil.

También la terminación de la unión de hecho, depende de la exclusiva voluntad de uno de los convivientes, en este caso no es preciso alegar una causa o razón, ni observar un procedimiento específico, pues, basta que esta voluntad sea manifestada por escrito ante el Juez de lo Civil, la misma que será notificada al otro, en persona, o mediante tres boletas en distintos días en su domicilio, así dispone la letra b del Art. 226 del Código Civil.

Luego de lo cual dicho acto cobra toda su eficacia por la mera notificación así realizada. Así cualquiera de los dos tiene derecho para pedir la disolución o término de la Unión de Hecho, la cual debe practicarse como queda anotado y luego solicitar la liquidación y división de las cosas comunes, lo cual debe realizarse con sujeción a las disposiciones que reglan la partición de la herencia, como ocurren en el caso de la Sociedad Conyugal.

Otra causa vendría a ser el matrimonio de uno de los socios de hecho, así lo señala el literal c) del Art. 226 del Código Civil, de tal modo que el matrimonio de uno de ellos con una tercera persona, disuelve la Sociedad de Hecho; y, esto tiene su razón de ser, porque si la unión para producir efectos, requiere entre otros, la aptitud nupcial o inexistencia de ligamen de ambos convivientes, la presencia del cónyuge de uno de ellos excluirá en todo caso la virtualidad de esa unión.

El Dr. Lucio Geovany Cevallos Egas en su tesis doctoral, dice: "Cabe mencionar que la Ley es clara al permitir que cualquiera de los convivientes contraiga matrimonio,

demostrando que no consagró en toda su amplitud la teoría socialista de las Uniones Libres.

Así vemos que el Derecho no contiene un pronunciamiento absoluto y categórico acerca de la moralidad o inmoralidad del amor libre, ya que sería penoso considerar los supuestos caso por caso con la consiguiente dificultad que tal enjuiciamiento suscita.

4.3.- MARCO JURIDICO

4.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

La Constitución de la República del Ecuador, dice que "**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**", permitiendo por tanto entre personas del mismo sexo.

Según la norma constitucional, Art. 68, ahora se refiere a la unión de hecho de dos personas (se excluye hombre y mujer, se excluye la palabra monogámica); es decir que, pueden ser ahora parejas del mismo sexo (hombre – hombre) (mujer – mujer) o de distinto sexo (hombre – mujer).

Como se aprecia los requisitos que establece la normativa legal (Art. 222 del Código Civil), solamente determinan que sea libre de vínculo matrimonial y su convivencia por dos años; pero no exige la presentación de prueba expresa respecto de ello.

Es por ello que se torna imperioso, urgente, en aras de la seguridad jurídica ecuatoriana que se establezca una reforma al Art. 68 de la Constitución de la República

4.3.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

III Congreso Internacional del Notario Latino.

4.3.3 CÓDIGO CIVIL

El Art. 222 del Código Civil, determina lo siguiente:

"Derechos y obligaciones de las uniones de hecho.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive a lo relativo a la presunción legal de paternidad y a la sociedad conyugal."

"La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes."

En esta parte no hace fe sino contra las declaraciones. Las obligaciones y descargos contenidos en el hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a titulo universal o singular. Se otorgara por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si, para su validez, se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil".

El artículo 1717 de Código Civil[40] señala que "*el instrumento publico hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que el haya hecho los interesados. En esta parte nos hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en el hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargo por título universal o singular*".

Por su parte el artículo 1718 de Código Civil, establece que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se miraran como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ello se prometa reducirlos a instrumentos públicos dentro de cierto plazo bajo clausula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno"

El Código de Procedimiento Civil[41] en su artículo 166 establece que "el instrumento publico hace fe, a un contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el se hayan hecho los interesados.

En tal virtud que vemos que el objeto del instrumento público, y particularmente de la escritura pública en estos casos, es el de dar vida al negocio jurídico. Esto es muy claro, y la ley es severa en manifestar que "los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad se miraran como no ejecutados o celebrados".

---

[40] Ob. Cit. Pág. 81
[41] Ob. Cit. Pág. 81

Varios son los casos en que la ley exige que un determinado acto o contrato conste por escritura pública para que produzca obligaciones, como por ejemplo la venta de bienes raíces, servidumbres, la de una sucesión hereditaria (Art. 1416 Código Civil), la hipoteca de inmuebles (Art. 2311 Código Civil); el Art. 1570 del Código Sustantivo Civil, cuando menciona: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: "Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este código.", etc.

Es decir que los actos y contratos notariales se encuentran establecidos en la declaración de la voluntad soberana; es decir, la obligación de efectuar los determinados en la ley en Notaría so pena de nulidad.

Por lo tanto, el otorgar estos actos o contratos por escritura pública, a más de ser obligatorio, produce el efecto de dar vida al negocio jurídico; pues, el acto o contrato se reputa perfecto y por ende produce las obligaciones pendientes.

Debe aclararse que si bien no todo acto o contrato, entonces, por lo dicho, debe realizarse por escritura pública y/o en Notaría, es preferible que se los efectúen de ser posible todos los existentes, por seguridad jurídica y por la fe pública de la que se hallan investidos al momento de así proceder con éstos.

4.3.4 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Otro efecto que se destaca es el que los autores lo denominan fuerza ejecutiva, y consiste en que el instrumento público notarial constituye de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 413 de Código de Procedimiento Civil, un titulo ejecutivo, puesto que en su parte pertinente señala "son títulos ejecutivos: "… la copia y la compulsa autenticas de las escrituras públicas…".

El artículo 164 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que "Instrumento publico o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el componente o empleado. Otorgado ante el notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

De la lectura de esta definición, se podría corregir que el único tipo de instrumento público que de la actuación o intervención del notario pueden resultar en la escritura pública o dicho de otra forma que la escritura pública, es el único instrumento público que otorga o autoriza el notario.

Sin embargo, el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, se aclara más el concepto cuando textualmente señala en su parte pertinente, que: "Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, ó sea, todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, como… los escritos que se exponen los actos ejecutados por los convenios celebrados ante notario, con arreglo a la ley…".

Lo cual amplia la esfera de lo que constituye los instrumentos públicos notariales, sin editarlos únicamente a la escritura pública, sino también en general a " los actos ejecutados o convenios celebrados ante el notario con arreglo a la ley", lo cual encaja perfectamente lo que respecta a las actas y providencias y a los actos de jurisdicción voluntaria que les han sido autorizados a los notarios, que en nuestro criterio constituye igualmente instrumento público.

4.3.5 LEY NOTARIAL

Así vemos que el Art. 18 numeral 26 de la Ley Notarial, reza:

"Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil. El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes."

Analizados los efectos del instrumento publico notarial, resulta pertinente ahora, el referirnos a clases de instrumento publico en materia notarial.

Resulta de especial interés dentro del presente trabajo, el realizar un análisis que aunque breve, aporte en algo a este tema poco tratado en nuestra legislación notarial, y por ende menos aún en la escala bibliográfica que en materia notarial se ha publicado en el Ecuador.

La principal clasificación de los instrumentos públicos es la que distingue entre la escritura pública y el acta.

