# UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

## MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

### CARRERA DE DERECHO

# "SE DEBE REFORMAR EL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL FACULTANDO A LOS NOTARIOS LA REALIZACIÓN DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE SE REFIERAN AL NOMBRAMIENTO DE CURADORES"

Tesis previa a la obtención del título de Abogada.

**Autora:** DELITA PATRICIA BAUTISTA SÁNCHEZ

**Directora de tesis:** Dra. Susana Jacqueline Jaramillo.

Loja – Ecuador

2013

## CERTIFICACIÓN

Dra.

Susana Jacqueline Jaramillo.

DIRECTORA DE TESIS

## CERTIFICA:

Que he dirigido y revisado la Tesis intitulada: **"SE DEBE REFORMAR EL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL FACULTANDO A LOS NOTARIOS LA REALIZACIÓN DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE SE REFIERAN AL NOMBRAMIENTO DE CURADORES"**, elaborada por la señora **DELITA PATRICIA BAUTISTA SÁNCHEZ**, la cual con todos los requisitos de fondo y forma establecidos en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Loja, septiembre del 2013.

Dra. Susana Jacqueline Jaramillo.

DIRECTORA DE TESIS

# AUTORIA

Yo, Delita Patricia Bautista Sánchez, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual

**Firma:** _____

**Cédula:**

**Fecha:** 24 de Octubre del 2013

**Autor:** Delita Patricia Bautista Sánchez.

**CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCION PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO**

Yo, Delita Patricia Bautista Sánchez, declaro ser autor de la tesis Titulada **"SE DEBE REFORMAR EL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL FACULTANDO A LOS NOTARIOS LA REALIZACIÓN DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE SE REFIERAN AL NOMBRAMIENTO DE CURADORES"**. Como requisito para optar al título de ***Abogada***; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de su visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de Información de país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.
La Universidad Nacional de Loja no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.
Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja a los 12 días del mes de Noviembre del dos mil trece, firma el autor.

**Firma:**_____

**Autor:** Delita Patricia Bautista Sánchez
**Cedula:** 0501459176
**Dirección:**. Quevedo, Barrio Corazón
**Correo Electrónico:** delitabautizta76@hotmail.com
**Teléfono: 0981654465**

**DATOS COMPLEMENTARIOS:**
**Director de Tesis:** Dra. Susana Jacqueline Jaramillo
**Tribunal de Grado:**

| | |
|---|---|
| Dr. Mario Chacha Vásquez Mg, Sc. | PRESIDENTE |
| Dr. Felipe Neptalí Solano Mg, Sc. | VOCAL |
| Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg, Sc | VOCAL |

# AGRADECIMIENTO

Al culminar mi carrera profesional, quiero dejar constancia de mi profundo agradecimiento a todos quienes de una u otra manera coadyuvaron para alcanzar con éxito las metas propuestas.

Quiero agradecer de manera particular a la Universidad Nacional de Loja en las personas de sus directivos, profesores y personal que labora en tan prestigiosa institución quienes mantienen viva la misión y visión para la que fue creada, al permitir que tantas personas accedan a una educación de calidad.

Quiero dejar constancia de un especial agradecimiento a la DRA. SUSANA JACQUELINE JARAMILLO, Directora de la presente tesis, quien con mucha paciencia ha sabido guiar sabiamente su elaboración.

LA AUTORA

# DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mi padre, a mi esposo e hijos, razón de mi vida y aliento de superación, quienes siempre han estado apoyándome a lo largo de mi carrera y durante toda mi vida.

DELITA PATRICIA BAUTISTA SÁNCHEZ

# TABLA DE CONTENIDOS

**1. TÍTULO**

**2. RESUMEN**

**2.1. ABSTRACT**

**3. INTRODUCCIÓN**

**4. REVISION DE LITERATURA**

**4.1. MARCO CONCEPTUAL**

**4.1.1.** Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales.-

**4.1.2.** Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.-

**4.1.3.** Competencia Municipal.-

**4.1.4.** Registro de la Propiedad.-

**4.2. MARCO DOCTRINARIO.**

**4.2.1.** El centralismo

**4.2.2.** La Nueva Economía Institucional.

**4.2.3.** Desconcentración del Estado

**4.2.4.** Organización territorial y regionalización

**4.2.5.** Descentralización y Desconcentración.-

**4.2.6.** El nuevo ordenamiento territorial en Ecuador.-

**4.2.6.1.** Regiones.-

**4.2.6.2.** Circunscripciones territoriales

**4.2.7.** Los Gobiernos Autónomos Descentralizados.-

**4.2.7.1.** Competencias de los Gobiernos Regionales Autónomos.-

**4.2.8.1.** Competencias exclusivas por niveles de gobierno

**4.2.9.** El Registro de la Propiedad.- 4.2.9.1. El Registrador de la Propiedad como funcionario público.

**4.2.9.1.** Los derechos laborales de los empleados de los ex Registros de la Propiedad privados, al tenor de lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

**4.3. MARCO JURIDICO**

**4.3.1.** Ley de Modernización del Estado

**4.3.2.** Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social

**4.3.3.** La Constitución de la República del Ecuador.

**5. MATERIALES Y METODOS**

**6. RESULTADOS**

6.1. Presentación, interpretación y análisis

**7. DISCUSION**

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de Hipótesis

7.3. Fundamentos jurídicos que sustenten la reforma

**8. CONCLUSIONES**

**9. RECOMENDACIONES**

**9.1. PROPUESTA JURÍDICA**

**10. BIBLIOGRAFIA**

**11. ANEXOS**

Anexo 1: proyecto de tesis

Anexo 2: encuesta aplicada

**INDICE**

## 1. TITULO.

**“SE DEBE REFORMAR EL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL FACULTANDO A LOS NOTARIOS LA REALIZACIÓN DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE SE REFIERAN AL NOMBRAMIENTO DE CURADORES”**

## 2. RESUMEN

El tema que me propuse desarrollar titula: **“SE DEBE REFORMAR EL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL FACULTANDO A LOS NOTARIOS LA REALIZACIÓN DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE SE REFIERAN AL NOMBRAMIENTO DE CURADORES”,** por lo que me permito realizar el resumen del mismo.

En el Libro I del Código Civil encontramos lo referente a las guardas y curadurías, que en términos generales constituyen representaciones legales para los actos de la vida civil de una persona declarada incapaz en razón de un déficit de sus facultades. Para el nombramiento de un tutor o curador, se requiere la intervención de un juez, es decir se requiere necesariamente iniciar un trámite judicial.

Como sabemos, es más que frecuente conocer en la realidad jurídica de nuestro país, el alto índice de congestión a que se ha visto enfrentado la función judicial; y, es que debido a nuestro ordenamiento jurídico una gran cantidad de trámites judiciales se conocen en la denominada justicia ordinaria, lo cual ha producido un estancamiento en el despacho de procesos.

Por otra parte nuestra legislación procesal civil, reconoce la existencia de la jurisdicción voluntaria la cual comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión

alguna entre partes determinadas, es decir no existe contención de parte que es propia del Juicio, siendo entonces ésta su característica esencial.

El desarrollo contemporáneo del Derecho Procesal ha permitido que asuntos en los que no haya contradictor es decir que constituyan aspectos de jurisdicción voluntaria; y, algunos asuntos en los que aun pudiendo haber legítimo contradictor pero que se basan en el acuerdo voluntario de las partes, se resuelvan ante un Notario, circunstancia que ha conllevado en nuestro país a una constante reforma a la Ley Notarial, determinando que los Notarios resuelvan asuntos judiciales, lo que sin lugar a dudas ha permitido un alivio a la ya pesada tramitación judicial de los juzgados; y, sobre todo agilidad en la resolución de estos problemas judiciales para los usuarios.

Y precisamente de este hecho trata la presente investigación, como mencione anteriormente nuestra legislación civil establece en ciertos casos el nombramiento de tutores o curadores, para lo cual requiere trámite judicial, sin embargo, considero que a fin de dotar de agilidad y eficacia la tramitación del nombramiento de un tutor o curador, es necesario que se reforme la Ley Notarial facultando a los Notarios la realización de los trámites de jurisdicción voluntaria que se refieran al nombramiento de curadores, esto mediante una reforma al Art. 18 del mencionado cuerpo legal.

## 2.1. ABSTRACT

The topic that I decided to develop titled "ART MUST REFORM. 18 of the Act empowering NOTARIES NOTARY MAKING STEPS voluntary jurisdiction INVOLVING THE APPOINTMENT OF HEALERS ", so I would make the summary.

In Book I of the Civil Code regarding find guards and curators, which broadly constitute legal representations for acts of civil life of a person incapacitated because of a shortage of its powers. For the appointment of a guardian or conservator, it requires the intervention of a judge, that is necessarily required to initiate a judicial proceeding.

As we know, is more than common knowledge in the legal reality of our country, the high level of congestion that has confronted the judiciary, and is that because our legal system a lot of court proceedings are known in the called ordinary courts, which has been a stagnation in the study process.

Moreover our civil procedural law, recognizes the existence of voluntary jurisdiction which includes all acts that by operation of law or by their request, requires the intervention of the judge, without being promoted or the promotion issue made between specific parties, ie there is no contention that is itself part of the judgment, it being then its essential characteristic.

The contemporary development of procedural law has allowed matters in which there is no gainsaying that is constituting aspects of voluntary jurisdiction, and, in some cases that may be legitimate even contradictory but

which are based on the voluntary agreement of the parties, resolved before a notary, a fact that has led our country to a constant reform Notary Act, determining that the Notaries resolved court cases, which undoubtedly has allowed relief to the already heavy judicial proceedings in the courts, and especially expedite the resolution of these legal problems for users.

And this fact is precisely this research, as mentioned earlier our civil law provides in some cases the appointment of guardians or curators, for which requires judicial proceeding, however, I believe that in order to provide flexibility and efficiency of the processing of appointment of a guardian or conservator, it is necessary to amend the Act empowering the Notaries Notary performing procedures contentious matters relating to the appointment of curators, this by amending the Article 18 of the abovementioned Act.

## 3. INTRODUCCION

El presente trabajo, que pongo a vuestra consideración tiene como fundamental objetivo contribuir a la ciencia de la investigación científica, por lo que he requerido de gran esfuerzo para contribuir al enriquecimiento del acervo académico de la carrera; y, comprende una propuesta de cambio a la legislación incongruente que mantiene el sistema jurídico civil y notarial vigente en el Estado Ecuatoriano.

El tema de las curadurías es un asunto que se presenta constantemente en nuestro país, muchos son los trámites por los que se requiere el nombramiento de un curador, especialmente para incapacidades; sin embargo y pese a que se trata de una institución jurídica muy importante, su aplicación práctica se dificulta si tomamos en consideración que debido a su engorrosa y difícil tramitación, esta institución es muy poco utilizada. Por lo que es necesario agilitar la tramitación por medio de un trámite más dinámico, como lo es el notariado.

Identificado el problema, objeto de estudio, luego de efectuar la investigación debidamente planificada, redacté el presente Informe Final el cual en su estructura sigue los lineamientos establecidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja; y, que me ha permitido contar con una información doctrinaria y jurídica establecida dentro de tres marcos importantes como son el ***Marco Conceptual***, a través del cual establezco en orden de tratamiento los conceptos de cada una de las variables utilizadas en la elaboración de la presente investigación; el ***Marco***

***Doctrinario*** a través del cual me permito incluir en este trabajo el análisis; y, los criterios de diferentes autores que han realizado diversos estudios en relación a la problemática; y, el ***Marco Jurídico*** en el que utilizando la normativa legal vigente, abordo los temas, materia del trabajo de investigación.

Avanzando con la estructura del presente trabajo, encontrarán el punto de ***Materiales y Métodos*****,** en donde explico la forma en que se ha utilizado cada uno de los métodos, las técnicas de investigación; y, los materiales que se han empleado en el desarrollo de la investigación de campo, en donde se realiza un análisis y presentación de los resultados de las treinta encuestas y cinco entrevistas aplicadas, dentro de este trabajo las mismas que se encuentran establecidas por el procesamiento de datos que fueron aplicados a Abogado en libre ejercicio quienes con conocimiento de causa nos brindan su posición respecto a este tema.

Posteriormente en el punto denominado ***Discusión*** verifiqué los objetivos, contrasté la hipótesis y expreso los fundamentos jurídicos del proyecto de reforma. En las ***Conclusiones*** se presenta una síntesis de los resultados obtenidos después de la investigación realizada. Además establezco algunas ***Recomendaciones*** a más de incluir el ***Proyecto de Reforma*** como el punto principal a plantear, dirigida a la legislación vigente. Finalmente la ***Bibliografía*** cuenta con una descripción en una lista de todas las obras consultadas que me ha servido para poder culminar mi trabajo de tesis. En los ***Anexos*** incluyo los modelos de encuesta y entrevista realizados a

profesionales del derecho, a los diferentes grupos relacionados con la materia además del Proyecto de investigación; y, el Índice

Con esta investigación aspiro no solamente haber cumplido con un requisito de graduación, sino más bien con la aspiración de haber contribuido con un aporte jurídico y social para las futuras generaciones de abogados en el campo del Derecho Notarial

## 4. REVISION DE LITERATURA.

### 4.1. MARCO CONCEPTUAL

**4.1.1. Definición de Notario.-** "*Con origen en el latín notarĭus, la palabra notari**o** describe al **funcionario público** que tiene la autorización para controlar y servir de testigo frente a la celebración de **contratos**, testamentos y otros actos extrajudiciales. El notario, por lo tanto, concede carácter público a documentos privados por medio de su **firma**"*[1].

Los Notarios como vemos entonces son aquellos funcionarios que dan fe de los actos y contratos que se realizan en su presencia. El dar fe significa que con su firma certifican haber verificado la validez jurídica de tal o cual acto, por lo que el mismo surte los efectos legales que para su naturaleza correspondan.

Lo que hace el notario es funcionar como garantía porque confirma la legalidad de los documentos que controla, ya que se trata de un jurista habilitado por la ley para otorgar garantías a actos que se suscitan en el ámbito del derecho privado.

> ***"Un notario público es un abogado al que el Estado ha investido de fe pública. En otras palabras, se trata de un abogado cuya***

[1]NOTARIO: http://definicion.de/notario/; fecha de consulta: 12 de abril de 2011.

***intervención en diversos actos jurídicos posee de garantía de seguridad jurídica para todas aquellas partes involucradas"[2].***

Para actuar como notario, es necesario que se cuente con un nombramiento legalmente expedido, en nuestro país las Notarías son parte integrante de la Función Judicial, por lo que su nombramiento corresponde al Consejo de la Judicatura. Solamente, la persona que cuente con el debido nombramiento en calidad de Notario puede dar fe de los actos sometidos a su certificación.

La función del notario, de todas formas, siempre es pública,. Los escritos autorizados por un notario, por otra parte, siempre tienen validez legal reconocida por el Estado.

**4.1.2. Definición de Jurisdicción.- "*La jurisdicción (del latín iurisdictio, «decir o declarar el derecho») es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el Derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable una controversia, que es ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes"[3].***

La jurisdicción, constituye una base jurídica dentro de la cual se desenvuelve el derecho. Dicha jurisdicción la ejerce el sistema jurídico de nuestro país; concretamente la función judicial.

---

[2] NOTARIO: http://definicion.de/notario/; fecha de consulta: 12 de abril de 2011.
[3] JURISDICCION: http://es.wikipedia.org/wiki/Jurisdicci%C3%B3n; fecha de consulta: 13 de abril de 2011.

Uno de los principales rasgos de la potestad jurisdiccional es su carácter irrevocable y definitivo, capaz de producir en la actuación del derecho lo que técnicamente se denomina cosa juzgada.

> ***"En sentido coloquial, la palabra "jurisdicción" es utilizada para designar el territorio (estado, provincia, municipio, región, país, etc.) sobre el cual esta potestad es ejercida. Del mismo modo, por extensión, es utilizada para designar el área geográfica de ejercicio de las atribuciones y facultades de una autoridad o las materias que se encuentran dentro de su competencia; y, en general, para designar el territorio sobre el cual un Estado ejerce su soberanía"[4].***

Como se puede observar del concepto que antecede, por jurisdicción entendemos básicamente la designación del territorio, autoridad y actuación a realizar, la cual es determinada en su mayor parte por la ley; pero siempre es cumplida o ejercida por la Función judicial en sus diversos niveles y organismos.

En palabras del distinguido profesor, don Eduardo Couture, la jurisdicción es:

> ***"La función pública, realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan los derechos de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia***

[4] JURISDICCION: http://es.wikipedia.org/wiki/Jurisdicci%C3%B3n; Fecha de consulta: 13 de abril de 2012.

***jurídica, mediante decisiones bajo autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución"[5].***

La palabra jurisdicción proviene de las palabras latinas "iusdicere", que significan declarar el derecho, y por lo tanto la jurisdicción en sentido amplio, designa a la función de administrar justicia, para impedir la autodefensa violenta de los intereses particulares.

La jurisdicción surge dentro de las diferentes sociedades como un medio de pacificación social, ya que los mentalizadores de su contenido son los jueces, cuya función primordial fue la de dirimir los conflictos originados entre los individuos producto de las relaciones sociales y comerciales, siempre y cuando no hayan llegado a consensuar por sus propios medios a través de principios de equidad, aunque no fue siempre así, la humanidad debe su progreso a la creación de principios y procedimientos que le permitan solucionar las controversias de sus congéneres. Conforme avanza la civilización, la actividad jurisdiccional no se limita a una función pacificadora, sino también a la de garantizar la observancia de la ley en cuanto a poder dirimir y resolver las diferencias conforme a las reglas previamente establecidas.

La división de poderes del Estado permite distinguir a la función jurisdiccional, como un elemento fundamental del andamiaje estatal, que facilita aplicar la normativa expedida por la función legislativa. Pero el

[5] COUTURE, J. Eduardo.- Fundamentos de Derecho Procesal Civil; Editorial Depalma, Quinta Edición, 1958; pág. 13.

ejercicio de la función jurisdiccional es exclusiva de los jueces, por lo que la administración de justicia es privativa de dicha función.

Calamandrei, citado por Benigno Cabrera en su obra Teoría general del proceso y la prueba, manifiesta que: ***"la función de la jurisdicción es la declaración de certeza"***[6]. Vale decir, quien tiene la razón, al atribuir cuál de las partes ha sustentado correctamente su pretensión y la ha demostrado en el término de prueba.

En cambio, Couture, propone la siguiente definición:

> **"*es la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones de autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución*"[7].**

La definición propuesta por Couture destaca ciertos elementos que son coincidentes con las expuestas por otros tratadistas. Definitivamente es una función pública, ya que la administración de justicia es propia del Estado y no podría ser ejercida por los particulares.

---

[6]Cabrera, Benigno, *Teoría General del Proceso y la Prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Cía.Ltda., 1996, p. 83.

[7]Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999, p. 99.

Para resolver controversias se acude ante el juez unipersonal o pluripersonal, siendo éstos quienes resolverán lo que le corresponde tanto al actor como al demandado, con la virtud de que la decisión que se tome no se modificará una vez que la misma se ejecutoríe.

Con un criterio similar se manifiesta Enrique Vescovi, quien en su obra Teoría General del Proceso, señala: ***"jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho"*.**

Un elemento característico y reiterativo respecto a las definiciones anteriores se refiere a la resolución de controversias o conflicto de intereses, para lo cual se acude al juez a fin de que sea él, como dice Calamandrei, quien realice la declaración de certeza, pero bajo un criterio más técnico, determinando quién se encuentra asistido por la norma jurídica.

El autor Chiovenda, citado por Cabrera Benigno, define a la jurisdicción así: ***"Es la función del Estado, que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución de la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva"*[8].**

Chiovenda aporta otro elemento en su definición, y es que los jueces no resuelven solamente sobre asuntos propuestos o en los que están inmersos los particulares sino también los órganos públicos, pudiendo ser estos los

[8]Benigno Cabrera, p. 86.

órganos de la función Ejecutiva. Por ello se puede establecer que la independencia de la función Judicial es fundamental para que verdaderamente exista justicia.

En los Estados considerados modernos, en los cuales es evidente un intervencionismo de los poderes públicos en contraste con las denominadas autonomías privadas, es preponderante en la mayoría de legislaciones la observancia del derecho; la cual se entiende ligada estrictamente al ejercicio de la jurisdicción, ya que son los jueces quienes en base a la norma jurídica vigente dictaminan lo que le corresponde a cada una de las partes.