Lo concerniente a la Escritura Pública se encuentra regulado en nuestra Ley Notarial en el Capítulo II, del Título II , y se la define en el articulo 26 en los siguientes términos: “escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y los contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante el notario y que este autoriza e incorpora a su protocolo”. En el siguiente inciso del referido artículo, expresa aquello que hemos ya analizado en este trabajo en cuanto a que puede ser objeto de otorgamiento por escritura pública, y establece que “se otorgaran por escrituras públicas los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por voluntad de los interesados”.

El notario debe examinar antes del otorgamiento de la escritura, la capacidad de los otorgantes, para lo cual debe el notario exigir los documentos de identidad de los cuales se desprenda la capacidad y el estado civil de los comparecientes, y si lo hace a través de apoderado, contando las facultades del mandato; si son interesados menores u otros incapaces. Deberá contar su representación con el instrumento público correspondiente, verificando la identidad de dicho representante legal.

Debe igualmente el notario verificar la libertad con que proceden y el conocimiento con que se obligan, para lo cual el notario debe examinar separadamente a las partes, si se han desvivido a otorgar la escritura por coacción, amenaza, temor reverencial, promesa y seducción, y si están instruidas del objeto y resultados de la escritura pública.

Finalmente debe el notario verificar si se han pagado los derechos fiscales y municipales a que está sujeto el acto o contrato, pudiendo el notario recibir estos valores para ejecutar dichos pagos. Sin embargo, la omisión de este deber no genera otra consecuencia que la multa que se puede imponer al notario. (Arts. 27 y 28 Ley Notarial).

En cuanto a las obligaciones formales del documento, la ley establece que la escritura pública deberá redactarse en castellano y comprender lo siguiente:

1. El lugar, día, mes y año en que se redacta; y también la hora si el notario lo estima conveniente.

2. El nombre y apellido del notario autorizante y el del cantón donde ejerce

3. El nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación de domicilio;

4. Si proceden por si o en representación de otros, y en este último caso se agregaran los comprobantes de la capacidad;

5. La circunstancia de haber intervenido un intérprete nombrado y juramentado por el notario, cuando alguna de las personas que intervienen ignoren el idioma castellano.

6. La fe de conocimiento de los otorgantes, de los testigos y del interprete cuando intervengan;

7. La comprobación de la identidad de las personas por dos testigos vecinos y conocidos que porten sus cedulas de identidad, si el notario no tiene conocimiento anterior alguno de los interesados y no le hubieren presentado la cedula de identidad, en caso contrario se anotara el numero de esta;

8. La exposición clara y circunstancia del acto o contrato convenido, sin que pueda usarse de números, signos ni abreviaturas a menos que corresponda a denominaciones técnicas;

9. La circunstancia de haber concurrido al otorgamiento dos testigos idóneos, si el notario lo estimare conveniente o si alguno de los otorgantes los solicitare, cuyos nombres, apellidos y domicilio deben expresarse en el instrumento;

10. La fe de haberse leído todo el instrumento a los otorgantes, a presencial del intérprete o testigos cuando intervengan; y,

11. La suscripción de los integrantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un solo acto, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere

La ley notarial establece que en el original de la escritura pública quedara incorporado en el correspondiente protocolo; y no podrá presentarse en juicio sino para comprobarlo con la copia, o para que se reconozca cuando fue necesario, y las adiciones, aclaraciones o variaciones que se hagan en una escritura, se extenderá por instrumento separado, y de ninguna manera al margen; pero ser anotara en el del primitivo que hay instrumento que lo adiciona, aclara o varia, expresando la fecha de su otorgamiento y la foja del protocolo en que se halle (Art. 33 y 35 Ley Notarial).

Las actas.- Como se expresó anteriormente, en nuestra Ley Notarial no se define lo que constituye las actas, ni los requisitos formales o de validez que éstas deben contener.

Sin embargo por disponer la Ley Notarial que varias actuaciones notariales se recojan o instrumento en actas, consideramos necesario profundizar el tema.

En la ley notarial ecuatoriana, no existe esta diferenciación, y si bien se la define lo que ha de entenderse como escritura pública y se indican los requisitos para su validez, no se establece lo que constituye como un acta y sus requisitos, aunque se haga referencia a ellos en la ley notarial.

En la ley Notarial después de dos reformas encontramos la referencia al Acta en los siguientes numerales del artículo 18:

En el numeral 7 el cual textualmente dice “Incorporar al Libro de Diligencias, actas de remates, de sorteos y de otros actos en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieran de la solemnidad de la escritura pública”.

En el numeral 10 el cual textualmente dice “receptar la declaración juramentada del titular del dominio, con la intervención de testigos idóneos que acrediten la necesidad de distinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarara extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el registro de la propiedad pendiente.

En el numeral 11 el cual textualmente dice “receptar la declaración juramentada del titular de dominio con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adiciónale que garantices su subsistencia, lo cual constara en el acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal transacción.

En el numérala 12 cual textualmente dice “receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho de cónyuge sobreviviente si lo hubiera.

Tal declara ración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos a terceros. Dicha declaración constara en el acta notarial y su copia será inscrita en el registro de la propiedad correspondiente"

En el numeral 13 el cual textualmente dice "tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consumo de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el notario, acompañando la partidas de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurrido 10 días de tal reconocimiento el notario convocará a indigencia de conciliación en la cual los cónyuges, personalmente o promedio de apoderados ratificaran su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la notaria y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada.

Existen más actos de los que aquí enumerados que según la ley requieren de la elaboración de el acta correspondiente por parte del notario. Y en nuestro criterio, el acta debería reunir más o menos formalidades según el caso, especialmente para los casos de jurisdicción voluntaria en que el acta que emita el notario surta los efectos de la sentencia judicial.

4.4 DERECHO COMPARADO

4.4.1 República de Brasil, la competencia del notario, está autorizada por una norma expresa del Código de Proceso Civil "Articulo 1.124-A", dentro de los requisitos establece: El mutuo consentimiento de los cónyuges, no tener hijos menores de edad, o hijos incapaces; en el acto de la audiencia, los cónyuges deben estar asistidos por su o sus abogados; los cónyuges deben estar separados de hecho, por el plazo de dos años. En este caso es necesario la declaración de por lo menos un testigo, si hay sentencia de separación judicial o de cuerpos, basta que haya transcurrido un año.

Asimismo, constara en escritura pública, que establecerá: la descripción y la forma como se reparten los bienes comunes. Este es un requisito que de todas maneras debe considerarse, y debe estar incluido en la escritura pública, la pensión alimenticia y el acuerdo por el cual la mujer retoma su apellido de soltera.

Dentro de los documentos que se presentan para sustentar la petición tenemos: El certificado de matrimonio, el certificado de los hijos, para demostrar que son mayores de edad, la declaración de por lo menos un testigo, para comprobar la separación de hecho por más de dos años, el acuerdo de la división de los bienes comunes.

En el proceso de divorcio en sede notarial participan: Los cónyuges, directamente o por medio de sus apoderados asistidos de un abogado. Siendo la escritura pública

suficiente para la inscripción en el Registro, surtiendo sus efectos desde el mismo momento en que se otorga.

4.4.2 República de Colombia, En Colombia, se autoriza la competencia del notario por Ley Nº 962 DE 2005 (artículo 34), con el objeto de descongestionar la carga procesal del Poder Judicial.