El Estado, como ente regulador, a través de las normas jurídicas que plasman los derechos objetivos en que están amparados los ciudadanos, busca históricamente, a partir de regular mediante un proceso de abstracción, por medio de normas generales y específicas que hacen que los particulares en sus relaciones tanto individuales como colectivas tengan que ajustar su conducta a la voluntad exteriorizada del Estado, asistir a sus miembros a través de la formulación del Derecho manifestada en forma de mandato concreto e individualizado dirigido al individuo que se encuentre en una situación de hecho a través de la jurisdicción.

Alejandro Ponce Martínez dice al respecto:

> ***"La función esencial del juez es la de administrar la justicia. El Poder Judicial se ha instituido –dijimos con Savigny- para reparar la violación del derecho; entendiendo por violación todo***

***ataque, toda resistencia, toda contradicción positiva o negativa. La intervención del juez supone, por tanto, dos elementos; el derecho de que una persona se considera asistida, y la violación de ese derecho por otra. La misión del juez redúcese entonces a reconocer y declarar la existencia o no existencia del derecho y de la violación, y aplicar la ley correspondiente"[9].***

La función esencial del juez es la de administrar justicia, declarando o no la existencia del derecho, ejecutando una sentencia, sancionando el cometimiento de infracciones; pero para el ejercicio de su actividad los actos procesales deben estar revestidos de solemnidad. Este elemento característico hizo que varias legislaciones le atribuyeran la facultad de solemnizaron autorizar. Llamando a esta actividad adicional de los jueces función accidental: muchos autores la han justificado teóricamente, con el fin de permitir el normal desenvolvimiento delas sociedades, pero la argumentación teórica y jurídica, como veremos más adelante, de la existencia de la jurisdicción voluntaria no es unificada, peor aún, contundente.

Por lo tanto, de todo lo manifestado anteriormente, puedo precisar que la jurisdicción es una de las formas en que el Estado se manifiesta y cumple su objetivo fundamental, de otorgarle Derecho a quien corresponda, generalmente el ejercicio procesal se concreta en su órgano ejecutor, sobre todo a través de la administración de justicia. El poder jurisdiccional o

[9]Ponce, Alejandro, *Derecho Procesal*, Quito, Ediciones de la Pontifica Universidad Católica del Ecuador, s.a., p. 205.

judicial, además, tiene a su cargo otras funciones de distinta naturaleza, que pueden llamarse accidentales, como es el caso de la denominada jurisdicción voluntaria, la misma que por su especial naturaleza faculta a los jueces autorizar o solemnizar ciertos actos que en la práctica interfieren con la actividad de exclusiva de juzgar.

Por lo tanto esta atribución accidental de los jueces debe delegarse en su totalidad a un agente distinto del juez, para permitir que los juzgadores se concentren en su función específica: administrar justicia y hacer que se cumplan las leyes establecidas por el orden jurídico.

**4.1.3. Definición de Jurisdicción voluntaria.-** ***"Los actos de Jurisdicción Voluntaria se caracterizan por la ausencia de contradicción y, por tanto, el carácter no litigioso de los expedientes. Por ello, la resolución que se dicte no produce los efectos de "cosa juzgada", puesto que en muchos de los supuestos se prescindirá de la intervención judicial y, en los que intervenga lo harán desprovisto de su potestad jurisdiccional, ya que precisamente, en el momento en que se ejercite oposición por parte interesada, el expediente se tornará contencioso. La Jurisdicción Voluntaria no está encomendada solamente a los órganos titulares de la jurisdicción (los Tribunales), sino a otros funcionarios públicos: Notarios, Registradores, Cónsules y otros encargados de Registros públicos. Así pues, hay dos tipos de actos o negocios de Jurisdicción***

***Voluntaria: los encomendados a los Jueces, y los encomendados a órganos no judiciales"***[10]

La defunción constante en líneas anteriores nos lleva a determinar la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la jurisdicción voluntaria, la cual en primer lugar se constituye en someter un asunto a conocimiento de una autoridad pero no obligado por la ley, sino concurro en forma voluntaria y sin que mi concurrencia represente un proceso litigioso, ya que no existe en estos asuntos un legítimo contradictor contra quien procedería el acto jurídico.

Guillermo Cabanellas en su obra Diccionario Jurídico Elemental, define a la jurisdicción voluntaria como:

> **"*Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada no promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas... En ellas son hábiles todos los días y horas... Sin necesidad de solemnidades son admitidos los documentos que se presenten y las justificaciones que se ofrezcan. Apenas se haga oposición por quien tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación en que estuviesen, al tiempo de ser incoado, los interesados y el***

[10] JURISDICCION VOLUNTARIA: http://www.iuriscivilis.com/2008/08/la-jurisdiccin-voluntaria.html, Fecha de consulta, 15 de abril de 2011.

***objeto de aquél; y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda.***

***El juez puede variar las providencias que dicta, sin sujeción a términos ni formas establecidas para la jurisdicción contenciosa; salvo tratarse de autos definitivos o recurridos. Son materia de esta jurisdicción, entre otras, la adopción, el nombramiento de tutores, los depósitos personales, la protocolización de testamentos, las informaciones para dispensa de la ley y las de perpetua memoria, la enajenación de bienes de menores e incapacitados, las medidas para administración de los bienes del ausente, las subastas judiciales voluntarias... el deslinde y el amojonamiento"***[11]

De las muchas definiciones que sobre el tema se han expuesto una de las primeras y justificando la existencia de la denominación jurisdicción voluntaria, se destaca la de José de Vicente y Caravantes, quien dice:

***Entiéndase por jurisdicción voluntaria la que ejerce el juez en actos o asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus***

[11] CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario de Derecho usual, Tomo 3, 2001; Pág. 72.

***providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios"[12].***

Esta misma definición ya nos presenta la carencia de contradicción en la jurisdicción voluntaria, elemento determinante de la jurisdicción, dando el juez la fuerza o valor legal al acto o asunto, que como veremos más adelante puede realizarlo otro funcionario judicial y no necesariamente el juez quien por sobre todas las cosas debe dedicarse exclusivamente a juzgar.

El autor argentino Lino Palacio en su obra Manual de Derecho Procesal Civil, al referirse a la jurisdicción voluntaria, se manifiesta en los siguientes términos:

***"Tradicionalmente se designa así a la función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas. Como ya se ha destacado, se trata de una función ajena al normal cometido de los órganos judiciales, el cual consiste en la resolución de los conflictos jurídicos suscitados entre dos o más personas."[13]***

Respecto a las actividades que ejecuta el juez, en referencia a la definición anterior, encontramos tres actividades fundamentales: "integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas". Pero no se refiere a la actividad propia del juez que es la de juzgar, por eso el autor

[12] Arguello, Luis.- Manual de Derecho Romano, Buenos Aires, Ed t. Astrea, 1988, p. 71
[13]Palacio, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, p. 87.

de esta definición agrega que la jurisdicción voluntaria es una función ajena de las realizadas por los órganos judiciales. Pero conforme vimos en la reseña histórica de la jurisdicción, la misma se fue adecuando para que ciertos actos en los cuales no había conflicto de intereses se necesitaba la intervención de los magistrados para autorizar o solemnizar.

Es indiscutible que los actos de jurisdicción voluntaria son una función accidental del juez y que su esencia es administrativa pero ejecutada por órganos judiciales. Sin embargo por la dinámica con la que se desenvuelven las sociedades, se hace necesario consolidar la participación de un funcionario como el notario para que actúe en las relaciones jurídicas delos particulares, con la única finalidad de solemnizar, autorizar o garantizar cualquier derecho en estricto cumplimiento, en nuestro caso de la legislación ecuatoriana, en actos carentes de controversias y de esta manera dar la trascendencia para los posteriores efectos que surgen delos actos no contenciosos, denominación más adecuada para referirse a esta institución.

Respecto del ejercicio de la jurisdicción voluntaria Devis Echandía, destaca la falta de desacuerdo y la explica, así:

> **"*La jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una persona que necesita darle legalidad a una actuación o certeza a un derecho, o por varias pero sin que exista desacuerdo entre ellas***

***al hacer tal solicitud y sin que se pretenda vincular u obligar a otra persona con la declaración que haga la sentencia"***[14]

Otros autores como Calamandrei otorgan un carácter intermedio a la jurisdicción voluntaria entre la función jurisdiccional y administrativa, al decir que:

***"La función jurisdiccional y la administrativa, está la llamada jurisdicción voluntaria; la cual, aun siendo, como veremos en seguida, función sustancialmente administrativa, es subjetivamente ejercida por órganos judiciales, y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equívoco de jurisdicción, si bien acompañado con el atributo de voluntaria que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción"***[15]

La jurisdicción voluntaria hasta hace poco era de conocimiento exclusivo de los jueces, sin embargo diferentes legislaciones han delegado esta facultad a los notarios, en cuanto a la esfera judicial, hemos señalado que la competencia del notario es inexistente. Sin embargo, ante la sobrecarga de trabajo en Juzgados y Tribunales existe una tendencia a trasvasar algunas actuaciones judiciales sin contienda al notario, en materias que no sean estrictamente de derecho de personas o familia, dado su naturaleza pública,

---

[14]Devis, Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Bogotá, Editorial ABC, 1978, p. 70.

[15]Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Leyer, s.a., p. 64.

prestigio y credibilidad social, que lo convierten en un sujeto imparcial con autoridad.

La preocupación de los legisladores de diferentes estados ante la acumulación de causasen sus judicaturas, hizo que se buscase una solución a este problema, siendo la delegación de ciertos actos de jurisdicción voluntaria a otros funcionarios, entre ellos el notario, como respuesta a este problema, pero teóricamente surge a la palestra la discusión de si realmente existe la jurisdicción voluntaria.

En verdad muchos autores presentan sus definiciones sobre esta institución pero no se han detenido analizarla detalladamente, ya que de esas mismas definiciones no se destacan características o elementos de la jurisdicción.

**4.1.4. Definición de Curadores.-** El **curador** (en algunos países se lo confunde con la figura del *tutor*) es el representante para los actos de la vida civil de una persona declarada incapaz en razón de un déficit de sus facultades mentales.[16]

[16] http://es.wikipedia.org/wiki/Curador_(derecho)

## 4.2. MARCO DOCTRINARIO

### 4.2.1. Reseña histórica de la Institución de la Jurisdicción.

Con el objetivo de ubicarnos en la evolución histórica del Derecho Romano, es pertinente ubicarnos en Roma donde se forma la institución denominada jurisdicción, es posible segmentar dicha sinopsis histórica, en tres períodos: el primero llamado monarquía (700-509 AC), un segundo período la república (509-29 AC) y el último conocido como imperial (29 AC-1529 AC), que nos permitirá finalmente ubicar el nacimiento de la jurisdicción, si bien no con las particularidades como la conocemos actualmente se constituyen el punto de partida de la configuración de la jurisdicción.

Los orígenes de esta institución nos remontan varios siglos atrás, en la época de la monarquía, quien tenía a su cargo el ejercicio de la justicia era el rey, tanto en lo civil como en lo criminal. Además existía una marcada diferencia social entre plebeyos y patricios, siendo estos últimos quienes iban ocupando las magistraturas a medida que fue evolucionando la monarquía.

En la etapa de la república, la organización institucional de Roma se funda sobre los clásicos elementos políticos: magistratura, senado y pueblo. En relación a la jurisdicción, la magistratura adquiere una importante connotación, si consideramos que esta denominación sedaba aquellos funcionarios que ejercían funciones jurisdiccionales. Respecto de la segmentación de la magistratura se destaca la figura de los cónsules, quien

reemplazo al rey, en la administración de justicia tanto en el ámbito civil como penal, posteriormente las funciones del cónsul pasarían al pretor urbano (367 AC), quien entendía de los litigios de los ciudadanos; eventualmente compartía sus funciones con las del pretor peregrino (242 AC) que era un extranjero quien también colaboraba en la solución de las controversias de los romanos. Con el transcurso del tiempo las funciones del pretor se fueron segmentando, a favor de otros funcionarios, a quienes también se les daba atribuciones de magistrados. Así por ejemplo: los ediles, el prefecto del pretorio, los gobernadores, el legado del emperador y el procónsul, quien tenía jurisdicción en las provincias, similares a las del cónsul en Roma.

Los ediles tenían una potestad jurisdiccional que se limitaba a ciertas acciones especiales en los casos de vicios ocultos de animales y esclavos.

Pero existe una figura que tiene mucha importancia respecto del presente estudio son los "recuperatores", conforme lo indica Luis Rodolfo Arguello, en su obra Manual de Derecho Romano

> ***"tuvieron al principio competencia en asuntos de carácter internacional, para actuar más adelante en los juicios entre ciudadanos, subsistiendo para asuntos de jurisdicción voluntaria, como los relativos a la manumisión de esclavos, en época de la cognitio extraordinem"[17].***

[17]Arguello, Luis, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, p. 541.

No se puede hablar de un funcionario que exclusivamente ejerciera la jurisdicción voluntaria; la misma era practicada por diversos funcionarios, entre ellos los magistrados. Cabe señalar que en ciertos actos, al no existir contradicción, se necesitaba sin embargo el cumplimiento de varias solemnidades para que surtan plenos efectos, por lo cual el magistrado asume esta atribución para regular relaciones jurídicas que no tenían contradicción pero que sí requerían cumplir ciertas solemnidades y ejecutarse ante la presencia de una autoridad.

En el imperio, la actividad de la magistratura que contenía al consulado, pretura, edilidad y tribunado cuestura, fue restringiéndose paulatinamente, ya que la misma se concentró en el emperador; pero las competencias de los magistrados (ediles, prefecto del pretorio, gobernadores, legado del emperador y el procónsul), fueron delegadas a un solo personero que se conocía como el prefecto del pretorio, siendo el juez supremo del imperio.

Más adelante no se produciría mayor cambio en la evolución de la jurisdicción ya que el aporte de los juriconsultos romanos no fue mayor, el imperio entró en decadencia tanto en lo moral, económico y político. A tal punto llegaron los problemas que se dividió el imperio, occidente con su capital Roma y oriente con su capital en Bizancio. Los bárbaros finalmente terminarían con Roma en el año (476 DC), pero en cambio la parte oriental del imperio sobreviviría diez siglos. Es en esta parte del imperio que la figura de Justiniano (527 DC) adquiere una gran connotación sobre todo en el mundo jurídico, con su obra de codificación llamada el Corpus Iuris Civile

que contiene cuatro partes: el Código (colección de doce libros sobre las constituciones imperiales), Digesto (compilación de cincuenta libros de la jurisprudencia clásica), Institutas (composición de cuatro libros sobre los principios elementales del Derecho) y finalmente las Novelas (constituciones promulgadas por Justiniano).

En el Digesto se puede hallar por primera vez la denominación jurisdicción voluntaria, expresión que se emplea para referirse a las partes que libremente y de forma voluntaria solicitan la participación del magistrado.

En la época llamada postclásica del Derecho Romano, respecto de los actos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, se amplía la participación de los magistrados, sobre todo en aquellos asuntos en los que sin existir litigio se requiere de sus oficios para establecer relaciones jurídicas, como la adopción y emancipación.

Por lo que, previo a la codificación, la intervención del juzgador romano en asuntos no contenciosos, reunía las siguientes características:

a. Participación judicial para otorgar validez a negocios jurídicos o producir actos de autoridad.

b. Acreditación de ciertos actos o hechos como auténticos.

Por lo tanto, identificada la fuente de origen de la jurisdicción voluntaria, vale indicar que la misma surge en el Derecho Romano, no como una institución que provenga del ingenio de los juristas romanos; por el contrario, proviene

de necesidades prácticas, históricas y políticas, que permitan tener seguridad jurídica respecto de ciertos actos y hechos legalizados por los magistrados, cuya única función era la de ejercer la jurisdicción contenciosa; pero ante la inexistencia de otro funcionario que pueda dar solución a tales requerimientos se acudía a los juzgadores romanos.

El ciudadano romano acudía a los magistrados, pero de ellos no requerían la solución de conflictos, la restitución de la paz social, simplemente la satisfacción de una necesidad jurídica que para su validez requería la intervención jurisdiccional, para que solemnice o autorice determinado acto carente de controversia.

En nuestro país la jurisdicción voluntaria fue una atribución exclusiva de los jueces delo civil hasta 1996, año en el cual se asigna al notario la tramitación de ciertos actos de jurisdicción voluntaria.

### 4.2.2. Características de la jurisdicción

El poder jurisdiccional estuvo en manos de la monarquía en las diferentes épocas de la humanidad, esto cambiaría con la división de poderes sustentada por la Revolución Francesa, es así que tiene el carácter de poder como supremacía de una función del Estado, que se configura sobre cada una de las personas para proteger a la sociedad, ya que dentro de la organización estatal no existe otro órgano que realice esta tarea. Tiene este carácter de poder ya que significa supremacía de quien la ejerce, respecto de los demás miembros del pueblo que estamos sometidos a su autoridad.

Conforme se determina en las disposiciones preliminares del Código Civil, en el territorio nacional la ley rige para los ecuatorianos y los extranjeros. Esto significa que están sometidos a la jurisdicción nacional, tanto un ciudadano ecuatoriano como un extranjero, por ejemplo cuando solicita la solución de un litigio, la realización de un derecho o cuando alguien haya incurrido en una conducta tipificada como delito.

Clásicamente se considera que la existencia del poder judicial es necesario para que exista el contrapeso de los otros dos.

Por eso Wolfang Heyde, en la obra colectiva Manual de Derecho Constitucional, señala que: *"Sólo la existencia de tribunales imparciales, independientes, puede garantizar, en último término el respeto a las leyes y el imperio de Lajusticia"*[18].

En muchos códigos políticos se señala que la función judicial goza de independencia, que si bien puede ser un enunciado, se constituye en el postulado fundamental de los jueces al administrar justicia, lo cual permitirá ir generando madurez en las sociedades respecto de su apreciación acerca de la justicia.

Tiene la jurisdicción la particularidad de ser un poder, ya que se impone sobre todos, sea un organismo del estado o un ciudadano particular, nadie puede excusarse de su dominio; pero al mismo tiempo se constituye en una obligación que es ejercida exclusivamente por el Estado ya que sólo a él le

[18]Varios autores, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, p. 768.

corresponde administrar justicia. La división de poderes a la cual me referí anteriormente permite un desenvolvimiento transparente aunque sea en teoría de cada una de las funciones, pero esta base hace posible que por ejemplo la jurisdicción constitucional resuelva sobre los actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, permite interponer una acción de protección, cuando una persona o comunidad de personas sientan que una decisión de la función ejecutiva los perjudica.

La Jurisdicción, constituye además un instrumento de solución de conflictos; esta característica de la jurisdicción está estrechamente vinculada a la atribución referida anteriormente, pues es el interés de todos los miembros de la sociedad exigen que haya un mecanismo que permita la solución de conflictos, lo cual se constituye en una importante conquista.

Conforme se producía la evolución del Derecho, precisamente en los albores de la humanidad, los conflictos se resolvían con la imposición de quien tenía la fuerza, posteriormente la venganza, " ley de la vendetta", era la consecuencia de la resolución de los desacuerdos, en otras latitudes se formó la "ley del talión", (ojo por ojo y diente por diente); volviéndose indispensable en una sociedad en proceso de civilización, buscar la forma de resolver los desacuerdos, por lo que en muchas sociedades esta tarea se encargó a los miembros más ancianos del conglomerado social. En la edad antigua la solución de conflictos alcanzó un gran esplendor en el Derecho Romano (509-29 AC), ya que se estableció un procedimiento para la

solución de los conflictos, así también diferentes funcionarios podrían ejercer la función jurisdiccional.

En la Edad Media el ejercicio de lo que se denominaría jurisdicción era una atribución exclusiva de la monarquía. Los reyes imponían sus resoluciones respecto de quien se lo solicitaba, muchas veces imperaba su criterio con una alta dosis de parcialidad. Esto se rompería con la Revolución Francesa.

Sería la adopción de los principios de libertad, igualdad y confraternidad en los Códigos Políticos de las diferentes naciones, aunque después de mucho tiempo y a un alto costo de vidas humanas, la consolidación de un poder judicial que independiente de los otros poderes, se constituiría en el remedio que patrocinado por el Estado, permitiría presentar ante un tercero imparcial la solución de los conflictos, con la consecuente aplicación del Derecho al caso concreto.

Los actos de jurisdicción voluntaria no se encuadran en este efecto característico de la jurisdicción, así lo sostiene Monroy, quien en su obra Introducción al proceso civil, manifiesta:

> ***"La actividad que se realiza durante el trámite de los procedimientos no contenciosos no es jurisdiccional precisamente porque no hay conflicto de intereses que resolver y***

***tampoco es voluntaria porque el juez está obligado a tramitarla"[19].***

Son cada vez mayores las voces que se suman a determinar que no existe la jurisdicción voluntaria

La fuerza del derecho transformada en ley debe tener un mecanismo y una función que haga factible su aplicación. Por ello, Luigi Ferrajoli en la obra Garantísmo y Derecho Penal, manifiesta en este aspecto una dualidad de la jurisdicción: como tutela de los derechos fundamentales y como sujeción de los poderes públicos a la ley, agregando textualmente:

***"En estos dos valores, expresión ambos del principio de igualdad, reside el carácter democrático de la jurisdicción como garantía, por una parte de los derechos de todos y, por otra, del ejercicio legal de los poderes públicos"[20].***

Es evidente la necesidad de que una función del Estado sea la encargada de aplicar el derecho y al mismo tiempo que esa aplicación observe los derechos fundamentales. Por lo tanto, no solo resuelve el caso en particular, sino que en el desenvolvimiento del proceso precautela el cumplimiento de las garantías constitucionales. Es decir no solo se hace que se cumpla el Derecho, sino que quien lo ejerce lo haga también. Ya en el ámbito fáctico, es obvio pensar que las normas tienen una aplicación general, no han sido

---

[19]Monroy, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Bogotá, Editorial Nomos, 1996, p. 216.

[20]Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis. s.a.., p. 130.

dictadas para resolver un caso particular. Quien deberá buscar que el Derecho se encuadre a la situación en conflicto es el juzgador.

### 4.2.3. Tipos de jurisdicción

La clasificación de la jurisdicción es tan amplia como los tratadistas que se han referido al tema. Si bien la que propondré no se la puede considerar como la única clasificación, ésta es coincidente entre diversos autores. Aunque con distintas denominaciones, tiene elementos coincidentes. Así tenemos que la jurisdicción se clasifica en:

a. Jurisdicción ordinaria

b. Jurisdicción especial

Esta clasificación nace de la verdadera jurisdicción, vale decir de la contenciosa, ya sea ordinaria o especial, en ambos casos hay un conflicto de interés que resolver. Por lo que a continuación se presentan los pormenores de esta clasificación, que adiciona más elementos característicos de la jurisdicción contenciosa. Otra clasificación que adquiere connotación por cuanto se vincula con el problema a resolver en la presente tesis es en: contenciosa y voluntaria.

#### 4.2.3.1. Jurisdicción ordinaria

En la Roma antigua los jueces resolvían todas las causas, pero a medida que los conflictos se fueron ampliando, así como las materias a tratar, se

formó la jurisdicción especial, que engloba aspectos referentes a la jurisdicción laboral, constitucional, contenciosa administrativa, etc.

> ***"La jurisdicción es ordinaria cuando el juez puede conocer indiscriminadamente toda clase de negocios: civiles, penales, laborales, de familia, agrarios, etc. Primitivamente, esta era la única jurisdicción que existía, pues los jueces encargados de administrar justicia lo hacían en relación con toda clase de casos y materias"[21].***

Sin embargo las particularidades de cada rama del Derecho, con normas y principios diferentes, generaron procedimientos especiales. Doctrinariamente se ha reconocido que formaban parte de la jurisdicción ordinaria los campos civil y penal, mientras que forma parte de la jurisdicción especial lo contencioso administrativo y constitucional. En el Ecuador dentro de la jurisdicción ordinaria está inmersa la materia civil y penal, mientras que forman parte de la jurisdicción especial las demás ramas del Derecho.

Cada vez el Derecho tiende a una mayor especialización, lo cual seguramente originará otros criterios para proponer futuras clasificaciones.

#### 4.2.3.1.1. Jurisdicción civil

Su antecedente es el ius civile, que regulaba a los particulares en la antigua Roma. Los magistrados ejercían al mismo tiempo la jurisdicción civil y la

[21]Benigno Cabrera, p. 89.

penal, denominada por los diferentes autores como jurisdicción ordinaria, de ahí que la jurisdicción civil es eminentemente ordinaria.

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se la define así:

> ***"La relativa a las causas civiles, e incluso mercantiles, que es ejercitada por los tribunales y jueces en lo civil"[22].***

En nuestro caso actualmente la jurisdicción civil y mercantil es ejercida por un juzgador unipersonal o pluripersonal, destinados exclusivamente para las causas que tienen esta naturaleza, quienes tienen además competencia para resolver sobre los actos de jurisdicción voluntaria, por disposición de la ley.

#### 4.2.3.1.2. Jurisdicción especial

La jurisdicción especial surge como consecuencia de que ciertas materias requieren de un procedimiento especial, en virtud de los principios que configuran ciertas ramas del Derecho, por ello es necesaria una jurisdicción especial que acoja dichas particularidades, para el conocimiento y resolución de las controversias.

#### 4.2.3.1.3. Jurisdicción penal

El ejercicio del Derecho Penal es exclusivo del Estado, ya que el descubrimiento de los autores de un delito y la existencia material de la

[22]"Jurisdicción civil", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, volumen XVll, Buenos Aires, Editorial Driskill S.A., 1978, p. 50.

infracción es una tarea de la Fiscalía, organismo a través del cual el Estado cumple con el encargo que le ha dado la sociedad.

Los principios que rigen al Derecho Penal son totalmente diferentes a los del Derecho Civil, tanto que incluso los procedimientos difieren de una materia respecto de la otra, pero en un inicio fueron ejercidas al mismo tiempo por un mismo juzgador Estas particularidades actualmente la enmarcan como una jurisdicción especial.

#### 4.2.3.1.4. Jurisdicción contenciosa administrativa

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, al respecto de esta jurisdicción se dice:

> ***"La palabra jurisdicción unida a la expresión contenciosa-administrativa, señala la existencia de una función relativa a la decisión de los conflictos suscitados entre la Administración Pública y los administrados, con motivo de actos o hechos regidos por el Derecho administrativo"[23].***

Por lo que el ejercicio imparcial del juez en el área de lo contencioso administrativo, se constituye en un freno para corregir los abusos del poder que ejercen los funcionarios públicos a través de los actos administrativos llámense: decreto, resolución, ordenanza, acuerdo, etc., otorgando al ciudadano común un mecanismo jurídico y procedimental que le permita

[23]Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Tomo V),* Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978, p. 561.

impugnar el acto administrativo. Pretende, en definitiva, tutelar el derecho de los particulares frente a un posible abuso de la administración pública.

#### 4.2.3.1.5. Jurisdicción constitucional

A través de la historia de la jurisdicción constitucional, tiene un antecedente meritorio que merece ser resaltado, por cuanto se constituye en el puntal para su posterior configuración.

Después de este breve preámbulo, si bien no se lo define expresamente, en la Enciclopedia Omeba, encontramos una referencia interesante sobre la jurisdicción constitucional, en los siguientes términos:

> ***"Empezó a ser usado desde un primer momento para afirmar la idea de que era factible que alguien (un órgano) controlase la inconstitucionalidad de las normas o de los actos inconstitucionales de autoridad o particulares. Es decir, frente al dogma de la soberanía del parlamento y de la ley, era menester afirmar que alguien fuera de ese órgano, pudiese controlarlo"[24].***

Por lo que, estas referencias de la jurisdicción constitucional, permiten comprender su importancia, pues como función esencial esta jurisdicción tiene la de controlar y enmendar los abusos de la ley o actuaciones de los funcionarios públicos, a través de un órgano distinto de la función legislativa o ejecutiva, incluso de la judicial (control constitucional de las sentencias),

[24]"Jurisdicción Constitucional", en Enciclopedia Jurídica Omeba (Apéndice tomo Vl), Buenos Aires, Editorial Driskill S.A., 1992, p. 233.

que de acuerdo a nuestra Carta Magna vigente el referido control le corresponde a la Corte Constitucional.

#### 4.2.3.1.6. Jurisdicción convencional

Surge de la expresión de la voluntad de las partes al suscribir un contrato o un convenio, estableciendo la autoridad ante la cual han de someter las controversias que puedan surgir. El Código Civil contempla en el Art. 1460, la cláusula accidental; y, son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales, por ejemplo: la cláusula de las controversias mediante la cual los contratantes establecen la autoridad judicial o arbitral, ante quien se someten para la solución de un conflicto.

Por lo que, aunque parezca reiterativo, la jurisdicción convencional proviene del acuerdo de las partes, determinando los contratantes la jurisdicción a la que se someten y el procedimiento que se aplicará para solucionar los conflictos de intereses, que puedan surgir en virtud de la ejecución del contrato.

#### 4.2.3.1.7. Actos no contenciosos

El ejercicio de la función jurisdiccional es una actividad exclusiva del Estado, un ente privado no la puede realizar, para solucionar sobre todo conflicto de intereses, a través de una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada.

Conforme se apreciará en líneas posteriores los asuntos de jurisdicción voluntaria carecen de conflicto de intereses, elemento fundamental de la verdadera jurisdicción presente en la jurisdicción ordinaria o especial. Su base radica en que los peticionarios de mutuo acuerdo acuden ante una autoridad pública para que autorice o solemnice el acuerdo. Si bien en estos asuntos los jueces se pronuncian a través de sentencia, ésta no tiene efectos de cosa juzgada ante la posibilidad de ser revisada la decisión en otro juicio.

Una particularidad que distingue a la jurisdicción voluntaria de la contenciosa es la inexistencia de partes ya que las denominaciones de actor y demandado se da en virtud de un conflicto de intereses.

La jurisdicción contenciosa es en esencia la verdadera jurisdicción, mientras que la jurisdicción voluntaria es una actividad accidental que la realizan los jueces, y que la misma carece de las particularidades esenciales de la jurisdicción contenciosa; la falta de los caracteres esenciales de la jurisdicción le impide ser conceptualizada como ejercicio jurisdiccional, propiamente dicho.

Definitivamente la evolución del ser humano en sus relaciones privadas, respecto de aquellos actos en los que requiere solemnidad para la seguridad del negocio, genera que el Derecho se transforme y se acople a dichas situaciones, si bien no a la misma velocidad de los cambios que ocurren. En un primer momento, en el ámbito de lo que se llama jurisdicción voluntaria, se buscó que ciertos actos, en esencia carentes de complejidad, sean

autorizados por un funcionario perteneciente a la función judicial, este fue el juez. Pero a medida que más de estos actos se fueron adicionando a su competencia, se buscó a otros funcionarios del mismo organismo, para que conozcan de aquéllos.

Al analizar las consideraciones teóricas de la jurisdicción voluntaria, en legislaciones vecinas, se puede determinar que la misma carece de los elementos que configuran la jurisdicción, sobre todo cuando por la naturaleza del acto se establece que no origina conflicto de intereses.

Ante esta inconsistencia teórica, los legisladores de países vecinos tomando en cuenta las exposiciones de los tratadistas, han optado por darle otra denominación acorde a su naturaleza y sus características llamándolo; actos no contenciosos, como se conoce en Perú (Código Procesal Civil, Sección Sexta, Título Uno: Procesos no contenciosos) y (Código de Procedimiento Civil, Chile (Código de Procedimiento Civil, Libro Cuarto: De los actos judiciales no contenciosos, Art. 817). Por cuanto la denominación jurisdicción voluntaria para distinguir a los asuntos no contenciosos, no ha alcanzado unanimidad entre los diferentes autores y corrientes, en otras legislaciones a los actos de jurisdicción voluntaria se los llama actos no contenciosos, denominación que también nuestro país debe adoptar para llamar a estos asuntos.

### 4.2.4. La Función notarial

Los diferentes sectores de la sociedad, sobre todo en el sistema latino, estiman que la participación del notario es fundamental para el normal desenvolvimiento de los actos y contratos que llevan a cabo los particulares entre sí, o del Estado con los particulares. Es por eso que tratar de ubicar en una rama del derecho al notario, se convierte en una tarea por demás compleja ya que sea en el ámbito público o privado, que se trate de encasillarlo, hay argumentos en ambos sentidos que dificultan su ubicación.

A este respecto Chaine, en la obra Función Notarial dice:

> *"El notario está allí en la encrucijada del derecho público y del derecho privado, de los intereses colectivos y de los intereses privados."*[25]

En realidad en el acontecer diario de su desempeño conviven el officium publicum, es decir la actividad de certificar o autorizar; pero también el officium civile, cuando participa de su consejo, a quien se lo solicite, como parte de su profesión de abogado, de la cual no puede apartarse a pesar de ser un funcionario público.

Un criterio de similar naturaleza lo encontramos en la *Revista El Notario da seguridad*, del 1999, del Consejo General del Notariado, en donde se manifiesta:

---

[25]Rodríguez Adrados, Antonio.- "Escritos Jurídicos", volumen uno, 1996, p. 216.

*"El Notariado es, desde sus orígenes, consustancial a las sociedades democráticas y a la economía de mercado. Es una constante la estatalización del notariado por parte de las autocracias y su restablecimiento por las sociedades libres. El notario, funcionario independiente, es una garantía para el ejercicio de la libertades individuales y patrimoniales delos particulares, incluso frente al abuso de los poderes públicos"*[26].

Cualquier análisis, por más sencillo que este sea, no puede escapar a la dualidad pública y privada de la cual goza el notario, ligada a sus actuaciones propias sin que él lo haya buscado, sino por la propia naturaleza de su desenvolvimiento en la función notarial.

**4.2.4.1. Funcionario público**

La distinción entre el sistema del notariado latino del anglosajón, se basa en el carácter público que tienen los notarios en los países de raigambre latina y el carácter privado los del sistema anglosajón.

En el sistema latino, el notario generalmente debe pasar por un concurso de oposición y merecimientos, organizado por la función judicial o el ministerio de justicia o bien las municipalidades, o la entidad delegada para esta actividad conforme a la legislación de la materia. Una vez que el notario ha sido seleccionado debe rendir su juramento ante autoridades públicas,

[26]Rodríguez Adrados, Antonio.- Ob. Cit. p. 216.

llámeseles magistrados o ministros, para que a partir de ese momento dé fe pública delos actos y contratos.

Su actividad la ejerce bajo dependencia de un órgano público, en el caso ecuatoriano, actualmente es el Consejo de la Judicatura. Debe regirse a las tablas de aranceles que le fijan, por lo que los precios que puede cobrar por su servicio no son determinados por la fluctuación del mercado.

Otro criterio para estimar que su función es pública, radica en que los documentos queda fe pública, como parte de su trabajo son incorporados a un protocolo, formándose un archivo que no es de propiedad del notario, sino del Estado, como sucede en el caso ecuatoriano.

Aproximadamente sesenta años atrás en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, realizado en el año 1948, se definía al notario así:

> *"El notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido."*[27]

Definición que se ha mantenido vigente por sesenta años en los diferentes estados que son miembros del notariado latino y que confirma su carácter público.

[27]Consejo General del Notariado, *Revista Escritura Pública No.37*, Madrid, s.e., 2006, p. 2.

Llegada a manos del notario la minuta del acto o contrato, una vez depurada, debe observar si cumple o no con las solemnidades y disposiciones legales; una vez que ha pasado este examen, puede ser elevado a escritura pública, recogiendo la voluntad de los contratantes, que se instrumenta en la escritura matriz a través de sus firmas, matriz que posteriormente se archiva al protocolo de la notaría.

La notaria peruana Adriana Abella citando a Pondé, establece de forma tajante que en el proceso histórico de evolución del notario nunca fue un funcionario público:

> *"En verdad el notario no ha sido funcionario público jamás. No se lo tuvo por tal ni en la legislación de Justiniano I, ni en la Leyes longobardas, ni en la Constitución de León VI el filósofo, ni en los Estatutos del Piamonte, ni en las Leyes de las Siete Partidas, ni en la Constitución Imperial de Maximiliano I de Austria, ni en la Nueva, ni en la Novísima Recopilación, ni en la Legislación de Indias, es decir, en todos los textos legales que constituyen el sostén de las preceptivas reguladoras del notariado"*[28].

La notaria peruana basada en consideraciones históricas establece que el notario no exfuncionario público ya que en las diferentes legislaciones europeas del medievo jamás se la hadado esa calidad. Pero en el tiempo y espacio a la que se refiere Adriana Abella ni siquiera desospechaba de la

[28]Pondé, E., *Tríptico Notarial*, Ed. Depalma, 1977. *"La función notarial no es función pública",* citado por Adriana Abella, "Derecho Notarial", Buenos Aires, s.e., 2005, p. 30.

administración pública. Sin embargo es un criterio válido en la discusión para dilucidar si el notario es un funcionario público o privado.

Hoy la actividad notarial se contempla de otra manera, gracias fundamentalmente a su rápida adaptación a las exigencias de la sociedad de la información y de la tecnología electrónica, a su importancia para la economía en la sociedad del libre mercado, a la relevante labor que realiza para satisfacer los derechos de las personas y a su papel en la construcción de un espacio jurídico de libertad, seguridad y justicia.

Finalmente vale indicar que conceptualmente el notario se encuentra en esa dualidad delo público y privado. En el caso ecuatoriano de acuerdo a la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial y Ley Notarial el notario en el Ecuador es un funcionario público.

#### 4.2.4.2. Fe pública

En la esfera doctrinal se habla de que la fe pública nace con el notario, que la misma evolucionaría posteriormente para sub-dividirse en judicial y administrativa.

¿Pero de qué vocablos provienen estos términos? La notaría peruana Mercedes Salazar, al respecto manifiesta:

> *"Por un lado del latín FIDES que lleva la expresión de seguridad, de aseveración, que una cosa es cierta, sea que se manifiesta, solemne o no, en cualquier orden privado o público. También deriva de la*

*palabra latina FACERE, que significa crédito que seda a una cosa por el hecho de que es el funcionario o persona presumida de autoridad el que lo dice o lo hace"*[29].

El origen etimológico arroja presunciones de que la fe pública otorga seguridad, certeza, de una actuación de un funcionario o autoridad. El notario panameño Boris Barrios, ser emite a lo que dice el Diccionario de la Real Academia Española:

*"Fe pública como la autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales paraqué los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario"*[30]

La definición de la Real Academia recogida por el notario panameño vincula la capacidad de autorizar a los funcionarios públicos, pues la fe pública como veremos más adelante proviene del Estado que delega a ciertos funcionarios esta atribución.

El autor argentino Carlos Gattari, en cambio la define así:

---

[29]Salazar, Mercedes, *Protocolo Notarial*, Lima, Editorial Láser Gral Alvarado, 2007, p. 63.

[30]Barrios, Boris, *Derecho Notarial Panameño*, Panamá Editorial Portobelo, 2006, p. 95.

*"Como aquella cualidad inscrita en los documentos emitidos por el Estado o por quienes éste autoriza para resguardar su veracidad y seguridad"*[31]

Se puede apreciar que la definición propuesta por Gattari no recoge todos los elementos que contemporáneamente debería contener una definición de esta institución, pues la citada limita la fe pública sólo a los documentos que provienen del Estado, más no a las actuaciones de los funcionarios públicos.

Por su parte el notario español Antonio Rodríguez Adrados, al respecto manifiesta:

"*La fe pública consiste en la eficacia jurídica, en el valor, que en la normalidad de la vida jurídica y en el proceso tienen por si mismos los documentos públicos"*[32].

La fe pública surge de la necesidad que tienen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, para que un documento tenga la misma validez en el lugar donde se originó como en el lugar donde surtirá efectos, lo cual garantiza la seguridad jurídica de una sociedad.

La fe pública ha sido dividida en: judicial, administrativa y notarial. La fe pública judicial es aquella ejercida por secretarios y magistrados en los actos jurídicos de orden judicial, expresado en las resoluciones judiciales sin estar

---

[31]

[32]Rodríguez, Antonio, *Escritos Jurídicos (Volumen ll)*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1996, p. 175.

en contraposición al poder jurisdiccional, como en las certificaciones de dichos actos.

La fe pública administrativa es la ejercida por los funcionarios pertenecientes a la administración pública para dar autenticidad a los hechos y actos que se realizan en el gobierno, expresada en resoluciones, acuerdos y de documentos propios de su actividad pública.