Dentro de los requisitos tenemos: Mutuo acuerdo entre los cónyuges, expresando que el objeto es el divorcio o el cese de los efectos del matrimonio religioso; presentar una petición, al notario, con autorización de abogado; la petición deberá contener disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, entre los cónyuges, si es el caso; El estado en que se encuentra la sociedad conyugal; información sobre la existencia o no de hijos menores de edad. Si hay hijos menores de edad, el acuerdo debe comprender:

Como los padres contribuirán a la crianza, educación y establecimiento de los hijos.

La cuantía de la obligación alimentaria, indicando lugar u forma de pago.
Custodia y cuidado personal de los menores de edad.
Régimen de visitas y la periodicidad de las mismas.

Dentro de los documentos que se presentan para sustentar la petición tenemos las siguientes: Copias o los certificados de matrimonio y nacimiento de los hijos menores de edad; el poder conferido para la representación de uno de los cónyuges.

Debe constar la facultad para suscribir la escritura pública de divorcio; Concepto del defensor de familia, respecto del acuerdo de los cónyuges sobre las relaciones paterno-filiares, si existen hijos menores de edad. si no lo hubiera, el notario notificará para que emita su concepto dentro de los 15 días siguientes a la notificación, sino lo hace, el notario autorizara la escritura pública, con los acuerdos presentados por los solicitantes; si el defensor de familia hace observaciones al acuerdo, los cónyuges quedan obligados a levantar la observación, si no levanta, se supone que han desistido de su petición; si los cónyuges adecuan las observaciones, entonces el notario podrá extender la escritura pública, respectiva.

Debiendo constar en escritura pública. Asimismo, se protocolizará: La solicitud, los documentos anexos y el concepto del Defensor de familia, si fuera el caso.
Aquí participan: Los cónyuges directamente o por medio de un apoderado, el defensor de familia, solo cuando hayan hijos menores de edad. Se le pone en conocimiento los acuerdos arribados, para que emita opinión.

Si existen hijos menores de edad, debe haber el "concepto del defensor de familia"

No es necesaria ninguna homologación judicial, porque el notario comunicará de la escritura pública de divorcio al registro civil, para que se proceda a la anotación respectiva del divorcio declarado.

Dentro de los efectos tenemos que queda disuelto el matrimonio civil, y cesan los efectos del matrimonio religioso. El notario extenderá la escritura pública, y pondrá a

disposición de los interesados y si estos no comparecen a suscribirlo y habiendo transcurrido dos meses desde que fue puesto a disposición, se entenderá que han desistido de la petición.

Los cónyuges pueden acudir al notario que les convenga.

4.4.3 República de Cuba y el divorcio en sede notarial.

En Cuba, el notario tiene competencia por ley de 17 de diciembre de 1937; el Decreto Ley 154/1994 transfirió el conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo a sede notarial. Estableciendo los siguientes requisitos:

Una solicitud, en la que podría admitirse que uno solo de los cónyuges lo firme. Debiendo contener: Los datos de identificación de ambos cónyuges, fecha del matrimonio y referencia al registro del estado civil donde fue inscrito, nombres y apellidos de los hijos comunes menores, fecha de nacimiento y referencia del registro donde han quedado inscritos, convenciones (acuerdos) respecto a: El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes menores; la determinación de la guarda y cuidado sobre tales hijos; régimen de comunicación de los hijos comunes menores con aquel de los padres al que no se le confiera su guarda y cuidado; nombres y apellidos del cónyuge que prestará la pensión que corresponda a cada uno de los hijos mencionados y su cuantía; nombres y apellidos del cónyuge que una vez disuelto el matrimonio prestará la pensión al otro, si procediere, así como su cuantía; las convenciones que hayan determinado los cónyuges sobre la vivienda, si ésta

constituyera un bien común del matrimonio; el destino de los otros bienes que conforman la comunidad matrimonial de bienes, si los cónyuges determinaran liquidarla en el propio acto, para lo cual han de aportar relación concreta de cómo quedaría liquidada, a partir de la adjudicación de bienes propuesta para cada excónyuge.

Consta en escritura pública, conteniendo los siguientes aspectos:

Los datos de identificación de ambos cónyuges, fecha del matrimonio y referencia al registro del estado civil donde fue inscrito; nombres y apellidos de los hijos comunes menores, fecha de nacimiento y referencia del registro donde han quedado inscritos.

Convenciones (acuerdos) respecto a: el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes menores; la determinación de la guarda y cuidado sobre tales hijos; régimen de comunicación de los hijos comunes menores con aquel de los padres al que no se le confiera su guarda y cuidado; nombres y apellidos del cónyuge que prestará la pensión que corresponda a cada uno de los hijos mencionados y su cuantía; nombres y apellidos del cónyuge que una vez disuelto el matrimonio prestará la pensión al otro, si procediere, así como su cuantía; las convenciones que hayan determinado los cónyuges sobre la vivienda, si ésta constituyera un bien común del matrimonio; el destino de los otros bienes que conforman la comunidad matrimonial de bienes, si los cónyuges determinaran liquidarla en el propio acto, para lo cual han de aportar relación concreta de cómo quedaría liquidada, a partir de la adjudicación de bienes propuesta para cada excónyuge.

Asimismo, se presentaran los siguientes documentos**:** Los certificados de matrimonio, de nacimiento de los hijos, el titulo que acredite el dominio sobre la vivienda adquirida en comunidad matrimonial; de la presentación de estos documentos el notario dará fe de haber tenido a la vista y devolverá en el propio acto a los comparecientes.

Participan en el proceso de divorcio en sede notarial: Los cónyuges directamente; los apoderados, si fueron nombrados.

En el derecho cubano "...El divorcio no es un pacto, un mero acuerdo, ni mucho menos un contrato, en el que solo atañen intereses privados, incluso aun cuando no se hayan procreado hijos, Su connotación publica salta a la vista. Las instituciones del Derecho de Familia, no pueden tener el mismo tratamiento legal que el Derecho Civil, porque su naturaleza es diferente….."

"… El divorcio no puede tener el mismo tratamiento dado a la resolución o al mutuo disenso como causales de extinción de un contrato, porque el matrimonio no es un contrato y el cumplimiento de los deberes que les compete como padres respecto de los hijos habidos de ese matrimonio disuelto, no supone en modo alguno, el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer, con la regulación que el Código Civil brinda a la exigibilidad de las obligaciones. Incluso el cumplimiento de la obligación de dar alimentos debe tener un enfoque y tratamiento distinto, si bien jurídicamente es una obligación patrimonial mas, a la que resulte aplicable, en

principio la teoría general de las obligaciones y con ello las normas jurídicas que le regulan…”

Es suficiente la escritura pública, para que el registrador oficial inscriba el divorcio declarado por el notario.

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.

La investigación científica es un proceso ordenado y complejo que no se puede llevar a efecto sin contar con un método determinado y herramientas adecuadas, que nos orienten y permitan cumplir a cabalidad con los propósitos y objetivos predeterminados.

Es conocido que el método es el camino a seguir en la investigación, proceso en el cual se utiliza una variedad de operaciones y reglas, establecidas de acuerdo al método utilizado; mismos que nos permite llevar en forma responsable, ordenada y confiable el proceso investigativo; obteniendo como resultado un trabajo investigativo claro, preciso y concreto.

5.1 MATERIALES

Los materiales utilizados coadyuvaron a la estructura misma del informe de la tesis; como lo fueron los libros y leyes enunciándolas de la siguiente manera: Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Ley Notarial, experiencias comparadas de Brazil, Colombia y Cuba; entre los tratadistas citados tenemos a Gimenes arnau, Mengual, Argentino Neri, Nuñez Lagos, Bardollo, Larraud, Mustapich, Riera Asia, Sanahuja, Soler, Villalba Welsh, y Gattari, Diccionarios Jurídicos: CABANELLAS Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, el internet que me permitió el avance de la legislación comparada en la dirección como:

www,sítiosjurídicos.com,http://es.wikipedia.org,http://www.derechoecuador.com, de igual manera pude utilizar material de oficina como hojas de papel bond, esferográficos, computadora, impresora, y fichas bibliográficas y nemotécnicas elaboradas; todo este material, me ha servido de mucho para estructurar el informe final de tesis así como a entender mucho más a fondo mi problemática investigada.

5.2. METODOS

El presente trabajo se enmarca en una investigación cualitativa y cuantitativa. Es cualitativa, pues se trata de investigar las particularidades de los hechos relacionados con nuestro tema, para dar con la conclusión jurídica o social que corresponda. Es cuantitativa porque para interpretar las realidades, he tenido que recurrir a estadísticas, para ello he utilizado los siguientes métodos:

MÉTODO INDUCTIVO: He aplicado el método inductivo, porque me ha permitido partir de proposiciones de carácter general para llegar a la observación y análisis de hechos y fenómenos particulares, lo que a su vez me ha permitido establecer conclusiones generales que responden a la observación de los hechos en su real y actual situación.

MÉTODO DEDUCTIVO: Este método me ha permitido encontrar el principio desconocido de un hecho conocido, para a su vez, descubrir la consecuencia desconocida de ese hecho; es decir, las realidades generales descubiertas nos han servido de base para aplicaciones particulares.

MÉTODO HISTÓRICO: Gracias a este método hemos podido conocer el objeto de mi trabajo, haciendo un seguimiento de su génesis, confrontándolo con su posible desarrollo, crecimiento o distorsión que haya sufrido en su manifestación histórica.

MÉTODO ANALÍTICO: Este método me ha permitido conocer el objeto y sus características, gracias a la separación de sus componentes y, una vez observados poder llegar a determinar las características generales que pretendemos conocer.

MÉTODO SINTÉTICO: Como complemento de lo anterior, una vez que fueron separados los elementos del objeto y luego del análisis, hemos vuelto a la unidad del mismo, es decir, me ha sido posible elaborar la síntesis de los resultados de la investigación.

MÉTODO COMPARADO: He analizado las diferentes situaciones e instituciones jurídicas del tema, lo que nos ha permitido determinar sus peculiaridades; también nos ha sido posible establecer semejanzas y diferencias con legislaciones de otros países.

5.3. PROCEDIMIENTOS

El presente trabajo se enmarca en los siguientes tipos de investigación:

DE CAMPO: Porque he tenido que investigar en el lugar de los hechos como forma de determinar las características del problema, recurriendo a elementos y

circunstancias de los que he podido extraer elementos que sirven para nuestra conclusión.

DOCUMENTAL: Necesariamente he recurrido a fuentes documentales que forman parte de archivos públicos o privados.

DESCRIPTIVA – EXPLICATIVA: Describo los hechos, sus realidades y ello me permite explicar los efectos negativos o positivos de la realidad investigada.

BIBLIOGRAFICA: La fundamentación del problema y sus variables, dada su naturaleza exige que tenga que recurrir a la sustentación científica, que se la puede extraer solo de las obras de doctrina, en unos casos, en otros casos de cuerpos legales o de enciclopedias.

5.4. TECNICAS

Debido a la naturaleza del presente trabajo, me ha sido suficiente emplear como técnica de la investigación **LA ENCUESTA.**

INSTRUMENTO: Concomitantemente con lo anterior, por su misma naturaleza, ha sido suficiente emplear como único instrumento de investigación, EL CUESTIONARIO.

5.5. POBLACION Y MUESTRA

Debido a que el tema de trabajo es de alta especialización, el universo al que he recurrido es reducido, debido a que no son muchos los personajes que tengan suficientes conocimientos sobre la materia, de allí que este universo estará compuesto por un máximo de 40 Abogados, 3 Notarios y 2 Jueces, lo que nos exonera de aplicación de la fórmula pertinente. De manea que nuestro cuadro de población y muestra es el siguiente:

COMPOSICIÒN	**CANTIDAD**
ABOGADOS	40
NOTARIOS	3
JUECES	2
TOTAL	**45**

6.- RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de Encuestas a los señores Abogados, Notarios y Jueces.

1.- Conoce usted, si en actos notariales de declaratoria o concesión de unión de hecho se puede afectar la fe pública y la seguridad jurídica?

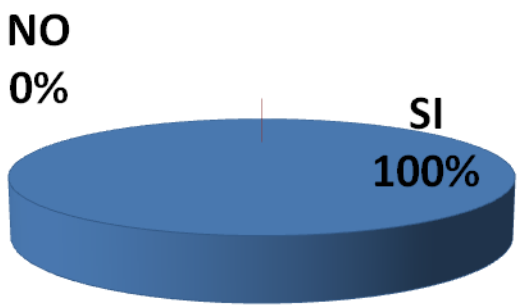
CUADRO No 1

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	45	100,00
NO	0	-
TOTAL	45	100,00

Fuente: Encuesta realizada a Abogados, Notarios y Jueces de la ciudad de Quito.

Elaboración: Omar Cajas Samaniego.

Gráfico No. 1



Interpretación: Como se puede apreciar de la encuesta realizada, en lo relativo a la primera pregunta, los entrevistados, de manera unánime han dado una respuesta positiva, esto es el 100% de ellos.

Análisis: En lo que tiene que ver a esta pregunta todos los encuestados manifestaron que concuerdan en que se puede afectar a la fe pública.

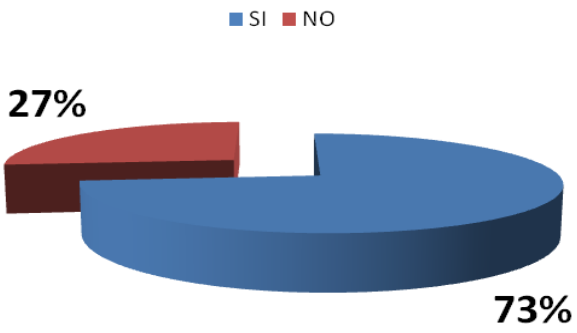
2.-Conoce usted que al declararse u otorgarse una unión de hecho por acto notarial, causa graves perjuicios a los conciudadanos, afectando el principio y garantía constitucional de seguridad jurídica?

CUADRO No 2

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	33	73
NO	12	27
TOTAL	45	100

Fuente: Encuesta realizada a Abogados, Notarios y Jueces de la ciudad de Quito.
Elaboración: Omar Cajas Samaniego.