La fe pública notarial es entendida por Bernardo Pérez Fernández, citado por Mercedes Salazar, así:

> *"La fe del Notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad estableciendo una distinción entre la fe pública entendida como garantía que el Estado otorga y la fe notarial o garantía que da el Notario al Estado y al particular, al determinar que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado en él es cierto, proporcionando con ello, en último término, seguridad jurídica"*[33]

Lo dicho por Pérez Fernández destaca varios elementos característicos de la fe notarial, que en definitivamente también es pública pues le ha sido otorgada por el Estado, cuya correcta aplicación se constituye en una garantía para evitar futuros conflictos, para el propio Estado y los particulares.

[33]Gattari, Carlos, *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1992, p. 66.

La Fe Pública reúne además las siguientes características:

a. Es otorgada por el Estado a un funcionario público; en consecuencia, sólo a él le corresponderá el ejercicio de la misma.

b. Es absoluta y general pues da certeza de todo el acto contenido en el documento y no sólo a una parte.

c. Sólo a la autoridad judicial (juez o tribunal) le corresponde declarar la nulidad del instrumento público.

d. Para poder ser expresada el funcionario previo a la expresión de la fe pública solicitará el cumplimiento de solemnidades.

e. La fe pública notarial puede ser originaria, respecto del hecho o acto que es percibido directamente por el notario y es también derivada respecto de los actos o documentos en la que han participado terceros o que han sido autorizados por otros funcionarios.

### 4.2.5.La jurisdicción voluntaria

La celeridad que demanda un mundo globalizado para poder realizar actividades comerciales ha permitido que los países que han optado sobre todo por el sistema notarial latino, hayan trasladado ciertas instituciones de la jurisdicción voluntaria, cuya decisión era exclusiva del juez, a la esfera notarial, cediendo esta facultad exclusiva del juez de decidir sobre asuntos no contenciosos para que lo realice el notario.

Es indispensable para tener un conocimiento profundo de la jurisdicción voluntaria, realizar un repaso por el contenido teórico de las diferentes corrientes que se refieren a su naturaleza jurídica. Es un tema ineludible que nos permitirá según nuestra legislación y su propia ejecución, establecer la corriente en la cual se enmarca nuestra jurisdicción voluntaria.

La discusión de este tema es amplia y controvertida, pero son dos corrientes que de manera original, tratan de dilucidar su naturaleza jurídica y son las siguientes:

1.- Naturaleza jurisdiccional.

2.- Naturaleza administrativa.

La Naturaleza jurisdiccional, llamada también organicista, ya que señala que son actos jurisdiccionales aquellos que emanan del poder judicial, determina que los asuntos de jurisdicción voluntaria al provenir de un órgano judicial adquieren esta calidad.

Es posible distinguir en su ejercicio práctico la concurrencia de otros elementos que la enmarcan dentro de la actividad jurisdiccional y estos son:

a.- La participación del juez en representación imparcial e independiente de la función judicial, generando un vínculo jurídico resultante por su intervención, a pesar de la inexistencia de conflicto de intereses entre los solicitantes.

b.- El legítimo ejercicio del derecho objetivo con el fin de precautelar los intereses particulares, pues se aplica el derecho en un caso concreto, facultad exclusiva del juez que por excepción, el legislador ha delegado a otros operadores jurídicos.

Ampliando lo anteriormente expuesto, no se puede hablar de la jurisdicción voluntaria como una actividad jurisdiccional pues se ubica en la esfera extraprocesal o extra litigiosa. Por lo tanto, se hace evidente la inexistencia de una confrontación de intereses, requisito indispensable para el surgimiento del litigio, quedando de esta forma injustificada la intervención del órgano jurisdiccional.

Por su parte por la naturaleza administrativa; sus defensores en cambio manifiestan que su origen y esencia es propia de la naturaleza administrativa por cuanto la actividad administrativa es delegada a órganos partiendo de que la administración pública se debe entender al conjunto de las actividades concretamente desarrolladas por el Estado para lograr el bienestar público. No debemos olvidar que de surgirán conflicto de intereses la intervención de una autoridad administrativa, no limita el ejercicio de la jurisdicción a través de los jueces.

El fundamento de la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria son los actos administrativos; al respecto, el tratadista Dromi al respecto manifiesta:

*"el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa."*[34]

Es decir, que el Estado por medio de órganos administrativos despliega una actividad administrativa autorizando o legalizando asuntos de particulares. Así tenemos que varios organismos administrativos en el Ecuador de acuerdo a esta teoría ejercerían jurisdicción voluntaria el Registro Civil, por ejemplo en el trámite de inscripciones tardías.

La defensa de esta concepción también es propugnada desde el punto de coincidencia de un interés particular con el interés colectivo. El primero puede y debe ser tomado en consideración sobre todo cuando el Estado propugna el bien general de sus ciudadanos, encontrándonos frente a un interés legítimo y no a un derecho subjetivo.

Si bien Hugo Alsina no presenta una posición a favor de esta escuela, sus expresiones así lo indican:

De allí que la jurisdicción se distinga habitualmente en contenciosa o voluntaria, según que se ejerza en causa en que exenta de contradicción de partes o en que la intervención del juez sólo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad; pero aunque en realidad en este segundo caso no pueda hablarse con propiedad

[34]Dromi, Roberto, *Formas jurídicas administrativas*, sc., sa., p. 354

defunción jurisdiccional, ya que se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas.

Esta posición excluye a los actos que se legalizan o autorizan ante los jueces y notarios, limitando la jurisdicción voluntaria sólo a los actos que provienen de la administración pública.

Otros autores comentan que su objetivo no es garantizar la aplicación del derecho, sino más bien la de satisfacer intereses privados en contraposición a la facultad jurisdiccional de constituir o modificar un derecho. En contraposición a la actividad del juez quien siempre realiza una actividad imparcial, mientras que la actividad administrativa está siempre inspirada por la consideración unilateral del interés público.

### 4.2.6. LAS PERSONAS Y LA CAPACIAD EN EL DERECHO

**4.2.6.1. Reseña Histórica de la personalidad en el Derecho.-** La personalidad derivada del término persona hace referencia al sujeto de derecho y, derechos y obligaciones, por referencia a todo individuo, así como a entidades especialmente reconocidas (entes morales o personas jurídicas).

> *"Su terminología (personare, prosopón, phersu) indica la máscara o careta del actor con finalidad de aumentar el sonido, pero también para significar el carácter o representación por la cual se actúa. Los textos romanos recogen el término para hacer alusión al hombre, pero también para fijar la cualidad bajo la que el hombre tenga distintas*

*manifestaciones o personalidades (romano sui iuris, juez, pretor, etc.); así mismo, se emplea el término para significar el que no es siervo, que fue el difundido por THEOPHILO".*[35]

Nos queda claro del derecho romano que en aquella época, el valor mismo o sentido de la persona y por ende de la personalidad natural, se medía exclusivamente por su adscripción a un grupo bien sea la gens, polís, fratría, oikós; en caso contrario, el individuo no era considerado como persona.

*"Fue el estoicismo quien difundió el concepto de persona como un valor, que, con la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, sería recogido por el cristianismo, concibiendo a la persona como racionales natura individua substantivan"*[36].

El estoicismo fue una teoría filosófica que adquirió mucha importancia en roma. Los estoicos proclamaron que se puede alcanzar la libertad y la tranquilidad tan sólo siendo ajeno a las comodidades materiales, la fortuna externa y, dedicándose a una vida guiada por los principios de la razón y la virtud.

Con esta teoría, se alejó el concepto de persona de las posesiones o pertenencia a un grupo y se radico la importancia del concepto personalidad

---

[35] PERSONA/PERSONALIDAD (en línea), disponible en http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/persona-personalidad/persona-personalidad.htm

[36] DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo.- Teoría general de los derechos de personalidad; Revista electrónica de Derecho Mexicano; Nro. 8, Agosto 2000: http://vlex.com/mx/redm.

en la formación misma del ser humano, considerando esencial a cada persona como miembro de una familia universal; teoría que sin lugar a dudad, rompió las barreras sociales.

> *"Entre los germanos la influencia del cristianismo permitió un reconocimiento de la persona que, en ocasiones, deviene en más intenso y real que el reconocido por el Derecho Romano clásico, valor del individuo que será aceptado y exaltado por la escolástica, manteniéndose nominalmente durante la etapa medieval. El luteranismo, al incidir o coincidir con la realidad política del momento, delimitó el concepto de persona, para referirlo a su vinculación con el Estado, volviendo a reducirse la condición de persona, que no es identidad del hombre, sino cualidad jurídica".* [37]

Con el derecho germánico, bajo la influencia del cristianismo, se dio un avance con respecto a la teoría de la personalidad. Este conjunto de sucesos jurídicos que visibilizaron de una manera más real a la persona y el conjunto de sus derechos, se debe a la vigencia del Derecho Visigodo; por el cual con respecto a la persona y a la personalidad se estableció la categoría del hombre libre, siendo esta la clase social más abundante en la sociedad visigoda, quien tendría una situación jurídica intermedia entre la nobleza y la servidumbre.

> *"Posteriormente; la revolución industrial, con su corolario de totalitarización de la vida, por el impulso de los criterios económicos,*

[37] http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/persona-personalidad/persona-personalidad.htm

*originó una nueva crisis del valor de la persona, que pasó a convertirse como en el trabajador, en uno de entre otros medios o factores de producción. Contra lo cual arremeterán las modernas corrientes socializantes, reclamando como realidad lo que sólo se estaba ofreciendo como ideario".*[38]

La revolución industrial si bien otorgó un avance económico excelente a la sociedad en general, también contribuyó para que la diferencia de clases sociales se ahondara aún más y se llegare incluso a convertir al hombre en una fuerza de trabajo exclusiva, sin que se velara por el ejercicio de sus derechos como persona; circunstancia que con la aplicación de los posteriores sistemas económicos, no han hecho sino confirmar y adoptar esta singular definición de la persona; de donde incluso podemos derivar la definición de personalidad; siendo que, persona es todo ser con aptitud jurídica y, personalidad, la investidura jurídica que confiere dicha aptitud.

Esta concepción de la personalidad, nacida en Derecho romano, se desenvolvió en torno al triple status que la persona gozaba: status libertatis, status civitatis, status familiae, de los que los dos primeros constituían factores esenciales de la aptitud o capacidad jurídica, dando lugar el tercero a la diferenciación entre los sui iuris y los alieni iuris.

Hoy, desaparecida toda huella de sujeción formal y de esclavitud, viviéndose un proceso de identificación de nacionales y extranjeros, proclamándose unos derechos humanos de admisión generalizada, se es persona siendo

[38] Ob. Cit.

hombre. Aunque se sigue discutiendo si la personalidad es efecto automático de aquella realidad social o, por el contrario, deviene en condición jurídica.

Ahora bien, el concepto de personalidad, es tan antiguo como la persona; y ha ido moldeándose según el medio donde se encuentre la persona. Sin embargo, debemos considerar que el derecho ha reconocido siempre a la personalidad como un atributo propio de la persona; que a través de la historia venia atribuido a la proyección de la realidad racional y social del hombre; pero que en la actualidad no puede el derecho desposeer al hombre de su personalidad.

> *"Junto a esta noción de la persona y de la personalidad, durante el Renacimiento alcanzó vigencia otra noción de persona que, se ha ido difundiendo y que modernamente alcanza la importancia de lo fundamental: la persona jurídica. Ya el Derecho romano admitió, aunque por vía excepcional, una serie de entidades que actuaban como sujetos de derecho (universitates, civitates, municipalia, piaecausae, fiscus, collegia, etc.), como realidades distintas de los miembros que las integraban"*[39].

El Código Civil fija dos criterios para el reconocimiento de un ser como persona y la atribución de personalidad su notoriedad.

[39]PUCHAICELA ORDOÑEZ, Olivio, 1977, Derecho Romano I, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, segunda Edición, Editorial UTPL, Pág. 21

Respecto de la persona física, se identifica con todo hombre, por lo que el nacimiento determina la personalidad; si bien al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones legales fijadas, a saber: estar enteramente desprendido del claustro materno por veinticuatro horas y tener figura humana; criterios o requisitos que hay que entender como expresión de que quien carece de posibilidad biológica de sobrevivir no es reconocido como sujeto.

Para las personas jurídicas, la atribución de personalidad viene determinada por la ley que las instituye, la cual les atribuye personalidad.

Si bien la noción de la personalidad está esencialmente ligada a la persona humana, hemos expresado que, por tratarse de un concepto de carácter funcional, es decir; la aptitud para tener derechos y contraer obligaciones, engloba igualmente a otros entes que, sin ser individuos de la especie humana, disfrutan también de esa aptitud a que se refiere la personalidad.

De esta circunstancia surge la distinción clásica que considera, de una parte, a las llamadas Personas Naturales y, de otra, a las Personas Jurídicas. Son personas naturales, los individuos de la especie humana, en los cuales la Personalidad constituye una condición inseparable, una adherencia a su calidad de tales. A ello se refiere el artículo 41 del Código Civil cuando no admite discriminar entre los seres humanos para reconocerlos su carácter de personas.

Las personas jurídicas, en cambio son entes de carácter abstracto, inmaterial, sin existencia corpórea. Se trata de ciertas organizaciones creadas por el hombre y ratificadas por la ley, cuya razón de ser deriva de la necesidad de cumplirse ciertos objetivos en la vida social. Su personalidad es una consecuencia lógica no ya de su naturaleza como sucede con las personas naturales, sino de consideraciones prácticas que exigen que dispongan de aptitudes jurídicas. Es el caso de las Compañías, organizaciones mercantiles que requieren deja aptitud detener derechos y contraer obligaciones para poder desempeñar sus actividades.

> *"En razón de la especial naturaleza que destacamos en estas personas jurídicas, ellas han sido también llamadas Personas Morales (calificativo que nos parece incorrecto puesto que de algún modo induce a relacionarlas con concepciones éticas), Personas Ideales o Personas Abstractas".*[40]

Pienso que estas últimas resultan las denominaciones más adecuadas desde el punto de vista técnico-jurídico. En efecto, su existencia como personas constituye una creación de carácter abstracto, aun cuando se trata de entes u organizaciones reales en la vida material, particular que desarrollaremos con mayor extensión en el capítulo especial que destinamos a esta categoría de personas.

[40]PARRAGUEZ R., Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I, Segunda Edición, Imprenta Gráficos Mediavilla, Quito – Ecuador; Pág. 45.

**4.2.6.2. Capacidad de las personas naturales.-**Para desarrollar este tema respecto de la capacidad de las personas naturales; es necesario que previamente analicemos el término capacidad en términos generales.

La Capacidad en general; se refiere al talento, a la inteligencia; a poder realizar algo.

> *"Se denomina capacidad al conjunto de recursos y aptitudes que tiene un individuo para desempeñar una determinada tarea"*[41].

Nuestra legislación civil, no nos otorga una definición exacta de lo que es la capacidad; y se limita a señalarnos la regla general que en todo acto o contrato rige con respecto a la capacidad; y, nos dice:

> *"Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces"*[42]

La capacidad, encierra, toda un teoría, por la cual, se determina en forma jurídica como actuar, respecto de determinadas condiciones.

Ahora bien, es necesario que determinamos que la capacidad al igual que todo concepto jurídico; tiene otros componentes que son necesarios a fin de determinar en forma exacta, que tipo de capacidad requerimos para nuestros actos jurídicos.

---

[41] http://www.definicionabc.com/general/capacidad.php

[42] CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, CÓDIGO CIVIL, Art. 1462.

De la misma norma legal anteriormente invocada; tenemos la principal clasificación respecto de la capacidad; y es que la norma determina….***legalmente capaz.*** Con lo que tenemos claro que la capacidad requerida para actuar en todo acto y declaración de la voluntad; es la denominada CAPACIDAD LEGAL.

Entonces, tenemos un concepto de capacidad, por el cual sabemos que estamos contamos con el talento suficiente; con el entendimiento de actuar; CAPACIDAD GENERAL, de goce, receptiva o perceptiva de derechos, que es inherente a toda persona natural; desde que ésta tiene existencia legal.

Luego tenemos la denominada CAPACIDAD LEGAL; plena, procesal y de ejercicio, que permite a la persona realizar los actos y declaraciones de voluntad, comprometerse u obligarse sin la autorización o ministerio de otro, y entablar en el campo procesal las acciones correspondientes.

Debemos considerar; que la capacidad general es inherente a las personas naturales; y, la capacidad legal; es inherente a las personas; tanto naturales como jurídicas.

Es esta capacidad legal, la que requerimos para poder actuar jurídicamente; y, la que menciona la norma prevista en el Art. 1462 del Código Civil.

En estas circunstancias, con respecto al tema de la capacidad de las personas jurídicas, debemos tener en claro, que para poder actuar la persona jurídica requiere capacidad legal.

La capacidad va paralela a la personalidad, debe serse necesariamente persona para tener capacidad; por ello la diferencia de que la persona natural goza de dos tipos de capacidades; la general y la legal; y; las personas jurídicas únicamente gozan de la capacidad legal, la cual viene determinada desde el momento de su existencia legal.

La capacidad, recordemos, constituye uno de los atributos de la personalidad humana, y según la acepción romana, significa llevar bien en alto la cabeza, en función del pensamiento.

Junto con el concepto de capacidad surge su antónimo, la incapacidad.

Si la ley determina que todas las personas somos capaces, excepto aquellas que la ley declara incapaces; tenemos entonces una regla general; y, la correspondiente excepción; que vienen a ser las clases de incapacidades.

Por incapacidad podemos comprender, la falta suficiente de entendimiento para realizar un determinado acto.

La ley determina tres tipos de incapacidades, a saber: incapacidad absoluta; incapacidad relativa; y, incapacidad especial.

No tenemos un concepto exacto de incapacidad en ninguno de sus tres grados; sin embargo, la ley determina:

*"Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito".*[43]

Por dementes designa la ley toda persona que por el trastorno de sus facultades mentales o la privación constante o momentánea de su razón se halla impedida de tener la libre voluntad de obligarse, ni puede asumir la responsabilidad de sus actos; y, comprende tanto al que ha sido puesto en interdicción de administrar sus bienes, como al que no se halla interdicto.

Los impúberes; según el Art. 21 del Código Civil son impúberes; la mujer que no ha cumplido 12 años y el varón de 14 años. La razón de ser de su incapacidad se deriva específicamente de la edad, de la consideración de la evidente falta de discernimiento de esas personas para poder realizar actos jurídicos y contraer obligaciones válidas.

Y, finalmente los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, son incapaces generales debido a la imposibilidad física de poder transmitir su consentimiento para el acto.

El mencionado artículo 1463 del Código Civil, determina adicionalmente los efectos que producen los actos realizados por los incapaces absolutos; y, nos dice:

*"Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales; y, no admiten caución"*[44]

[43] CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, CÓDIGO CIVIL; ART. 1463.

En este sentido, tenemos claro, que al no haber la disposición suficiente que requiere la ley para actuar jurídicamente, los actos adoptados contrario a ley, surten un efecto de nulidad absoluta; lo cual no se subsana a través de ratificación o convalidación. Los incapaces absolutos producen actos absolutamente nulos.

Posteriormente la misma norma legal invocada señala la incapacidad relativa; y determina como tal a los menores adultos; los interdictos; y, las personas jurídicas.

Y determina:

> *"Pero la incapacidad de esta clase de personas no es absoluta; y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes"*[45]

En este sentido se determina expresamente entonces que los actos de los incapaces relativos son anulables; pero también pueden ser sujetos a validación mediante la figura de la ratificación por ejemplo.

Entre los incapaces relativos se menciona también a las personas Jurídicas, vale decir, a las personas ficticias, capaces de ejercer derechos y de contraer obligaciones civiles (Art. 564 del C. C.).

Las personas jurídicas son entidades con personalidad distinta a cada una de las personas naturales que la integran.

---

[44] Ob. Cit.
[45] Ob. Cit.

Se considera a las personas jurídicas como incapaces relativas, para protegerlas, y para significar, que el ejercicio de los derechos y la aceptación de obligaciones están sometidos al cumplimiento de los estatutos que las rigen y al ejercicio legal de quienes ostentan su representación. En otros términos, para precautelar que sus representantes no se salgan de las limitaciones estrictas de su representación.

Así, ya entrando al tema materia de esta investigación; sabemos que las personas jurídicas desde que existen legalmente, son sujetos de derechos y de obligaciones; y que en el ejercicio de su capacidad; para que sus actos tengan valor legal, es necesario que se revistan de capacidad legal. Sabiendo que por naturaleza propia las personas jurídicas son incapaces relativos; sus actos son anulables; y se pueden anular cuando principalmente no ha actuado en tal o cual acto, la persona que representa a la persona jurídica es decir quien ejerce la personería jurídica. Sin embargo de haberse verificado la existencia de un acto jurídico de una persona jurídica en el que no actúo el representante legal; aun así, de haber ratificación de por medio; ese acto que tenía visos de nulidad, se vuelve jurídicamente aceptable.