Gráfico No. 2



Interpretación: En lo relativo a la segunda respuesta dada por los profesionales encuestados, los abogados se manifiestan, en su mayoría, el 75% afirmativamente y el 25% negativamente; los Notarios, el 66% afirmativamente, en tanto que el 33,33% de manera negativa; en tanto que los jueces se han pronunciado afirmativamente el 50% y de manera contraria el 50%, de lo cual se concluye que existe un criterio mayoritario en el sentido de que se puede afectar a terceros con una declaración de unión de hecho forjada.

Análisis: Los encuestados manifiestan en su mayoría que si puede afectar a terceros una declaración de unión de hecho, ya que en la actualidad muchas ocasiones son falsas y la realizan entre un ciudadano ecuatoriano para poder legalizar su permanencia en el país, lo cual afecta a las plazas de trabajo.

3.-Sabe usted, si el acto notarial mediante el cual se concede o establece la existencia de una unión de hecho forjando pruebas está prevista como infracción penal ?.

CUADRO No 3

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	0	0
NO	45	100
TOTAL	45	100,00

Fuente: : Encuesta realizada a Abogados, Notarios y Jueces de la ciudad de Quito.
Elaboración: Omar Cajas Samaniego

Interpretación: En lo referente a la respuesta a la tercera pregunta encontramos que se concuerda en un 100% que no se encuentra tipificada como infracción penal el forjamiento de pruebas o declaraciones para obtener la declaración de unión de hecho, considerando que para que un acto sea considerado delito debe estar expresamente determinado en el Código Penal como tal

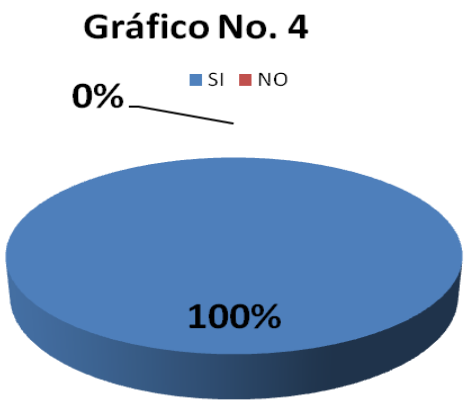
Análisis: Para poder controlar este delito de declaración falsa , adulteración y falsificación de documentos que se presentan para poder realizar el acto de la unión de hecho deberá estar penalizado en el código penal, ya que para estos infractores son castigados muy levemente por el código civil y la ley notarial.

4.- Conoce usted que las declaraciones de unión de hecho conseguidas faltando a la verdad, con forzamiento de pruebas en el acto notarial respectivo, son impunes?

CUADRO No 4

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	45	45
NO	0	0
TOTAL	45	100,00

Fuente: : Encuesta realizada a Abogados, Notarios y Jueces de la ciudad de Quito
Elaboración: Omar Cajas Samaniego.



Interpretación: Con respecto a la cuarta pregunta y concordando con la respuesta anterior, el 100% de los entrevistados han determinado su criterio estableciendo que estos actos quedarían en la impunidad; pues, no se hallan tipificados, a no ser, que se busque otro tipo de delito como la inducción a engaño, sancionado en el Art. 296 del Código Penal.

Análisis: Lamentablemente estas infracciones no son castigadas, dando lugar a que sean cometidas sin temor alguno, existiendo gran cantidad de delitos por este acto notarial.

5.- Considera usted, que la afectación a la fe pública y la presentación de declaración falsa sobre la existencia de unión de hecho en los actos de esta naturaleza efectuados ante Notario debe ser tipificada como delito ?.

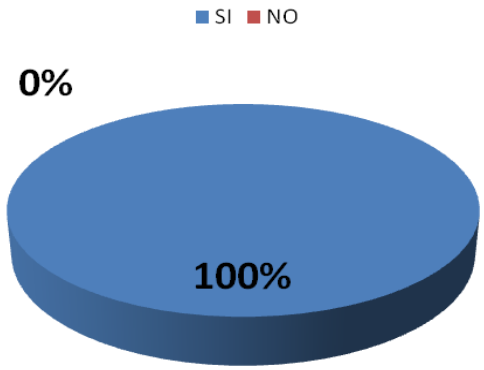
CUADRO No 5

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	45	100,00
NO	0	-
TOTAL	45	100,00

Fuente: : Encuesta realizada a Abogados, Notarios y Jueces de la ciudad de Quito

Elaboración: Omar Cajas Samaniego.

Gráfico No. 5



Interpretación: Analizando las respuestas a la quinta pregunta, verificamos los siguientes datos estadísticos: el 100% de los entrevistados concuerdan que se debe

establecer como delito la afectación a la fe pública y falsa declaración en las uniones de hecho, tipificación que debe ser expresa dicen.

Análisis: Considero que esta si debe estar tipificada en el Código Penal como delito, ya que afecta a la fe pública y muchas ocasiones llegan a tener consecuencias de estafas y delitos en la sociedad.

6.- Considera usted, que es necesaria una reforma al Código Penal para que tipifique como infracción la falsa aseveración de haber cumplido con los requisitos para obtener una constitución o concesión de unión de hecho ante notario?

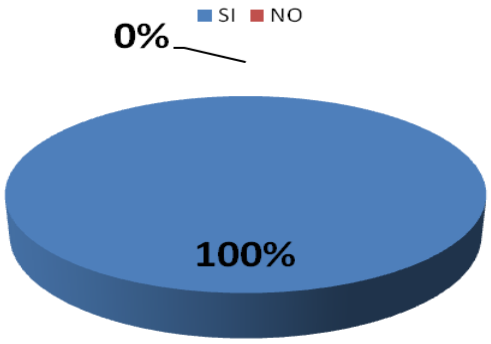
CUADRO No 6

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	45	100,00
NO	0	-
TOTAL	45	100,00

Fuente: : Encuesta realizada a Abogados, Notarios y Jueces de la ciudad de Quito

Elaboración: Omar Cajas Samaniego.

Gráfico No. 6



Interpretación: En lo relativo a la sexta interrogante, en concordancia con las respuestas anteriores el 100% de los entrevistados concluyen positivamente en que se debe existir una reforma al Código Penal en el sentido de que se debe sancionar la falsa declaración de unión de hecho cuando se aduce haber cumplido los requisitos establecidos en el Art. 222, 223 y pertinentes del Código Civil.

Análisis: Se debe tipificar dentro del Código Penal el delito de engaño y muchas ocasiones la falsificación de documentos, conllevando al engaño, que da lugar a quebrantar con la verdad.

7.- Considera usted, que también es necesaria una reforma a la Ley Notarial, que establezca mayores requisitos en el acto notarial para decretar la existencia de la unión de hecho, sin perjuicio de las sanciones por negligencia del Notario?.

CUADRO No 7

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	45	100,00
NO	0	-
TOTAL	45	100,00

Fuente: : Encuesta realizada a Abogados, Notarios y Jueces de la ciudad de Quito

Elaboración: Omar Cajas Samaniego.

Interpretación: En lo referente a la séptima pregunta las respuestas concuerdan en el sentido que es necesaria la reforma a la Ley Notarial en el sentido de que se incrementen los requisitos y pruebas que establezcan la existencia de la unión de hecho y que, si luego de la reforma el Notario no procede conforme a derecho exigiendo se cumplan los requisitos y pruebas, debe ser sancionado por negligencia, incluso con la destitución del cargo.

Análisis: Dentro de lo tipificado en la Ley Notarial, se necesita una reforma urgente, en el cual se exija mayores requisitos probables de la unión de hecho, si es posible que se realice convenio con la Policía de Migración para que las notarias puedan tener acceso a la información y poder de mejor manera controlar las versiones emitidas por los contrayentes.

7.-DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

En mi proyecto de investigación propuse un objetivo general y tres específicos, los cuales se confirman a través del análisis critico, doctrinario, e histórico que contiene en al revisión de literatura y resultados de la presente investigación Jurídica, como también analizar los diferentes puntos de vista y criterios de los señores profesionales del Derecho, gracias a lo cual he podido alcanzar los objetivos propuestos.

7.1.1 OBJETIVO GENERAL:

Elaborar un anteproyecto de reformas a la Ley Notarial, que establezca mayores requisitos para que se otorgue una declaratoria de unión de hecho por vía notarial.

Este objetivo se cumplió en el trabajo de campo ya que dentro de la encuesta la mayoría de los Profesionales en Derecho, coincidieron con la propuesta de incrementar los requisitos para realizar una declaratoria de Unión de Hecho.

7.1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS:

1. Determinar científicamente los requisitos a implementarse para la declaratoria de unión de hecho en vía Notarial, sus causas y efectos.

El objetivo Específico se cumplió en la investigación Doctrinaria, en el cual se pudo analizar las falencias que existe en el Código Civil así como en la Ley Notarial, determinando las causas que se dan para el engaño en la unión de hecho.

2. Establecer los beneficios que se pueden obtener con la exigencia de mayores requisitos para la declaración de unión de hecho en Notarías.

Dentro del Estudio Doctrinario así como en de campo, su pudo evidenciar los beneficios y garantías jurídicas que se lograría al incrementar los requisitos para realizar la unión de hecho por acto Notarial.

4. Plantear los elementos de la reforma.

En el campo Doctrinario así como en el Jurídico se logro determinar los requisitos que se podrían incluir en la reforma de la Ley Notarial, como del Código Civil.

7.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

"El Código Civil y la Ley Notarial no establecen la exigencia de la comprobación de cumplimiento de los requisitos en la constitución de la unión de hecho, por acto notarial lo que atenta contra el principio de seguridad jurídica".

Esta hipótesis la logré contrastaron el desarrollo de la revisión de la literatura donde analicé temáticas sobre los medios alternativos de solución para dar mejor veracidad

a la Unión de Hecho por Acto Notarial, en el cual para poder realizar este acto se deben exigir mayores requisitos para de esta manera lograr una seguridad jurídica. En el marco Doctrinario analicé las normas de la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, la Ley Notarial; y Derecho Comparado.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA.

Ante todo al Código Civil y sus Arts. 222, 223 y pertinentes; a la Ley Notarial en lo que se refiere al Art. 18 numeral 26, en el sentido de que se determine en estas normativas la exigencia de la presentación, como requisito básico, de prueba expresa fehaciente que establezca categóricamente la unión de hecho estable, por dos años mínimo de dos personas libres de vínculo matrimonial o de unión de hecho anterior; ejemplificativamente, se podría requerir, para el caso de extranjeros el movimiento migratorio, certificados de filiación de sus países de origen, etc.

A mi criterio, la reforma al Art. 222 del Código Civil, podría llevar el siguiente texto:

"La unión de hecho estable de más de dos años entre un dos personas, libres de vínculo matrimonial o de unión de hecho legalmente declarada, con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes."

Se exigirá la presentación de prueba documental y testimonial que determine la existencia de la unión con las características enunciadas en este artículo; y, para el

caso de extranjeros unidos con ecuatorianas o ecuatorianos, se presentará, además, como documento habilitante, el movimiento migratorio que certifique la permanencia en el país de por lo menos dos años consecutivos del aludido extranjero.”

Bajo el principio de equidad como sinónimo de justicia, no se puede permitir que persona alguna vulnere las normas jurídicas para su beneficio personal en desmedro de los derechos, aspiraciones e intereses de la colectividad.

VARIABLE INDEPENDIENTE.

Reforma al Código Civil y a la Ley Notarial, que establezca la comprobación de requisitos en la constitución de la unión de hecho por acto notarial.

VARIABLE DEPENDIENTE

Seguridad jurídica.

8. CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado y analizado la parte doctrinaria, jurídica y de campo, he llegado a las siguientes conclusiones:

1.-Hay vacíos en las normas que regulan la unión de hecho lo que impulsa para que la tramitación de una declaratoria de su existencia sea falseada, forjada, que se pueda inducir a engaño a los Notarios y sus auxiliares.

2.- Conseguir que se declare una unión de hecho sin que esta cumpla con los requisitos legales.

3.-Se afectando la seguridad jurídica, el debido proceso; en vista de que, se han valido de este tipo de unión para conseguir la permanencia de personas extranjeras en el país.

3.-Iindiscriminadamente han ingresado al Ecuador por la permisividad de nuestra Ley Migratoria en concordancia con la facilidad con que se puede obtener una declaratoria de unión de hecho en las notarías del país, puesto que, no se cumple ni los requisitos mínimos para ser otorgada o declarada, por parte de quienes aducen tenerla.

4.-Se a causando graves perjuicios a las finalidades y principios del Derecho Notarial, especialmente al de la fe pública que debe ser dada en mérito al total

convencimiento que los actos de quienes intervienen en un asunto jurídico o notarial deben siempre estar enmarcados en la más prístina verdad.

5.- los trámites deben ser absolutamente legales y de esta manera dar seguridad jurídica a todos los miembros de la sociedad ecuatoriana.

6.-Existen vacíos legales en las normas que la regulan, que permiten que esta Institución Jurídica sea vulnerada, que se pueda inducir a engaño a las autoridades singularmente al Notario.

7.-Por la falta de control jurídico conseguir que se declare una unión de hecho sin que esta cumpla con los mínimos requisitos legales.

8.-Está en boga la mala utilización de esta institución jurídica en las Notarias del país para conseguir legalizar la residencia de extranjeros, así las cosas no se cumple ni los requisitos mínimos para ser otorgada o declarada una unión de hecho por parte de quienes aducen tenerla, causando graves perjuicios a las finalidades y principios del Derecho Notarial, especialmente al de la fe pública que debe ser dada en mérito al total convencimiento de que un acto notarial deben estar dentro de la más clara y diáfana verdad dando seguridad jurídica.

9.-RECOMENDACIONES

1.- En virtud de los análisis es investigaciones efectuadas del presente trabajo, por su importancia en la vida social, consideramos que debe ser difundido de la menor manera, por todos los sectores, primordialmente del Gobierno, a través de los órganos respectivos, llámense Asambleístas, Consejo de la Judicatura, Abogados, Notarios, y todos quienes administran justicia, así como de la propia UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA, a la cual nos debemos moralmente el deber de recomendar, por ser una Institución que no solo se dedica a formar profesionales en tal o cal campo, sino a mirar u buscar las soluciones tan prácticas a la problemática del convivir diario en diferentes campos, tanto local cuanto fuera del país.

2.-Por ser un trabajo honesto en investigación y soportar estos conflictos, es menester que sea publicitado, para que sea analizado de la menor manera, siempre pensando en lo positivo y beneficioso para l a sociedad en general.