**4.2.6.3. La responsabilidad y su naturaleza jurídica.-**Como mencionamos anteriormente, la responsabilidad es el deber de asumir las consecuencias por los actos realizados por una persona.

> *"La responsabilidad no sólo tiene relación con las consecuencias de nuestros actos, sino que también está asociada a los principios, a*

*aquellos antecedentes a partir de los cuales el hombre toma las motivaciones para ejercer la libre voluntad y actúa."*[46]

De este modo, es comprensible que la responsabilidad esté en juego cuando una persona comienza a realizar ciertas actividades sin tener motivos reales para hacerlo, aún en el caso de que dicha acción traiga resultados positivos o favorables.

La responsabilidad de las personas es de suma importancia, ya que se trata de uno de los valores que permiten mantener en orden la vida en comunidad, demostrando con el esto el compromiso con las propias decisiones y con las consecuencias que éstas pueden generarle tanto a la persona en sí como a quienes lo rodean.

Las personas responsables se diferencian de aquellas que no lo son en que las primeras siempre toman en cuenta la intención de lo que están haciendo y no cuestionan ni son limitadas por aquellas reglas que se les imponen como básicas para cumplir sus objetivos.

Por otra parte, una persona que carece de responsabilidad será aquella a excusas para justificar aquello que no realizó, además de no mostrar un serio compromiso ante determinados asuntos hasta asegurarse de que las cosas están bien encaminadas. Es por esto que la responsabilidad, además de comportarse como uno de los valores humanos por excelencia, es tan considerada, por ejemplo, a la hora de buscar un empleo, ya que contratar a

[46] http://www.misrespuestas.com/que-es-la-responsabilidad.html

un sujeto que no es capaz de asumir las consecuencias de sus actos y que no sea capaz de cumplir o comprometerse no asegura en ningún caso el cumplimiento más básico de sus tareas.

Especialistas del derecho al ensayar sobre la responsabilidad, abordan sus estudios definiendo lo que se entiende por la noción *responder*, Jorge Bustamante Alcina dice que:

*"significa dar cada uno cuenta de sus actos"*[47].

Alessandri dice que:

> *"en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor"*[48].

En este sentido un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra.

El tema da lugar a encontrarnos con una gran división de la responsabilidad, la moral y la jurídica.

Responsabilidad moral que se presenta al momento de violar o infringir las normas morales y cuyo resultado no se exterioriza, es un asunto del fuero interno del individuo, que no genera consecuencias de índole jurídico por no

---

[47]Mazeaud, Henri et al., Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969, p.12.
[48] Ver ob. Cit. Pág. 31

afectar a la vida en sociedad, ni dañar concretamente el patrimonio de otra persona.

La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, y como las acciones y omisiones que la generan no causan daño a la persona o propiedad del otro, ni perturban el orden social, quedan fuera del dominio del derecho que solo regula actos humanos que se exteriorizan.

En cambio, estamos frente a la responsabilidad jurídica cuando a causa de una acción u omisión se genera un perjuicio a otra persona o cuando el resultado de esos hechos son contrarios al orden social.

La responsabilidad jurídica conceptualizada por Alessandri, se define como:

> *"la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contraria al orden social"*[49].

La responsabilidad a su turno se clasifica en dos grandes grupos la penal y civil. Se está frente a un caso de responsabilidad penal cuando el individuo ha violado o transgredido un derecho que se encuentra amparado específicamente en una norma penal, otros tratadistas dicen que este tipo de responsabilidad se manifiesta cuando el resultado dañino afecta a la sociedad en general.

[49] VALLS LLORET, José Domingo.- LA RESPONSABILIDAD CIVILPOR NEGLIGENCIA MEDICA Y SU ACREDITACION PROCESAL, Edit. UAB, Barcelona, Pág. 2

#### 4.2.6.3.1. Clases de responsabilidad

Nuestra legislación reconoce dos tipos de responsabilidad. La responsabilidad civil; y, la responsabilidad penal; y sus subdivisiones; sin embargo la doctrina establece una sub-clasificación más general: como son la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.

**A.- La responsabilidad subjetiva:** El Código Napoleón, al igual que el nuestro y que la casi totalidad de los Códigos vigentes, inclusive los dictados los últimos años, consagran la teoría – que podríamos llamar clásica - de la responsabilidad a base de la culpa o la responsabilidad subjetiva que supone necesariamente la culpabilidad o intencionalidad de

La culpa aquiliana, dice Josserand:

> *"Es una especie de pecado jurídico; quien no lo ha cometido no es responsable, ésta existe sino en la medida que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo. Por ende, será necesario analizar la conducta del sujeto. Por eso se llama subjetiva".*[50]

La teoría subjetiva de la responsabilidad, sustenta el fundamento de la responsabilidad en la conducta del autor del daño, esto es, que para precisar que si nos encontramos frente de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es imprescindible que ese daño sea causa y devenga del actuar doloso o culposo del autor del daño.

[50] http://www.monografias.com/trabajos66/culpa-in-contrahendo/culpa-in-contrahendo2.shtml

*“Es así como para establecer la responsabilidad extracontractual basada en la teoría subjetivista o clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres elementos:*

*1.- El daño;*

*2.- El actuar doloso o culposo del autor; y, culposo generador del daño.*

*Se señalan como conductas generadoras de la culpa o causas de la culpa, sea por acción u omisión, las siguientes:*

*a.- Negligencia: La falta de cuidado se debe a una omisión. Es la forma pasiva de la culpa, al omitirse lo que estaba aconsejado para evitar el daño.*

*b.- Imprudencia: La falta de cuidado se debe a una acción arriesgada.*

*En este caso, la culpa se origina de forma activa, ya que se ejecuta un acto sin adoptar las precauciones necesarias.*

*c.- Impericia: La falta de cuidado y de diligencia se debe a la ausencia de conocimientos, experiencia o habilidad en el ejercicio de una determinada actividad. Esta cara de la culpa, se encuentra relacionada con la mala praxis profesional.*

*d.- Inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo."*[51]

El sistema ecuatoriano en materia de responsabilidad extracontractual aparece dominado por la idea de la culpa del agente productor del daño, sin embargo la aparición de nuevas técnicas ha multiplicado la producción o posibilidades de producción de daños, haciendo casi imposible la vigencia del principio de la responsabilidad por culpa, en esa esfera de aplicación.

**B.- Responsabilidad objetiva.**

Todo lo contrario a lo que sucede con la teoría clásica de la culpa, los conceptuales de la teoría objetiva, vicaria, refleja, substituta, teoría del riesgo, teoría del riesgo creado, teoría del riesgo provecho, teoría del riesgo industrial, teoría del riesgo profesional, del riesgo de la propiedad, etc., como se la conoce, afirman que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo.

Fue el proceso de industrialización mundial, el que gatilló la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad de indemnizar los daños.

Numerosas víctimas, especialmente obreros, sufrían accidentes con ocasión del trabajo, quedando privadas de toda reparación. Esta situación injusta debía cesar, considerando además que tales accidentes aumentaban y que no era posible ver con indiferencia que por un accidente cuya procedencia a

[51]VALLS LLORET, José Domingo.- LA RESPONSABILIDAD CIVILPOR NEGLIGENCIA MEDICA Y SU ACREDITACION PROCESAL, Edit. UAB, Barcelona, Pág. 17

veces era desconocida, el trabajador quedase sin reparación alguna y sumido en la indigencia.

> *"En Francia el sistema de concebir así la responsabilidad fue generada genialmente por Pothier, sin embargo fue una sentencia de la Corte de casación de Francia de 1896 la que ejerció mayor influencia en la formulación de la teoría. Se declaró que el propietario de un remolcador era responsable de la muerte de un mecánico ocasionada por la explosión de la caldera, aun cuando la explosión se hubiera debido a un defecto de construcción, formulándose que esta responsabilidad no cesaba ni aunque el propietario del remolcador probare la culpa del constructor de la máquina o el carácter oculto del defecto."*[52]

Como se aprecia, una de las clases de responsabilidad vicaria, es la del empresario, se trata pues, de una presunción de culpa, que solo puede ser desarticulada por prueba en contrario ( presunción iuris tamtum ) en un sistema intermedio entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo.

En cuanto a la responsabilidad penal; es necesario hacer un acápite aparte, a fin de poder estudiar esta institución.

[52] Ob. Cit. 19

## 4.3. MARCO JURIDICO

### 4.3.1. Análisis de la Ley reformatoria a la Ley Notarial.-

La Ley Notarial fue publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 64, del 8 de noviembre de 1996; y, posteriormente la Ley actualmente en vigencia es la Ley reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No. 406, del 28 de noviembre del 2006.

Esta ley nace, teniendo como base una de las razones impulsaron a los legisladores a emprender la reforma de 1996, fue de orden práctico como es la de descongestionar las actividades de las judicaturas civiles en las notarías.

Pero hay que tener en cuenta un factor primordial como es el de orden teórico dentro del ejercicio jurisdiccional, es que la jurisdicción voluntaria se declara el derecho y se aplica la ley al caso concreto, algo que también pueden realizar los notarios, en virtud de la fe pública que el estado les ha otorgado, concordando con la definición que se dio sobre el notario en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, considerando además, que el notario al igual que el juez es una autoridad imparcial, pero en el caso del notario éste está dotado de república que si bien no se puede equiparar a administrar justicia, permite a los notarios ejercer actos de jurisdicción voluntaria a través de actas notariales, en la que el notario expresa la legalidad de la voluntad de las partes y la legitimidad del derecho que se ejerce, para finalmente satisfacer exigencias de orden público.

En el Segundo Congreso de Madrid en 1950, ya se empezaba a discutir la participación de los notarios en las actas de notoriedad que se usaban para declarar actos de estado civil, declaratoria de herederos y otros; es decir las atribuciones del notario como funcionario legalizado y de control de legitimación lo configuraban como el funcionario más apto para participar en asuntos carentes de Litis pero que al mismo tiempo requerían la participación de una autoridad.

Otro fundamento de orden teórico de la jurisdicción voluntaria que debió motivar adicionalmente los legisladores a impulsar la reforma es el acuerdo de los peticionarios con el que nace el acto, lo que no ocurre en la jurisdicción contenciosa, por lo tanto se debía buscar un operador jurídico que dotado de ciertas particularidades, también autorice y solemnice asuntos que provienen de la aceptación conjunta de los interesados. Siendo el notario un funcionario público integrante del poder judicial, dotado de fe pública; el funcionario más idóneo para conjuntamente con los jueces ejercer los asuntos de jurisdicción voluntaria, pero restringida aciertos asuntos, establecidos en la Ley Notarial.

Siguiendo un procedimiento totalmente distinto al que ejecutan los jueces, los notarios llegan al mismo objetivo otorgando solemnidad o autorizando el acto propuesto por los interesados, convirtiéndose en un importante impulsor de los actos no contenciosos en una autoridad distinta a la de los jueces.

Transcurrió el tiempo y diez años después los legisladores otorgaron más actos de jurisdicción voluntaria para que sean autorizados o legalizados por

los notarios, en cierta manera reforzando su confianza al trabajo desarrollado por los notarios, hasta ese momento sobre los asuntos de jurisdicción voluntaria. Uno de los postulados fundamentales para la reforma del 28 de noviembre del 2006, fue la costumbre internacional de descargar los actos llamados de jurisdicción voluntaria o no contenciosos, que siendo de conocimiento exclusivo de los jueces, pasen a conocimiento y resolución de otros funcionarios que no necesariamente son los juzgadores, en el caso ecuatoriano el funcionario cuyas características de trabajo se acoplan más a los asuntos de la jurisdicción voluntaria, sin duda es el notario.

En España se ha dado esa delegación, sustentada en la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa del 16 de septiembre de 1986. En el considerando segundo dedico documento se señala:

> *"II.- No aumentar, sino reducir gradualmente el volumen de tareas no jurisdiccionales confiadas a los jueces, asignándoselas a otras persona u órganos"*[53].

Como se puede apreciar, la sobrecarga de tareas no jurisdiccionales de los jueces no solo ocurre en nuestro país. La reforma, en consecuencia, entregó más asuntos de jurisdicción voluntaria, para que los notarios autoricen y solemnicen. A continuación nombro algunos de ellos: divorcio por mutuo consentimiento para quienes no hayan procreado hijos o adquirido bienes; autorización de actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales;

[53]Consejo Nacional del Notariado, *Revista Escritura Pública No. 38*, Madrid, s.e., 2006, p. 3.

liquidación devienes de la sociedad conyugal; apertura y publicación de testamentos cerrados y la declaratoria de interdicción.

En la revista Novedades Jurídicas, el notario Dr. Jorge Machado respecto a la facultad de los notarios a intervenir en asuntos no contenciosos, y la necesidad de consolidar esta atribución en un cuerpo de mayor jerarquía a la Ley Notarial, manifiesta:

> *"(…) necesitaba un fundamento legal que debió haber constado en la constitución, o al menos en el Código Orgánico de la Función Judicial."*[54]

Posición a la cual me sumo plenamente en consideración de que la naturaleza de los asuntos de jurisdicción voluntaria, así lo ameritaba. El procesalista chileno Juan Colombo Campbell, respecto de los procesos judiciales dice:

> *"El proceso jurisdiccional se define generalmente como un conjunto de actos jurídicos vinculados por la relación procesal, guiados por un procedimiento y destinado a resolver, promedio de una sentencia, un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada."*[55]

Muchas de las definiciones propuestas por los diferentes tratadistas sobre la jurisdicción contenciosa tienen elementos coincidentes, pero los mismos no

[54]Ediciones Legales, *Revista Novedades Jurídicas*, Quito, s.e., 2009, p. 12.
[55]Campbell, Juan, Los Actos Procesales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 16.

coinciden con los de la jurisdicción voluntaria, sobre todo porque no hay conflicto de intereses que resolver, por lo tanto es posible considerar que otro funcionario distinto al juez pueda participar en los actos de jurisdicción voluntaria.

### 4.3.2. El notario ejerce jurisdicción voluntaria o tiene competencia sobre actos de jurisdicción voluntaria

Un signo característico en la evolución histórica de la jurisdicción voluntaria es que no existan posiciones unánimes acerca de su naturaleza. Hemos apreciado en la ejecución de los diversos actos de jurisdicción voluntaria, cómo esta forma de jurisdicción no tiene los elementos característicos de su fuente primigenia, como son: la ausencia de conflicto de intereses, la resolución del juez en estos asuntos no tiene efectos de cosa juzgada, finalmente una consecuencia natural de las sentencias es la ejecución de lo juzgado.

Si nos remitimos a lo que dice el Código de Procedimiento Civil, en el Art. 1:

> *"La jurisdicción, estos, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hace ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos en la ley"*[56].

La definición que trae nuestra Ley procesal coincide plenamente con la naturaleza de la jurisdicción, pero en cambio nada tiene que ver con el

[56] CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código de Procedimiento Civil, Art. 1.

ejercicio de la jurisdicción voluntaria, ya que el acuerdo de los peticionarios busca autorización o solemnidad del juez o del notario. Conforme se aprecia en el referido artículo la función exclusiva del juez es administrar justicia, en consecuencia otra actividad sería ajena a sus funciones.

Dentro de los operadores judiciales quienes en mayor grado realizan las funciones de solemnizar y autorizar son los notarios. Entonces es el notario, siendo funcionario judicial el competente para el ejercicio de las referidas atribuciones, por lo tanto el más idóneo en ejercer competencia sobre todos los actos de jurisdicción voluntaria, a fin de que con su participación exclusiva para estos asuntos, se deje a los jueces su función exclusiva de juzgar, logrando de esta forma la descongestión de causas en las judicaturas civiles.

En los asuntos de jurisdicción voluntaria la actividad del juez al igual que el notario se manifiesta autorizando o solemnizando el acto, si bien con el cumplimiento de distintas formalidades, el resultado final es el mismo.

La Ley Notarial lo señala plenamente el notario tiene competencia sobre asuntos específicos de la jurisdicción voluntaria, por lo que la forma de ejercerla no se la puede equiparar a la de los jueces, para quienes por cierto la ley no ha establecido discrimen respecto de los actos de jurisdicción voluntaria en las que puede intervenir.

Recordemos que en nuestra legislación procesal civil, la jurisdicción voluntaria está regulada por el Código de Procedimiento Civil, es a partir de

la reforma de la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 64, del 8 de noviembre de 1996, que ciertos actos de jurisdicción voluntaria pasaron a ser atribuciones de los notarios.

Al respecto el tema adquiere connotación si consideramos que los notarios sólo tienen competencia para ciertos actos de jurisdicción voluntaria, no de forma general como la tienen los jueces, pues de tenerla significaría que cualquier ciudadano podría someter cualquier asunto que tenga esta naturaleza ante el notario, quien por cierto no juzga, fundamentalmente autoriza o solemniza en virtud de la fe pública.

Las dos reformas a la Ley Notarial precisan que los notarios solo tienen competencia para ciertos actos de los mal llamados de jurisdicción voluntaria, por lo cual se debería emprender en una reforma que se encamine en darle otra denominación más apropiada como: actos no contenciosos.

La actividad de autorizar o solemnizar es eminentemente pública ya que el Estado a través del poder judicial le ha delegado está atribución a los notarios, pero su ámbito de acción en asuntos eminentemente privados, no puede ser un criterio válido que sirva para darle al notario esta calidad, porque con un criterio similar podría atribuírseles a los jueces de lo civil carácter privado, ya que hacen efectivas normas de Derecho Privado contenidas en el Código Civil.

No es suficiente con darle otra denominación a la jurisdicción voluntaria, sino comprender que la denominación actos no contenciosos coincide plenamente con la naturaleza jurídica de esta institución, ante la falta de partes (actor y demandado), adicionalmente la existencia de un acuerdo que requiere la aprobación de una autoridad judicial como el notario.

Pero al tener los actos no contenciosos un carácter procesal pues hacen efectivos importantes derechos objetivos debe constar obligatoriamente en el Código Orgánico de la Función Judicial y el procedimiento a ejecutarse en el Código de Procedimiento Civil, sobre todo porque de presentarse contradicción o conflicto de intereses entre los solicitantes, se configura la jurisdicción contenciosa respecto del cual el notario ya no es competente y solamente los jueces son los llamados a dar solución al asunto controvertido.

En consecuencia en el código adjetivo civil se debe establecer el procedimiento que ha de ejecutar el juzgado civil cuando el acto no contencioso se ha transformado en un asunto de jurisdicción contenciosa.

Varios son los argumentos que me permiten sustentar la pretensión de eliminar la jurisdicción voluntaria del Código de Procedimiento Civil y sustituirla por los actos no contenciosos, entre los más destacados señalo los siguientes:

a. Falta de elementos propios de la jurisdicción, en la jurisdicción voluntaria, ya que carece de los elementos fundamentales que si se configuran en la

jurisdicción contenciosa como son: conflicto de intereses, partes en sentido estricto y cosa juzgada.

En la jurisdicción voluntaria no existe un conflicto de intereses que solucionar, ya que los solicitantes no partes concurren ante el juez o el notario para que autoricen o solemnicen el acto que permitirá hacer efectivos ciertos derechos objetivos.

La calidad de partes que se les otorga tanto actor y demandado, en la jurisdicción voluntaria los solicitantes en su demanda o petición hacen conocer al juez o notario su acuerdo, por lo que no se les puede llamar partes.

La sentencia pronunciada por el juzgador en un asunto de jurisdicción voluntaria no tiene efecto de cosa juzgada ya que la decisión del juzgador podría ser revisada en otro juicio.

b. La jurisdicción voluntaria es una función accidental de los jueces, es obvio si carece de los elementos propios de la jurisdicción, los legisladores trataron de adecuar una institución que permitiera dar eficacia que ciertos actos que sin conflictos de intereses, necesitaban de un funcionario público que autorice solemnice escogiéndose al juez para dicha actividad.

### 4.3.3. Forma de resolver los actos de jurisdicción voluntaria en las Notarías.

Los ciudadanos están en plena libertad de escoger la autoridad (juez de lo civil o notario) ante la cual puedan presentar sus actos de jurisdicción voluntaria, pero con la desventaja de desconocer el procedimiento que realiza tal o cual funcionario.