En fin, el presente tema, debido a su importancia, debe publicitarse en todos los ámbitos del país.

3.-Soy de la propuesta que no solo los Colegios de Abogados y el Ministerio de Justicia por medio de sus abogados colegiados debidamente acreditados, sean las instituciones que se avoquen a conocer los temas de la unión de hecho por acto notarial, si la sociedad en general.

4.-Lograr que los requisitos para la unión de hecho por acto notarial sean verificados y luego de un tiempo prudencial constatados para otorgar su ratificación del acto.

5.- Que, debemos tener en consideración que las parejas que deciden unirse y convivir a través de la unión de hecho por acto notarial tengan en cuenta que para acceder a este, se debe cumplir con requisitos estrictos y fundamentales para que tengan valides jurídica dentro de la sociedad que es mi propuesta la de incrementar los requisitos para contraer la unión de hecho, y no solo ante Jueces y Notarios; debiendo previamente vía Conciliación definir respecto al régimen de parámetros legales y comprobables, y ello sería beneficioso para las partes; así para el Notario como para los peticionarios..

9.1. PROYECTO DE REFORMAS AL CÒDIGO CIVIL Y A LA LEY NOTARIAL.

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

CONSIDERANDO:

Que: La Constitución de la República del Ecuador, establece que es deber del Estado garantizar el debido proceso y una administración ágil y sin dilaciones por parte del Estado;

Que: El Código Civil requiere de reformas que permitan garantizar la unión de hecho mediante el cual se exigirá la presentación de prueba documental y testimonial que determine la existencia de la unión, para garantizar la veracidad de los actos de jurisdicción voluntaria;

Que: La Ley Notarial requiere de reformas que permitan descongestionar los despachos judiciales, facultando al Notario/a algunos actos de jurisdicción voluntaria;

Que: Él artículo 18, numeral 26 de la Ley Notarial, faculta al Notario Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil;

Que: El texto del artículo 18, numeral 26 de la Ley Notarial, es necesario reformarle, por ser violatorio a los principios de la veracidad y autenticidad procesal, por la falta de garantías probables de existencia de convivencia;

Que: Es necesario incorporar reformas al Código Civil y a la Ley Notarial específicamente a la unión de hecho.

Por lo que la Asamblea Nacional en uso de sus atribuciones y deberes constantes en el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, EXPIDE la siguiente:

LEY REFORMATORIA Al CÓDIGO CIVIL Y A LA LEY NOTARIAL:

Art. 1.- En el Art. 18 numeral 26 de la Ley Notarial, agréguese un numeral que dirá:
Art. …. 26.1.- para el caso de extranjeros el movimiento migratorio, certificados de filiación de sus países de origen, certificación de actividad que realiza en el país, y certificado bancario.

Artículo 2.- En el Art. 222 sustitúyase por el texto que dirá:
Art. 222.- "La unión de hecho estable de más de dos años entre un dos personas, libres de vínculo matrimonial o de unión de hecho legalmente declarada, con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes."

Se exigirá la presentación de prueba documental y testimonial que determine la existencia de la unión con las características enunciadas en este artículo; y, para el caso de extranjeros unidos con ecuatorianas o ecuatorianos, se presentará, además, como documento habilitante, el movimiento migratorio que certifique la permanencia en el país de por lo menos dos años consecutivos del aludido extranjero."

Art.3.- Deróguese todas las disposiciones contrarias a esta reforma.

Articulo Final: La presente reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, Distrito Metropolitano; en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los 30 días del mes de noviembre de dos mil doce.

f) Presidente de la Asamblea Nacional f) Secretario General.

10.-BIBLIOGRAFIA

1. AMUNIATEGUI RODRIGUEZ, Cristina: UNIONES DE HECHO, Una nueva versión después de la publicación sobre parejas estables. Tirant – Monografías, Valencia, 2002, págs. 211.
2. BUENAVENTURA, Aldo Manual Práctico de Derecho Notarial, Segunda Edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2002
3. CARVAJAL FLOR, Bécquer, Practica Notarial y Registral, Edilex S-A. Editores, 2007.
4. CUBIDES ROMERO, Manuel, Manual Derecho Notarial Colombiano, Editorial, Universidad Externado de Colombia, Febrero 2004.
5. ESCOBAR VELEZ, Edgar y LOPEZ HURTADO, Beatriz: LA UNION MARITAL DE HECHO, Editora Jurídica Colombiana, Segunda Edición, Medellín, 1997.
6. GARCIA FALCONI, José, ANALISIS JURIDICO SOBRE LA EXISTENCIA DE LA UNION DE HECHO Y SU TERMINACION EN LA LEGISLACION ECUATORIANA, Ediciones Rodín, Quito – Ecuador.
7. GALLEGO DOMINGUEZ, Ignacio, LAS PAREJAS NO CASADAS Y SUS EFECTOS PATRIMONIALES, Centro de Estudios Registrales de España.
8. GIMENES ARNAU, Enrique , Derecho Notarial , Ediciónes Evinsa 2002 Pamplona, España.
9. GATTARI , Nicolás Carlos, Manual de Derecho Notarial , Tercera Edición , Ediciones Depolma Buenos Aires 2001

10. LARREA HOLGUIN, Juan Ignacio, Derecho Civil del Ecuador, Quito, Edición Corporación de Estudios y Publicaciones Quito, l999.
11. LLEBARÍA SAMPER, Sergio: EL PATRIMONIO DE LAS PAREJAS DE HECHO. EL PATRIMONIO FAMILIAR, PROFESIONAL Y EMPRESARIAL, SUS PROTOCOLOS. Tomo II, Editorial Bosch.
12. LOPEZ AZCONA, Aurora, ASPECTOS JURIDICOS DE LA RUPTURA DE PAREJAS DE HECHO, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002.
13. MARTINEL, Carlos Jaya, Practica Notarial, tercera Edición, Editores Fundación Jurídica Colombiana, Bogotá 2002.
14. MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: "LA DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL. Efectos" en Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras, Manuales de Formación Continuada 28-2004
15. MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: RÉGIMEN ECONÓMICO EN LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES. Diario La Ley, 1987, página 1163, Tomo 2.
16. ORTEGA JARAMILLO, Rubén, Ley Notarial, Editorial Gráficas Cosmos, Julio 2oo2, Loya Ecuador.
17. PELOSI, Carlos, El Documento Notarial, Editorial Astrea, Buenos Aires 2001.
18. PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto: UNIONES DE HECHO: ESTUDIO PRÁCTICO DE SUS EFECTOS CIVILES. Editorial Edisofer, Madrid, 2000

19. QUIÑÓNES ESCÁMEZ, Ana: UNIONES CONYUGALES O DE PAREJA: FORMACIÓN, RECONOCIMIENTO Y EFICACIA INTERNACIONAL. Editorial Atelier, libros jurídicos.

20. RIVERO HERNÁNDEZ, EL CONCUBINATO. Madrid – España. 2005

21. ROSEMBERG , Leo, tratado de Dereco Procesal Civil, Editorial Jurídica Europa, América, Buenos Aires, l998.

22. RUBIO TORRANO, enrique: “LUCES Y SOMBRAS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PAREJAS DE HECHO, Primera Lección Magistral en la apertura del curso académico 2005-2006.

23. TAMBINI AVILA, Mónica, Manual de Derecho Notarial, Editorial Nomos &thesis, 2006.

24. LEGISLACION

25. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Vigésima Cuarta Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, l997

26. CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011.

27. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Quito – Ecuador, 2011.

28. CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Notarial, y Ley de Derechos Notariales. Quito, 2006.

29. Ediciones Legales: CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR. Quito Ecuador. 2011.

30. Ediciones Legales: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR. Quito. Ecuador. 2009.

31. Corporación de Estudios y Publicaciones: LEY DE REGISTRO CIVIL, 2010.

32. CÓDIGO CIVIL de Colombia.

33. CÓDIGO CIVIL de Argentina.

34. Ediciones Legales: LEY NOTARIAL. Quito-Ecuador. 2009.

35. LEY FRANCESA de 15 de Noviembre de 1999.

36. GOLDSTEIN, Marbel: DICCIONARIO JURÍDICO CONSULTOR MAGNO. CÍRCULO LATINO AUSTRAL. Buenos Aires-Argentina. 2008.

37. ROMBOLA, Nestor Dario; REBOIRAS, Lucio, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Editorial Ruy Díaz. Buenos Aires- Argentina. 2004.

11.- ANEXOS.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÌDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.
ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO, NOTARIOS Y JUECES

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la encuesta relacionada al título **"LA UNION DE HECHO EN EL ECUADOR POR ACTO NOTARIAL, LA VIOLACIÓN DE LOS REQUISITOS Y SUS EFECTOS" ,** cuyos resultados me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis en Derecho, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. Conoce usted, si en actos notariales de declaratoria o concesión de unión de hecho se puede afectar la fe pública y la seguridad jurídica ?.

Abogados:	Si ( )	No ( )
Notarios	Si ( )	No ( )
Jueces	Si ( )	No ( )

2. Conoce usted que al declararse u otorgarse una unión de hecho por acto notarial, causa graves perjuicios a los conciudadanos, afectando el principio y garantía constitucional de seguridad jurídica?

Abogados:	Si ( )	No ( )
Notarios	Si ( )	No ( )
Jueces	Si ( )	No ( )

3. Sabe usted, si el acto notarial mediante el cual se concede o establece la existencia de una unión de hecho forjando pruebas está prevista como infracción penal?

Abogados:	Si ( )	No ( )
Notarios	Si ( )	No ( )
Jueces	Si ( )	No ( )

4. Conoce usted que las declaraciones de unión de hecho conseguidas faltando a la verdad, con forzamiento de pruebas en el acto notarial respectivo, son impunes?

Abogados:	Si ( )	No ( )
Notarios	Si ( )	No ( )
Jueces	Si ( )	No ( )

5. Considera usted, que la afectación a la fe pública y la presentación de declaración falsa sobre la existencia de unión de hecho en los actos de esta naturaleza efectuados ante Notario debe ser tipificada como delito ?

Abogados:	Si ( )	No ( )

Notarios	Si ( )	No ( )
Jueces	Si ( )	No ( )

6. Considera usted, que es necesaria una reforma al Código Penal para que tipifique como infracción la falsa aseveración de haber cumplido con los requisitos para obtener una constitución o concesión de unión de hecho ante notario ?

Abogados:	Si ( )	No ( )
Notarios	Si ( )	No ( )
Jueces	Si ( )	No ( )

7. Considera usted, que también es necesaria una reforma a la Ley Notarial, que establezca mayores requisitos en el acto notarial para decretar la existencia de la unión de hecho, sin perjuicio de las sanciones por negligencia del Notario?.

Abogados:	Si ( )	No ( )
Notarios	Si ( )	No ( )
Jueces	Si ( )	No ( )

INDICE

CERTIFICACIÓN..... II

AUTORIA III

AGRADECIMIENTO IV

DEDICATORIA V

DEDICATORIA TABLA DE CONTENIDOS..... VI

TÍTULO..... 1

RESUMEN 2

ABSTRACT **4**

INTRODUCCIÓN 6

REVISIÒN DE LITERATURA..... 13

MARCO CONCEPTUAL 13

CONCEPTO DE MATRIMONIO..... 13

CONCEPTO DE UNIÓN DE HECHO 14

CONCEPTO DE FE PÚBLICA..... 15

CONCEPTO DE ACTO 15

CONCEPTO DE ACTO JURÍDICO 15

CONCEPTO DE NOTARÍA 16

CONCEPTO DE NOTARIO 16

MARCO DOCTRINARIO..... 17

FUNDAMENTACION TEORICA..... 17

DERECHO NOTARIAL 18

EVOLUCION HISTORICA 18

EL NOTARIO, EVOLUCION HISTORICA 23

REQUISITOS PARA SER NOTARIO 26

FUNCIONES 27

RESPONSABILIDADES 38

LA UNION DE HECHO 45

EL DERECHO NOTARIAL SEGUN AUTORES EXTRANJEROS 47

DERECHO NOTARIAL 58

ACTOS Y CONTRATOS NOTARIALES 61

EL ACTA 63

INSTRUMENTOS PÚBLICOS. 65

CLASIFICACION DE LOS ACTOS NOTARIALES 70

REQUISITOS EN LA UNIÓN DE HECHO 73

PRINCIPIOS NOTARIALES 76

DEFINICIONES 76

IMPORTANCIA 76

PRINCIPIOS APLICABLES A LA FUNCION NOTARIAL 76

EL MATRIMONIO 81

DEFINICION. 81

RESEÑA HISTORICA 84

REQUISITOS 93

FORMALIDADES 105

SOLEMNIDADES 107

CAUSALES DE DISOLUCION 111

EFECTOS 122

LA UNION DE HECHO 125

DEFINICION 128

CAUSAS 130

EFECTOS 131

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE MATRIMONIO y

UNION DE HECHO 132

FORMACION DE LA UNION DE HECHO. 133

REQUISITOS 133

PROCEDIMIENTO POR ACTO NOTARIAL 135

TERMINACION DE LA UNION DE HECHO 135

REQUISITOS 135

PROCEDIMIENTO POR ACTO NOTARIAL 137

CAUSAS Y EFECTOS 137

MARCO JURIDICO 140

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA 140

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES 141

CÓDIGO CIVIL 141

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL 142

LEY NOTARIAL 145

DERECHO COMPARADO 152

REPÚBLICA DE BRASIL 152

REPÚBLICA DE COLOMBIA 153

REPÚBLICA DE CUBA Y EL DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL 155

MATERIALES Y MÉTODOS..... 159

MATERIALES 159

METODOS 160

PROCEDIMIENTOS..... 161

TECNICAS 162

POBLACION Y MUESTRA..... 163

RESULTADOS..... 164

RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS A LOS

SEÑORES ABOGADOS, NOTARIOS Y JUECES 164

DISCUSIÓN..... 173

VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS..... 173

OBJETIVO GENERAL..... 173

OBJETIVOS ESPECÍFICOS..... 173

CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS 174

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA. 175

CONCLUSIONES..... 177

RECOMENDACIONES..... 179

PROYECTO DE REFORMAS AL CÒDIGO CIVIL Y A LA

LEY NOTARIAL..... 181

BIBLIOGRAFIA..... 184

ANEXOS 186

INDICE