**a. Petición**

Si bien la Ley Notarial no establece expresamente la estructura que debe tener la petición, la práctica hace que los abogados la redacten con una estructura similar a la de la demanda, sobre todo señalando el fundamento de hecho y derecho, para la realización del acto.

Por lo tanto, si hablamos sobre el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a los requisitos y contenido de la demanda, al homologarlo a los requisitos que debe reunir la petición se pueden hacer varias puntualizaciones.

Respecto de la autoridad ante quien se propone la petición, en este caso es el notario, este señalamiento es importante ya que determina la competencia del fedatario, sin embargo de que no se agrega la expresión del cantón donde el notario ejerce sus funciones. A manera declaración, los actos de jurisdicción voluntaria deben tramitarse ante el notario del domicilio delos peticionarios.

Los generales de ley del demandante y demandado, de igual forma son señalados por el abogado que redacta la petición, como es el caso de los nombres completos, estado civil, edad y profesión de los peticionarios, respecto de los cuales por cierto no existe controversia y de los cuales no se puede hablar de actor y demandado. La ley señala que se deben indicar con precisión los fundamentos de hecho y de derecho. Respecto de los fundamentos de hecho no existe mayor problema; sin embargo, debe ser coherente lo que se relata respecto de lo que se requiere que el notario legalice.

En cuanto al fundamento de derecho, existe una particularidad muy importante y es que a más de indicarlos artículos que amparan la solicitud, se debe añadir el numeral pertinente del Art. 18 de la Ley Notarial, que regula el acto de jurisdicción voluntaria ante el notario.

Conforme lo dispone el numeral 4, del Art. 67, del Código de Procedimiento Civil, se debe indicaren la demanda la cosa, cantidad o hecho que se exige. Por lo tanto, en la petición que representa al notario se le deberá señalar con precisión y claridad qué es lo que se le solicita.

La ley adjetiva civil ecuatoriana, dentro de ese mismo Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, señala que se debe indicar en la demanda la cuantía, la especificación del trámite, la designación del lugar donde se deberá realizar la citación. Estos elementos no son necesarios en la petición por la naturaleza voluntaria del acto, los peticionarios de mutuo acuerdo suscriben la solicitud por lo que ambas conocen el contenido de la misma.

Esta explicación que se ha realizado, permite ilustrar cómo la petición se ha adaptado en el cumplimiento de los requisitos del Art. 67 del código procesal ecuatoriano.

Si bien cada acto de jurisdicción voluntaria tiene particularidades muy específicas al ser tramitadas ante el notario, el divorcio por mutuo consentimiento las tiene en mayor grado en razón de los efectos que causa no sólo respecto de los cónyuges. En este caso existen dos puntualizaciones que deben ser observadas: la primera que no hayan adquirido bienes y la segunda que no hayan procreado, reunidos estos dos elementos es admisible la petición de divorcio por mutuo consentimiento.

En relación de los dos puntos antes expuestos el notario debe protegerse ante un posible fraude, ya que existiendo bienes o hijos, los solicitantes acuden con su petición, el notario al no tener acceso a los archivos del registro civil, propiedad, mercantil, para corroborarla información, el notario previo a la celebración de la audiencia deberá requerir a los proponentes una declaración juramentada que certifique la inexistencia de bienes o hijos.

A pesar de la referida prevención que se realiza en la declaración juramentada, serializa el acta notarial autorizando la disolución del vínculo matrimonial, la misma se inscriben el Registro Civil. Un tercero o uno de los ex cónyuges, que pudiera sentirse perjudicado, está en su derecho de solicitar ante un juez de lo civil que declare la nulidad del acto.

A pesar de estas prevenciones se efectúa el acta notarial declarando la disolución del vínculo matrimonial alguna de los peticionarios que pudiera sentirse perjudicada podrá pedir la declaración ante un juez de lo civil de la nulidad del acto. Sin embargo la responsabilidad penal cubre a ambos ex cónyuges que a sabiendas de que cometían el delito de perjurio (tienen hijos bienes o las dos cosas al mismo tiempo) suscribieron la declaración juramentada.

Para arreglar la situación de los hijos o hijas que pudieran quedar desamparados ante esta violación de le ley, a través del progenitor que los tenga a su cargo podrá mediante cuerdas separadas resolver la tenencia, alimentos y régimen de visitas, conforme el Código Orgánico de la Función Judicial, ante el juez de la familia, mujer, de la niñez y adolescencia

**b. Acta notarial**

Examinada la petición y determinándose que cumple con todos los requisitos de ley, el notario realizará el acta que contendrá la expresión de la voluntad de los peticionarios.

En el ámbito nacional las primeras actas que se redactan en el país son de las fundaciones de las ciudades

La Real Academia de la Lengua Española, la define así: *"relación que extiende el notario, de uno o más hechos que presencia o autoriza".*

El notario constata el hecho y lo registra en un acta, pero en otros casos expone su juicio autorizando la realización del acto, situación que se produce en virtud de la evolución dela actividad notarial y de la confianza de la sociedad al fedatario.

La Ley Notarial ecuatoriana habla de acta pero no realiza una conceptualización de la misma, si de los formalismos y estructura que debe contener. La misma tiene ciertas variantes de forma, según la naturaleza del acto, la notaría y la ciudad dónde se redacte; sin embargo, todas llegan autorizar o solemnizar la situación fáctica. Las actas notariales tienen la calidad de instrumentos públicos, en consecuencia, el acta notarial deberá reunir las partes esenciales establecidas en el Art. 169 del código procesal, que rige a los instrumentos públicos.

### 4.3.4. Requisitos

En una primera etapa las actas notariales solamente servían para la constatación de hechos, en virtud de esa realidad Carlos Gattari, señala los requisitos que debe contener un acta notarial, asemejándolos a los de una escritura pública, siendo estos los siguientes:

Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas con las siguientes modalidades:

. Se hará constar el requerimiento que motiva la intervención del notario.

. Las personas requeridas o notificadas serán previamente informadas del carácter en que intervine el autorizante y, en su caso, el derecho a contestar.

. Podrán autorizarse aunque alguno de los requeridos rehúse firmar, de lo que se dejará constancia.

De lo dicho por Gattari:

> *"Los requisitos que debe contener un acta notarial responden únicamente para la constatación de un hecho y equipara los requisitos del acta a los de una escritura pública"*[57].

Por lo que aplicando nuestra legislación en el Código de Procedimiento Civil, en el Art. 169, se señala los partes esenciales de un instrumento público y son:

1. Los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario, según el caso:

2. La cosa, cantidad o materia de la obligación;

3. Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos;

4. El lugar y fecha del otorgamiento; y,

5. La suscripción de los que intervienen en él.

[57]Gattari, Carlos, *Manual de Derecho Notarial,* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, p. 169.

La incorporación a un protocolo que preserva la existencia del acto para la posteridad lo cual facilita la constatación posterior de la realización del asunto, conforme el Art. 22 de Ley Notarial, referente a la obligatoriedad que tienen los notarios de llevar un registro de los documentos públicos y privados que autoriza, en concordancia con el Art. 47, del mismo cuerpo legal, que habla sobre la nulidad de la escritura que no se halla en el protocolo.

### 4.3.5 Estructura

De acuerdo a lo que estipula el artículo 169 del Código adjetivo Civil se ha establecido los elementos indispensables que debe contener todo instrumento público y que por lo tanto se hace extensiva esta disposición a las actas notariales.

Dentro de la composición de una escritura pública pueden distinguirse claramente dos tipos de elementos: los externos y los internos.

**Elementos externos**

Denominada también parte formal, contiene la indicación de la actuación del notario, la cual debe estar delimitada dentro de su respectiva jurisdicción. Esto significa que no puede otorgar actas en un lugar diferente al de su jurisdicción, es decir, un notario de Ambato no puede en la ciudad de Cuenca otorgar actas notariales en esa localidad.

Nuestro Código Civil y demás leyes conexas establecen con claridad y precisión las solemnidades legales que se deben cumplir en toda acta, la cual según su naturaleza deberá observar ciertos requisitos para su plena validez.

**Elementos internos**

Se los conoce también como la parte material y se los puede distinguir en la estructura de un acta en los siguientes puntos:

*** Los comparecientes:** de acuerdo a nuestra legislación, pueden presentarse a la suscripción de un acta notarial las personas naturales (es decir, quienes hayan cumplido la mayoría de edad) y las jurídicas (pueden hacerlo debidamente representadas por quien, según el estatuto, se les haya concedido esta facultad).

Este requisito está estrechamente ligado a la capacidad, por lo que en la actuación diaria del notario, previo a la suscripción del documento matriz, solicita a los peticionarios la cédula de ciudadanía en caso de los nacionales, en caso de extranjeros residentes la cédula de identidad, de no ser residentes el pasaporte; si la persona que comparece representa a otra persona deberá presentar el poder que autorice su actuación, que si fuere menor de edad la curaduría autorizada por un juez y si fuere persona jurídica el nombramiento que acredite a determinada persona a actuar como representante legal.

La relación jurídica entre los peticionarios debe estar libre de todo vicio del consentimiento al momento de celebrar el acta notarial, por lo cual el notario se cerciorará de que ninguno de los comparecientes obre por coacción, promesa, seducción u otra perturbación que altere la manifestación de la voluntad.

Finalmente la legalización del acto por el notario es otro elemento interno, que va desde la revisión de los documentos aparejados a la petición hasta su incorporación en el protocolo, constatando la voluntad de las partes para la realización del acto, el fedatario sin el cumplimiento de un excesivo ritualismo hace efectivos los derechos objetivos.

Dentro de un criterio de liberalidad respecto de redacción de una acta notarial, Antonio Rodríguez Adrados, se pronuncia así:

> *"La distribución de los diversos elementos del acta puede ser realizada por el Notario libremente, pero de la manera que juzgue más adecuada al tipo de acta de que se trate y al supuesto concreto sometido a su autorización"*[58].

Por lo que el notario tendría cierta liberalidad para estructurar la redacción del acta notarial, pero otros autores como Novoa Seaone, citado por Antonio Rodríguez sugiere cierta secuencia, al indicar:

[58]Rodríguez, Antonio, *Escritos Jurídicos (Volumen lV)*, Madrid, s. editorial, 1996, p. 18.

*"Las actas, sólo tienen tres partes: comparecencia, exposición y autorización"*[59].

La comparecencia en las actas no es lo mismo que en las escrituras…ni el Notario debe usar la fórmula ante mí, porque en realidad es el requerimiento el que suple la comparecencia en las actas.

*** Exposición.-** En las actas notariales constituye la exposición su parte principal. Es la narración de los hechos cómos los presencie o le consten al Notario.

*** Autorización.-** No tiene otorgamiento, porque éste es el acto de consentir, en las actas no se presta consentimiento, porque no hay contrato, ni siquiera es necesario que el requirente esté conforme con los hechos consignados por el Notario, pues éste, después de requerido, consígnalo que presencie o le conste, bajo su responsabilidad, hasta el punto de que si luego el requirente no quiere firmar, basta que el Notario lo haga constar así, y tiene el acta validez.

Novoa Seaone supera el criterio de que una acta notarial debería tener una estructura similar a la de una escritura pública, destacando que en este tipo de actos el notario no otorga; más bien interviene a solicitud de los peticionarios, para constatar o autorizar.

[59] Antonio Rodríguez, op. cit., p. 19.

Al analizar detenidamente la estructura de un acta notarial, existen particularidades muy diferentes, de acuerdo al asunto que se va a legalizar. Sin embargo, se pueden distinguir tres partes claramente identificables, que los deduzco de mi práctica profesional, cotejándolas con las que propone Novoa: la introducción que equivaldría a la comparecencia; el cuerpo, a la exposición, y la conclusión que contiene la resolución.

A manera de título antes de la introducción del acta notarial, se indica la clase del acto de jurisdicción voluntaria que se va a legalizar, el nombre de los otorgantes y la cuantía.

El encabezamiento o introducción del acta notarial, denominada así porque es la parte con la que inicia un acta notarial, contiene sobre todo las generales de ley de quienes intervienen en la celebración del acto. Adicionalmente deben constar los siguientes puntos:

a.- El señalamiento del lugar de celebración del acta, a fin de establecer la competencia del notario respecto del territorio en que ejerce sus funciones, el número de acta que se expide.

b.- La expresión del día, mes y año, a fin de saber exactamente cuándo se redactó y para incorporarlo cronológicamente en el protocolo o libro de diligencias.

c.- La indicación de la autoridad ante quien se celebra, por lo tanto, se deberá hacer constar el nombre y apellido del notario, así también se señalará el cantón.

d.- En el encabezamiento se destaca la individualización de los intervinientes, indicando el nombre y apellido de los comparecientes, vale decir de los peticionarios, así también de la cosa objeto respecto del cual se va a generar la nueva situación jurídica.

f.- La fe del notario sobre la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los comparecientes.

g.- En el encabezamiento también se realiza una breve descripción de los hechos que permitan concatenarlo con la posterior legalización.

En cuanto al cuerpo de un acta notarial se destacan los siguientes puntos:

a.- En esta parte el notario hace referencia de la prueba documental que los solicitantes han adjuntado. Un examen preliminar permitirá establecer si procede o no la realización del acto; por lo que, sin importar la naturaleza del acto, el notario debe hacer referencia a los documentos habilitantes que han aportado los peticionarios para la realización del acto. Por ejemplo, en el caso de un divorcio por mutuo consentimiento, el notario deberá referirse al acta de divorcio; en una posesión efectiva, la partida de defunción del causante, partida de nacimiento de los hijos; en el caso de la extinción del patrimonio familiar el certificado del Registro de la Propiedad, adicionalmente el oficio de autorización para el levantamiento del patrimonio familiar por el banco o mutualista.

b.- A más de la prueba documental, se puede hacer referencia a otras como la testimonial en el caso de que el acto requiera una declaración juramentada.

c.- Con el señalamiento de los antecedentes, la referencia a la prueba que aportan los peticionarios, señalándose el requerimiento por el cual se solicitó su actuación, el notario procede en ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley, a tomar alguna de las alternativas que a continuación detallo: autorizar (salida de menores), declarar (extinción del patrimonio familiar, extinción del usufructo), designar (curador de bienes al interdicto que ha se le ha dictado sentencia ejecutoriada) y conceder (posesión efectiva). Si bien no usa una expresión común al momento de legalizar el acto de jurisdicción voluntaria, el uso de alguna de las expresiones antes indicadas, son adecuadas para la plena validez del acto, debido a que el ejercicio de los actos de jurisdicción voluntaria ejercida por los notarios reduce los ritualismos, disminuyendo el tiempo que debe esperar el tiempo que debe esperar el peticionario para obtener una solución y de esta forma generar confianza de los ciudadanos en le justicia.

El Notario legaliza, el acto de jurisdicción voluntaria respecto del cual los solicitantes han pedido mi participación, haciendo referencia a la norma

legal que sustenta dicha actuación; en consecuencia, he dispuesto la extinción del patrimonio familiar.

Respecto de la conclusión del acta notarial, que es la parte final, se expresa lo siguiente:

a.- Se señala la protocolización del acta notarial o su incorporación al libro de diligencias o protocolo y el número de copias que se entregan al peticionario

b.- Además, el notario suele disponer el cumplimiento de un acto posterior, que está a cargo y responsabilidad del peticionario, como es la inscripción en el Registro de la Propiedad, Mercantil o Civil.

**4.3.6. Libro de diligencias**

La labor del notario no solo se limita a otorgar fe pública, la misma está estrechamente ligada a la conservación de la escritura pública o acta notarial, de su original en el archivo, teniendo como objetivo la garantía de existencia del acto o contrato a lo largo del tiempo.

La actividad de archivar tiene como sinónimo en la práctica notarial la de protocolizar, la misma en América tiene como antecedente la Ley de Indias, que imponía a los escribanos la obligación de guardar todo lo actuado y llevar un registro de dicha actividad.

En el libro de diligencias se incorporan los asuntos de jurisdicción voluntaria y otros actos que no constan en el protocolo.

Su existencia garantiza que el acta notarial y el acto de jurisdicción voluntaria contenido en él, perduren a través del tiempo. Conforme a las

recientes reformas contenidas en el Código Orgánico de la Función Judicial de acuerdo al Art. 307 se crea el Archivo Nacional Notarial, que estará bajo el control del Consejo de la Judicatura, a donde pasarán los asuntos de jurisdicción voluntaria al cumplir cinco años de estar en el archivo del notario. A diferencia delas sentencias que sobre estos mismos asuntos dictan los jueces, éstas pasarán a la Unidad de Estadística y Archivo Central de la Función Judicial a cargo del Consejo de la Judicatura.

Sin embargo, en ambos casos los solicitantes, e incluso terceros, pueden pedir copias certificadas de los asuntos de jurisdicción voluntaria, sea que haya intervenido el juez o el notario.

## 5. MATERIALES Y METODOS

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, referente a la **"SE DEBE REFORMAR EL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL FACULTANDO A LOS NOTARIOS LA REALIZACIÓN DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE SE REFIERAN AL NOMBRAMIENTO DE CURADORES"*;*** utilicé el método científico y dentro de él y como métodos auxiliares hice uso de la inducción a fin de obtener de los casos particulares observados una ley general válida también para los no observados. De esta manera pude analizar el problema como parte principal del estudio lo que me ayudó para realizar un análisis crítico de los aspectos que lo constituyen y lo rodean.

Apliqué además, algunas referencias históricas para lo cual he utilizado el materialismo histórico que me permitió conocer los aspectos que encierran la evolución histórica desde los inicios de esta figura jurídica hasta los actuales momentos, para caracterizar objetivamente el tema planteado con la finalidad de entenderlo como un proceso histórico que aún sigue evolucionando en todos sus aspectos.

En lo referente a las técnicas de investigación, utilice, las siguientes técnicas:

**Lectura científica**.- Para recolectar datos de la bibliografía especializada de una manera objetiva.

**Encuestas.-** Con esta técnica investigativa obtuve la información mediante un cuestionario de siete preguntas aplicadas a treinta abogados en libre ejercicio profesional. La información recogida fue tabulada manualmente para obtener datos estadísticos para verificar la hipótesis planteada.

Con la finalidad de obtener suficiente información que me permita desarrollar el sumario de la investigación jurídica, utilicé la técnica del fichaje, con fichas bibliográficas, hemerográficas y mnemotécnicas.

Recogida toda la información, procedí a analizarla objetivamente mediante tablas y cuadros estadísticos, para verificar los objetivos e hipótesis y para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones y de la propuesta jurídica de reforma.

# 6. RESULTADOS

## 6.1. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS

De acuerdo al tema de la presente investigación jurídica denominada: **"SE DEBE REFORMAR EL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL FACULTANDO A LOS NOTARIOS LA REALIZACIÓN DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE SE REFIERAN AL NOMBRAMIENTO DE CURADORES",** he recurrido a la técnica de la encuesta como soporte para la estructura y desarrollo de la temática propuesta, la misma que ha sido aplicada a 30 profesionales del derecho del Cantón Pangua, Cabecera Cantonal El Corazón, Parroquia Moraspungo; y, Cantón Quinsaloma con la finalidad de hacer una recopilación de información necesaria. A continuación me permito exponer los resultados alcanzados luego de la aplicación de la técnica de recolección de información implementada:

## Resultados de las Encuestas

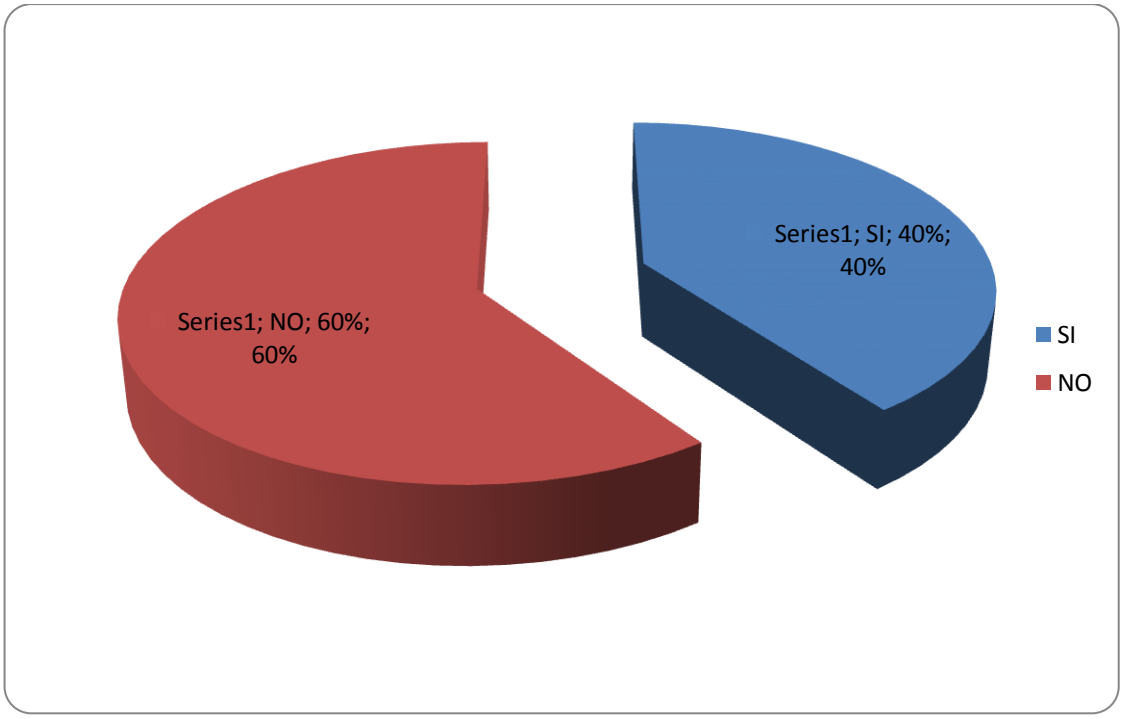
**Primera Pregunta.**

**¿Considera usted que nuestra legislación civil y notarial es actualizada conforme las nuevas corrientes del Derecho, especialmente en relación a los actos de jurisdicción voluntaria?**

| INDICADORES | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|---|---|---|
| SI | 12 | 40% |
| NO | 18 | 60% |
| **TOTAL** | 30 | 100% |

Autor: Delita Patricia Bautista Fuente: Abogados en libre ejercicio

**GRAFICO NRO. 1**



**Interpretación:**Del total de la Abogados en libre ejercicio, 18 personas que representan el 60% respondieron que consideran que nuestra legislación civil y notarial no está actualizada respecto de nuevas corrientes del derecho; mientras que 12 personas que representan el 40%, respondieron que nuestra legislación civil y notarial se encuentra actualizada.

**Análisis:** Con respecto a la respuesta obtenida en esta pregunta, coincido plenamente con la mayoría de los encuestados, en realidad nuestra legislación en general data de hace mucho tiempo atrás; y, en materia civil y notarial principalmente no hay excepción. Pese a que se han realizado constantes reformas y codificaciones, la base doctrinaria de la misma no ha variado, por lo que en su contenido no se han adoptado nuevas corrientes, siendo un buen ejemplo, el caso de las curadurías; puesto que al respecto no se ha regulado nada nuevo.

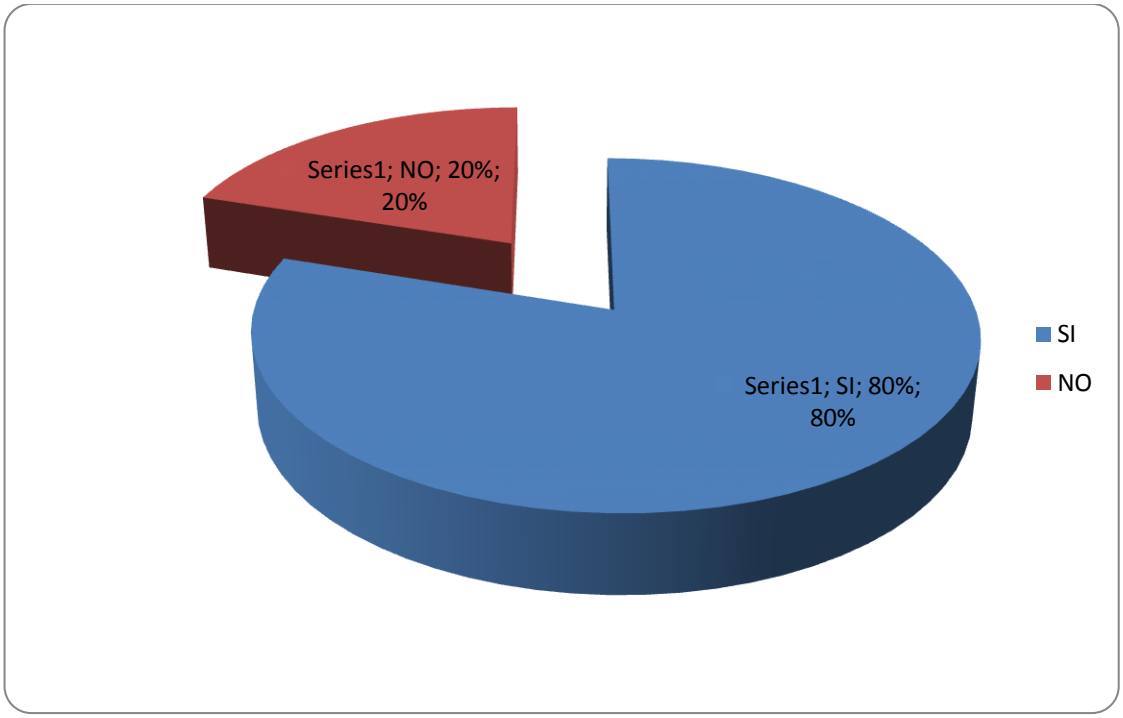
**Segunda Pregunta.**

**¿Según su criterio, considera usted que los actos de jurisdicción voluntaria, deben realizarse con mayor agilidad de lo que actualmente se realizan?**

| INDICADORES | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|---|---|---|
| SI | 24 | 80% |
| NO | 6 | 20% |
| **TOTAL** | 30 | 100% |

Autor: Delita Patricia Bautista Fuente: Abogados en libre ejercicio

**GRAFICO NRO. 2**




**Interpretación:**Del universo encuestado el 80 % es decir 24 encuestados respondieron que en efecto los actos de jurisdicción voluntaria deben tener un procedimiento ágil; y, los 6 encuestados restantes es decir el 20% dicen que el trámite previsto es suficientemente ágil.

**Análisis:**En esta pregunta es necesario aclarar las respuestas otorgadas por la mayoría de la Abogados en libre ejercicio, respuestas que van dirigidas a determinar que si se debe procurar un procedimiento ágil para los actos de jurisdicción voluntaria; esto considerando que se debe a que siendo un acto en el que no existe un contradictor legítimo, no habría razón de un procedimiento demasiado extenso.

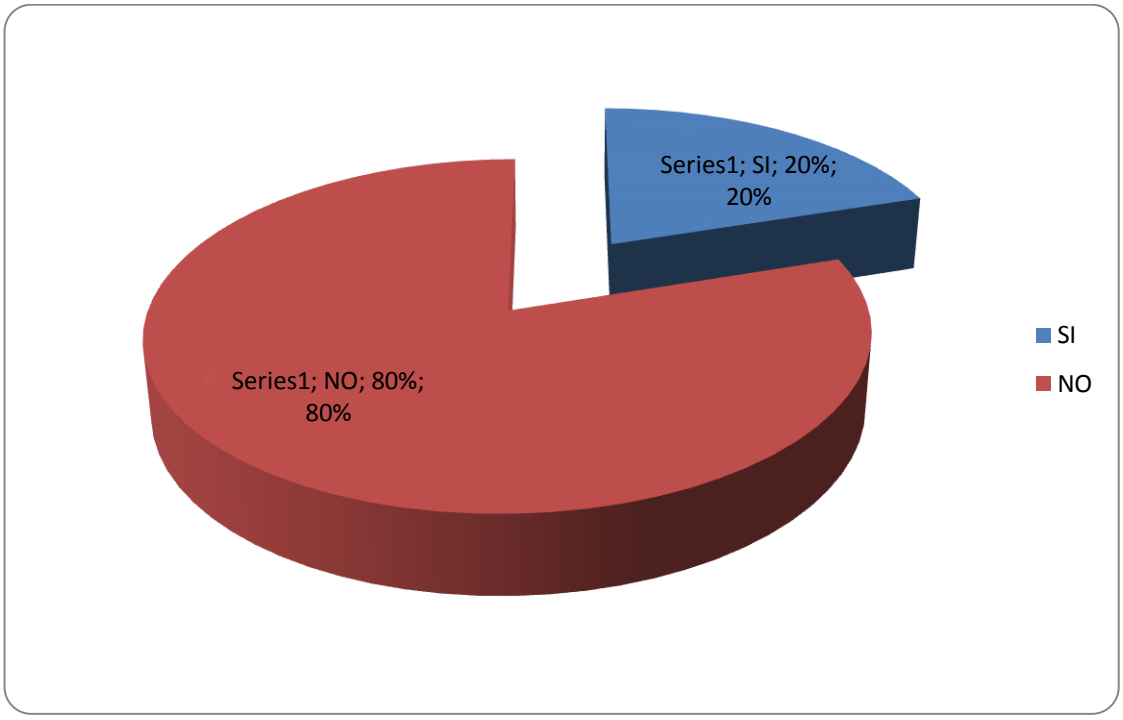
**Tercera Pregunta.**

**¿Considera usted que el delegar a los Notarios las funciones de nombramiento de curadores como un acto de jurisdicción voluntaria, demoraría el normal proceso de ejercicio del curador?**

| INDICADORES | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|---|---|---|
| SI | 6 | 20% |
| NO | 24 | 80% |
| **TOTAL** | 30 | 100% |

Autor: Delita Patricia Bautista Fuente: Abogados en libre ejercicio

**GRAFICO NRO. 3**



**Interpretación:**Del total de encuestados encontramos que el 80% considera que el delegar al Notario el nombramiento de curadurías no demorarìa su proceso de ejecución; y, un 20% considera que el proceso debe continuar como esta determinado.

**Análisis:**Los resultados obtenidos, no hacen sino confirmar la propuesta realizada; los actos de jurisdicción voluntaria tal como el nombramiento de tutores y curadores deberían pasar a ser una facultad de los Notarios, lo cual en lugar de retardar su tramitación, más bien aliviaría la carga procesal de los Juzgados.

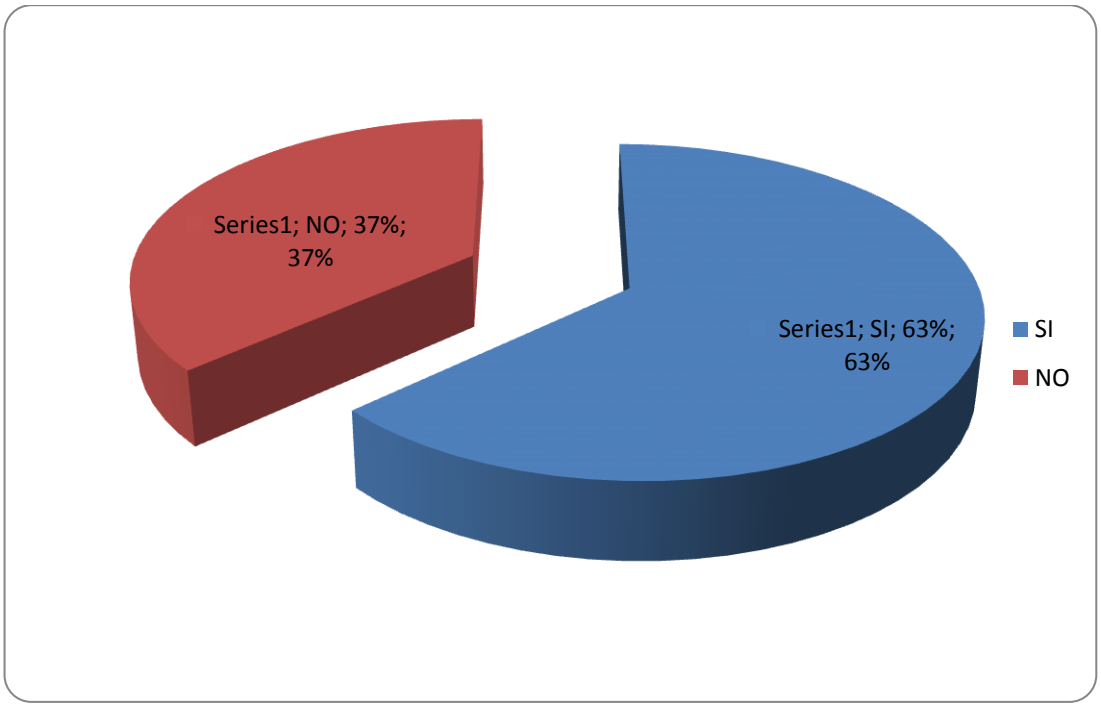
**Cuarta Pregunta.**

**¿Según su criterio y experiencia profesional, el nombramiento de un Curador, actualmente en su tramitación judicial permite contar ágilmente con un representante legal solicitado?**

| INDICADORES | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|---|---|---|
| NO | 19 | 63,33% |
| SI | 11 | 36,67% |
| **TOTAL** | 30 | 100% |

Autor: Delita Patricia Bautista Fuente: Abogados en libre ejercicio

**GRAFICO NRO. 4**




**Interpretación:**A efecto de análisis contabilizamos los criterios de las personas encuestadas entonces manifestamos que 63,33% es decir 19 personas consideran que actualmente como se viene dando la tramitación de un curador a través de un trámite judicial, no permite obtener el resultado deseado en forma ágil y oportuna; mientras que un 36,67% considera que el procedimiento actual es suficientemente ágil y oportuno.

**Análisis:**Mi criterio al respecto; coincide con la mayoría del total de encuestados; en efecto en nuestro ordenamiento jurídico se requiere un procedimiento mucho más ágil que el actual. Para ellas actuación del Notario seria el trámite más recomendado.

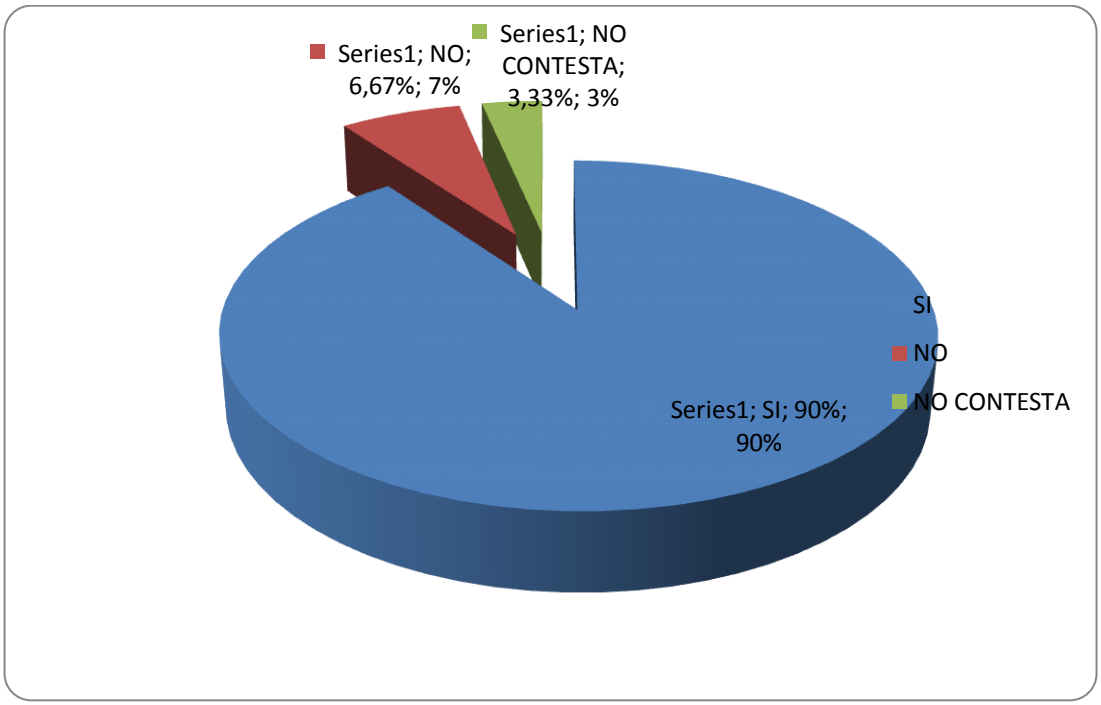
**Quinta Pregunta**

**¿Considera usted, que sería conveniente, entonces reformar el Art. 18 de la Ley Notarial, insertando el nombramiento de las curadurías como una función notarial?**

| VARIABLE | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|---|---|---|
| **SI** | 27 | 90 % |
| **NO** | 2 | 6,67% |
| **NO CONTESTA** | 1 | 3,33% |
| **TOTAL** | **30** | **100%** |

Autor: Delita Patricia Bautista Fuente: Abogados en libre ejercicio

**GRAFICO NRO. 5**




***Interpretación***

En esta pregunta, un 90% del total de encuestados, considera que si se debe reformar la Ley Notarial; a fin de que se determine lo referente al nombramiento de curadurías como una función de los Notarios; un 6,67%

considera que no es necesaria una reforma a ningún cuerpo legal; y; un 3,33% no contesta a esta pregunta.

## 7. DISCUSION

### 7.1. VERIFICACION DE OBJETIVOS

Los objetivos planteados en el proyecto para la realización de esta investigación se han visto conseguidos en el punto de la Revisión de Literatura que he desarrollado, así el objetivo general que se refería a:

- Realizar un análisis del marco conceptual, doctrinario; y, jurídico con respecto a la necesidad de reformar el Art. 18 de la Ley Notarial facultando a los Notarios la realización de los trámites de jurisdicción voluntaria que se refieran al nombramiento de curadores

Este objetivo ha sido cumplido con el estudio de la legislación ecuatoriana referente al tema y que consta principalmente en el marco doctrinario y jurídico en general, y, posteriormente al estudio de la prestación de servicios profesionales, temas en los cuales con la ayuda de la opinión de diferentes tratadistas, así como con el análisis personal de la normativa legal existente en nuestro país respecto al tema me ha sido posible dar cumplimiento a este objetivo.

En mi proyecto de investigación me plantee tres objetivos específicos así:

- *Analizar el marco jurídico, doctrinario y empírico de la Constitución de la República del Ecuador, del Libro I del Código Civil; Código de Procedimiento Civil; y, de la Ley Notarial; en lo referente a la Función*

*Judicial y las Notarías, dentro del procedimiento para el nombramiento de tutores o curadores.*

- *Analizar los aspectos relativos a la jurisdicción voluntaria y su aplicación en los trámites previstos dentro de la Ley Notarial.*
- *Proponer un proyecto de reforma a la Ley Notarial en lo referente a la facultad de los Notarios para la realización de los trámites de jurisdicción voluntaria que se refieran al nombramiento de tutores o curadores.*

Podemos observar en este trabajo, que en efecto con el estudio de la normativa prevista, como se puede deducir de mi trabajo investigativo, estos han sido cumplidos a cabalidad tanto en el desarrollo de los capítulos con contenido teórico como con la investigación de campo.

## 7.2. CONTRASTACION DE HIPOTESIS

En mi proyecto de Investigación me plantee una hipótesis que se refería a:

*El cumplimiento del trámite establecido por la ley, para el nombramiento de curadores; conlleva un trámite engorroso; que bien puede suplirse dotando a los Notarios de una facultad expresa a fin de que puedan conocer acerca de trámites de jurisdicción voluntaria que requieran el nombramiento de tutores o curadores, lo que conllevaría a descongestionar el sistema judicial y hacer uso de la jurisdicción voluntaria en estos asuntos; por lo que debe reformarse el Art. 18 de la Ley Notarial.*

Esta hipótesis luego de la investigación realizada, concluyo con que la suposición realizada es verdadera puesto que del análisis de la investigación de campo podemos ver que además de existir grandes vacíos en la aplicación práctica del estado de excepción y su relación con la delegación de funciones.

## 8. CONCLUSIONES.

Al culminar la presente investigación he podido llegar a las siguientes conclusiones:

- Los Notarios como vemos entonces son aquellos funcionarios que dan fe de los actos y contratos que se realizan en su presencia. El dar fe significa que con su firma certifican haber verificado la validez jurídica de tal o cual acto, por lo que el mismo surte los efectos legales que para su naturaleza correspondan.
- La jurisdicción voluntaria la que ejerce el juez en actos o asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios
- El notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido.
- Las curadurías constituye aquella representación por la cual, una persona ejerce todas aquellas funciones que realizaría su representado.

## 9. RECOMENDACIONES:

- A la Asamblea Nacional, en atención a su función como legisladores; recomiendo que es necesario que se haga una mejor regulación en toda la legislación de nuestro país; pero en forma específica en aquella legislación notarial, que debido a su antigüedad no satisface todas las necesidades de los usuarios.
- A la Función Judicial; es necesario que mantenga en capacitación permanente a los Notarios y otarias a efectos de que se regule un único procedimiento notarial, también es necesaria la creación de un manual de funciones y procedimientos, que permita además de unificar los criterios respecto de tal o cual tramite, permitiría demás contar con un documento expreso de inducción a nuevos Notarios.
- A la clase política, recomiendo que las acciones que emprendan vayan dirigidas a promover la paz y tranquilidad en nuestro paíss; y que se evite en todo momento el aprovecharse de su posición política para sembrar caos e incertidumbre. En necesario que las leyes se aprueben sin tomar en consideración ideología política alguna, sino más bien el bienestar del pueblo soberano.
- A las Universidad y escuelas Politécnicas; es necesario que se analicen en las mallas curriculares de derecho notarial y registral, materias que no son consideradas en ninguna malla curricular, por lo que el profesional que ejerce en estos cargos va aprendiendo en base

a la experiencia, más no porque tenga una formación mínima en estas áreas.

## 9.1. PROPUESTA DE REFORMA

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**

*Asamblea Nacional*

**CONSIDERANDO:**

- Que la evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución de la República del Ecuador, determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión.

- Que la progresiva conquista del Buen Vivir no es viable, sino en un marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales, que considere paralelamente un avance en materia de libertad y de seguridad, categorías ligadas al concepto mismo de Estado Constitucional de Derechos.

- Que en materia de Derecho Notarial, es necesario reconocer a la jurisdicción voluntaria como la forma más ágil de solución a un conflicto legal;

- Que por ejercer la jurisdicción voluntaria los Notarios y Notarias, requieren más facultades que les permita contribuir con la descongestión procesal de las instancias judiciales;

En uso de las facultades previstas en el art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador:

***Expide:***

## LEY REFORMATORIA AL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL.

**Art. 1.-** Agréguese el siguiente numeral al final del Art. 18.-

*…"28. Tramitar el nombramiento y discernimiento de tutores y curadores de bienes, adjuntos y especiales.- Para lo cual de conformidad con el Art. 398 del Código Civil, procederá en forma previa al discernimiento del cargo, el cual constara en acta notarial junto con la aceptación del curador nombrado.*

*Para el efecto, los familiares dentro del primer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de la persona que se sujetará a curaduría, presentarán su petición por escrito, de la cual se hará el reconocimiento previo la constatación de la relación filial o parental.*

*El Notario levantará el acta de la diligencia, la cual debidamente protocolizada se inscribirá en un Registro Especial en el Consejo de la Judicatura; y, posteriormente en el Registro de la Propiedad y/o Mercantil que se hubiere solicitado.*

Es dado y firmado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los 20 días del mes de enero del año 2012.

**FERNANDO CORDERO CUEVA**
Presidente

**DR. FRANCISCO VERGARA O.**
Secretario General

## 10. BIBLIOGRAFIA

**DOCTRINA:**


Abella, Adriana.- “Derecho Notarial”, Buenos Aires, s.e., 2005.

Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Editorial Ediar Sociedad Anónima.

*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007 (Tomo ll),* Montevideo, s.e., 2007.

Arguello, Luis, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988.

Barrios, Boris, *Derecho Notarial Panameño*, Panamá Editorial Portobelo, 2006.

Cabrera, Benigno, *Teoría General del Proceso y la Prueba*, Bogotá,

Cabanellas, Guillermo.- *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Tomo V)*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978.

Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Montevideo Editorial B de F, 2002, p. 42.

Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Cía.Ltda., 1996.

*Enciclopedia Jurídica Omeba*, volumen XVll, Buenos Aires, Editorial Driskill S.A., 1978

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis. s.a.

Gattari, Carlos, *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1992.

Monroy, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Bogotá, Editorial Nomos, 1996.

Palacio, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

Ponce, Alejandro, *Derecho Procesal*, Quito, Ediciones de la Pontifica Universidad Católica del Ecuador, s.a.

Revista de Derecho Notarial, julio diciembre 1978.

Rodríguez Adrados, Antonio.- "Escritos Jurídicos", volumen uno, 1996.

Salazar, Mercedes, *Protocolo Notarial*, Lima, Editorial Láser Gral Alvarado, 2007.

Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999.

Varios autores, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

**LEGISGRAFIA:**

- CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Constitución de la República del Ecuador, Año 2011.
- CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Civil, Año 2011.

- CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley: Notaria y Registral, Año 2011.

## 11. ANEXOS.

## ANEXO 1: PROYECTO DE INVESTIGACION

### 1. TEMA:

"Se debe reformar el Art. 18 de la Ley Notarial facultando a los Notarios la realización de los trámites de jurisdicción voluntaria que se refieran al nombramiento de curadores"

### 2. PROBLEMATICA:

En el Libro I del Código Civil encontramos lo referente a las guardas y curadurías, que en términos generales constituyen representaciones legales para los actos de la vida civil de una persona declarada incapaz en razón de un déficit de sus facultades. Para el nombramiento de un tutor o curador, se requiere la intervención de un juez, es decir se requiere necesariamente iniciar un trámite judicial.

Como sabemos, es más que frecuente conocer en la realidad jurídica de nuestro país, el alto índice de congestión a que se ha visto enfrentado la función judicial; y, es que debido a nuestro ordenamiento jurídico una gran cantidad de trámites judiciales se conocen en la denominada justicia ordinaria, lo cual ha producido un estancamiento en el despacho de procesos.

Por otra parte nuestra legislación procesal civil, reconoce la existencia de la jurisdicción voluntaria la cual comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la

intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas, es decir no existe contención de parte que es propia del Juicio, siendo entonces ésta su característica esencial.

El desarrollo contemporáneo del Derecho Procesal ha permitido que asuntos en los que no haya contradictor es decir que constituyan aspectos de jurisdicción voluntaria; y, algunos asuntos en los que aun pudiendo haber legítimo contradictor pero que se basan en el acuerdo voluntario de las partes, se resuelvan ante un Notario, circunstancia que ha conllevado en nuestro país a una constante reforma a la Ley Notarial, determinando que los Notarios resuelvan asuntos judiciales, lo que sin lugar a dudas ha permitido un alivio a la ya pesada tramitación judicial de los juzgados; y, sobre todo agilidad en la resolución de estos problemas judiciales para los usuarios.

Y precisamente de este hecho trata la presente investigación, como mencione anteriormente nuestra legislación civil establece en ciertos casos el nombramiento de tutores o curadores, para lo cual requiere trámite judicial, sin embargo, considero que a fin de dotar de agilidad y eficacia la tramitación del nombramiento de un tutor o curador, es necesario que se reforme la Ley Notarial facultando a los Notarios la realización de los trámites de jurisdicción voluntaria que se refieran al nombramiento de curadores, esto mediante una reforma al Art. 18 del mencionado cuerpo legal.

## 3. JUSTIFICACIÓN

La Universidad Nacional de Loja estructurada por distintas áreas, permite en su ordenamiento académico vigente, la realización de investigaciones que permitan presentar componentes transformadores a un problema determinado, con el único afán de buscar alternativas de solución; como estudiante de la prestigiosa Carrera de Derecho Modalidad de Estudios a Distancia, estoy sumamente convencida de que nuestra sociedad enfrenta un sinnúmero de adversidades generadas u originadas por problemas y vacíos jurídicos que deben ser investigados para encontrar alternativas válidas para su solución.

De acuerdo a la problemática planteada, la presente investigación jurídica, se enmarca dentro de los parámetros del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja.

La problemática que pretendo investigar, encuentra su justificación social, jurídica y académica en los siguientes aspectos:

Socialmente, al encontrarse con un proceso demasiado extenso para el nombramiento de curadores, conlleva a que muchas personas abandonen los trámites o no presenten los mismos, lo cual conlleva a un rechazo a la administración de justicia que aparte de generar una desconfianza en la utilización de este sistema; se verá reflejado en un incremento de los conflictos sociales entre las mismas partes.

En el ámbito jurídico, mi proyecto de investigación se justifica por cuanto debemos considerar, las implicaciones que ha conllevado y que conlleva la institución jurídica de las tutelas y curadurías, las cuales pese a que no han sido estudiadas en forma extensa; son utilizadas constantemente en diversos trámites judiciales; y, cada día podemos observar con mayor frecuencia, la utilización de esta institución jurídica como requisito previo al cumplimiento de diversos trámites judiciales.

En el ámbito académico; de acuerdo a la problemática planteada, la presente investigación jurídica, previa a la obtención del Título de Abogado; se enmarca dentro de los parámetros del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja; trabajo cuya elaboración me permitirá adentrarme en un nuevo campo del derecho, que en nuestro país no ha convocado al estudio de muchos tratadistas; por lo que me permitirá poner en práctica la formación académica e investigativa inculcada por nuestra Universidad Nacional de Loja.

Estimo cumplir con todos los requisitos establecidos en la reglamentación vigente y por lo tanto me considero apto para presentar, elaborar y exponer mi tesis de investigación.

## 4. OBJETIVOS.

### OBJETIVO GENERAL.-

- Realizar un análisis del marco conceptual, doctrinario; y, jurídico con respecto a la necesidad de reformar el Art. 18 de la Ley Notarial

facultando a los Notarios la realización de los trámites de jurisdicción voluntaria que se refieran al nombramiento de curadores

**OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-**

- Analizar el marco jurídico, doctrinario y empírico de la Constitución de la República del Ecuador, del Libro I del Código Civil; Código de Procedimiento Civil; y, de la Ley Notarial; en lo referente a la Función Judicial y las Notarías, dentro del procedimiento para el nombramiento de tutores o curadores.
- Analizar los aspectos relativos a la jurisdicción voluntaria y su aplicación en los trámites previstos dentro de la Ley Notarial.
- Proponer un proyecto de reforma a la Ley Notarial en lo referente a la facultad de los Notarios para la realización de los trámites de jurisdicción voluntaria que se refieran al nombramiento de tutores o curadores.

**5. HIPÓTESIS.-**

El cumplimiento del trámite establecido por la ley, para el nombramiento de curadores; conlleva un trámite engorroso; que bien puede suplirse dotando a los Notarios de una facultad expresa a fin de que puedan conocer acerca de trámites de jurisdicción voluntaria que requieran el nombramiento de tutores o curadores, lo que conllevaría a descongestionar el sistema judicial y hacer uso de la jurisdicción voluntaria en estos asuntos; por lo que debe reformarse el Art. 18 de la Ley Notarial.

## 6. MARCO TEORICO:

La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Es propio de todo sistema procesal establecer la existencia de la Jurisdicción voluntaria y así unos la aplican únicamente a los actos administrativos o jurídicos administrativos y otros a los actos propiamente jurisdiccionales y se manifiesta que son actos de Jurisdicción Voluntaria donde no existe contención de parte que es propia del Juicio, siendo entonces ésta su característica esencial.

Por jurisdicción voluntaria se ha conceptuado aquella en la que no existe contención de partes, precisamente esta concepción ha sido la caracterización de los códigos de procedimientos civiles del siglo pasado y de principios del presente.

El desarrollo contemporáneo del Derecho Procesal y el surgimiento de nuevos autores de esta rama, ha sido la causa inmediata de un mayor estudio dentro de la concepción de la jurisdicción voluntaria.

Así encontramos a muchos autores que le niegan la categoría de jurisdicción, sosteniendo que se trata de una verdadera función administrativa ejercida por el Poder Judicial, pero siempre a pesar de esta posición se ha llegado a determinar por los tratadistas de abandonar la postura “no contención” para caracterizar la jurisdicción voluntaria. El criterio

tradicional ha sido problemático, pues, en la mayoría de los casos es correcto afirmar que donde no existe contención estamos en un acto de jurisdicción voluntaria.

Para resolver ese problema se debe de abandonar la postura tradicional y sin entrar a especulaciones teóricas sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, se debe determinar que se trata de procedimientos distintos a la jurisdicción contenciosa y no se puede negar que su conocimiento y tramitación pertenecen al orden de la Función Judicial.

La situación jurídica en nuestro Código de Procedimiento Civil es aquella que se establece en el Art. 3 que indica:

> ***"Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción."***[60]

La Jurisdicción Voluntaria entraña actos fuera de juicio de mera constatación, demostración de hechos o circunstancias que se caracterizan por no haber controversia entre partes, ya que no es legalmente posible ejercitar acciones respecto de las cuales proceda oponer excepciones por ser un proceso voluntario en el que el órgano jurisdiccional sólo interviene para darle eficacia a la formación o creación de nuevas situaciones de derecho.

[60] CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código de Procedimiento Civil, Art. 3

Tal es el caso de las tutelas o curadurías, las cuales según nuestra legislación civil, en el Art. 367 del Código Civil, se definen así:

***"Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida.***

***Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores"[61].***

El doctor Juan Larrea Holguín en su obra titulada Derecho Civil del Ecuador hace una breve reseña histórica sobre las curadurías diciendo que:

***"Las curadurías son Instituciones de derecho civil, que tienen sus raíces y fundamento antiquísimo en el derecho natural, y que vienen en auxilio de las personas que por diferentes circunstancias de enfermedad, de vicios, de carencia de libertad, de ausencia, o simplemente no se sienten competentes de administrar sus negocios, de los menos protegida, es decir de los menores de edad, que no tienen ni padre ni madre y que necesitan de otra persona para que les socorran en cuidado y protección"[62]***

[61] CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Civil, Art. 367.
[62] LARREA HOLGUIN, JUAN.- Derecho Civil del Ecuador Tomo IV.

Como vemos las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios y que no se hayan bajo potestad del padre o madre, que pueda darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores.

Dice Claro Solar:

> ***"Consideradas conjuntamente la tutela y la curaduría, podría decirse que son la misión impuesta por la Ley o deferida en virtud de sus disposiciones por la voluntad del hombre en una persona para proteger a los menores que no se hallan bajo patria potestad o bajo potestad marital, y a los mayores interdictos, para administrar sus bienes, y representarles en los actos civiles que les concierne"[63].***

Como podemos entender las tutelas o curadurías son, ante todo, un cargo personalísimo y, como tal, no puede transferirse entre vivos o de última voluntad; no puede ser objeto de cesión ni sustitución; sin perjuicio de que el tutor está facultado para otorgar poder para la celebración de ciertos actos particulares, de igual modo que puede hacerlo el padre de familia, siempre que esos actos se lleven a cabo bajo sus directivas y dependencias. Es una carga pública; nadie puede excusarse de desempeñarla sin causa suficiente. Este carácter se explica por la naturaleza misma de la institución. Los

[63] CLARO SOLAR, Luis, Pág. 176

hombres tienen ciertos deberes de solidaridad para con sus semejantes, tanto más si son allegados o parientes; socorrer y ayudar al huérfano, al menor desvalido, es una obligación moral, a cuyo cumplimiento nadie puede negarse sin justa causa. Puesto que el cargo se discierne en interés del menor, el Estado debe vigilar el buen cumplimiento de los deberes que la ley impone al tutor.

El procedimiento para nombrar curadores en los diferentes juicios relativos a las tutelas y curadurías difiere según el caso. Y tratándose de materia civil, sabemos que se puede interpretar extensivamente.

El problema de la presente investigación radica precisamente en este difícil establecimiento del procedimiento a seguir.

El procedimiento que se sigue para el nombramiento de un curador especial, está estipulado en el Código de Procedimiento Civil, es decir el mismo trámite que se daría al nombramiento de cualquier curaduría, tornándose el proceso engorroso que llevaría mucho tiempo en ventilarlo en el Juzgado, ya que procede al igual que todas las demandas ingresadas en el Juzgado.

El trámite que debe realizarse aparenta sencillez y rapidez en la tramitación por parte de los funcionarios judiciales, más en la práctica es todo lo contrario, ya que, desde que se ingresa a la sala de sorteos hasta que el juez emita su resolución transcurre aproximadamente tres o cuatro meses, es decir se requiere la disponibilidad de tiempo por parte del interesado y del

Abogado que patrocine la causa, a más del tiempo que transcurre en la protocolización del documento en las Notarías.

Ante esta circunstancia, sabemos que se han realizado reformas a la Ley Notarial confiriéndole al Notario la facultad de conocer casos como la disolución de la sociedad conyugal.

Mi propuesta entonces, es que en atención a principios como el de celeridad judicial y economía procesal, bien se podría facultar al Notario para que conozca el nombramiento de las tutelas y curadurías, para lo cual es necesario brindar esta facultad al Notario mediante una reforma al Art. 18 de la ley Notarial, y dotarle de un pequeño procedimiento que brinde agilidad y precisión.

## 7. METODOLOGÍA.-

Es preciso indicar que para la realización del presente Proyecto de Tesis, me serviré de los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, o sea, las formas o medios que permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos, el método científico es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto : recto con la realidad objetiva, es por ello que en el presente trabajo investigativo me apoyaré en el método científico, como el método general del conocimiento, así como también en los siguientes:

**INDUCTIVO.-** Este método me permitirá, primero conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo particular hasta llegar a lo general, en algunos casos.

**DEDUCTIVO.-** Con este método nos permite que partiendo de lo general se pueda arribar a lo particular y singular de la problemática, en otros casos.

**MATERIALISTA HISTÓRICO.-** Me permitirá conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.

**DESCRIPTIVO.-** Este método me compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolló el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

**ANALÍTICO.-** Me permitirá estudiar el problema enfocando desde el punto de vista social, jurídico, político y económico analizar así sus efectos.

**SINTÉTICO.-** Es un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una explosión metódica y breve, en resumen. En otras palabras debemos decir que la síntesis es un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión cabal de la esencia de lo que ya conocemos en todas sus partes y particularidades.

**ESTADÍSTICO.-** El método estadístico consiste en una serie de procedimientos para el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de la

investigación. Dicho manejo de datos tiene por propósito la comprobación, en una parte de la realidad de una o varias consecuencias verticales deducidas de la hipótesis general de la investigación.

La investigación será de carácter documental, bibliográfica y de campo y comparativamente para encontrar normas jurídicas comunes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional para descubrir sus relaciones o estimular sus diferencias o semejantes y por tratarse de una investigación analítica se empleará también la hermenéutica dialéctica en la interpretación de los textos que sean necesarios.

Que será aplicada a treinta Abogados en libre ejercicio profesional, utilizaré como técnica de investigación la encuesta, la misma que estará aplicada por tratarse de reformas legales.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo serán expuestos en el informe final el que contendrá por mandato reglamentario de la institución en el siguiente método se realizará un análisis de acuerdo con la profundidad del estudio de la investigación será explicativa y descriptiva.

# 8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.-

| TIEMPO | AÑO 2011 | | | | | | | | | | | | AÑO 2012 | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| ACTIVIDADES | OCT | | | | NOV | | | | DIC | | | | ENE | | | | FEB | | | | MAR | | | |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 |
| Problematización | X | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Elaboración del Proyecto | | X | X | X | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Presentación y aprobación del Proyecto | | | | | X | X | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Recolección de la información bibliográfica | | | | | | X | X | X | X | | | | | | | | | | | | | | | |
| Investigación de campo. | | | | | | | | | | X | X | X | | | | | | | | | | | | |
| Análisis de la información | | | | | | | | | | | | | X | X | X | | | | | | | | | |
| Elaboración del informe final | | | | | | | | | | | | | | | X | X | X | X | X | | | | | |
| Sesión Reservada | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | X | X | | | |
| Defensa Pública y graduación | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | X | X | X |

## 9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.-

### 9.1. Recursos y Costos:

### 119.1.1. Recursos Humanos:

**Investigadora:** Delita Patricia Bautista

**Director de tesis:** Por designar

**Población investigada:** Jueces Civiles, Notarios, Abogados en libre ejercicio.

### 9.1.2. Recursos Materiales:

| | |
|---|---|
| • Adquisición de bibliografía | $ 150,oo |
| • Materiales de escritorio | $ 80,oo |
| • Levantamiento de texto | $ 150,oo |
| • Publicación | $ 50,oo |
| • Edición de tesis | $ 50,oo |
| • Encuadernación | $ 50,oo |
| • Imprevistos | $ 100,oo |
| **TOTAL:** | **$ 630,00** |

**9.1.3. Financiamiento:** Con recursos propios de la postulante.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

1. ABEDRABO LEÓN Antonio, 2000, Guía Práctica Del Derecho Notarial.- primera edición, Quito Ecuador.

2. ALESANDRI Arturo y SOMARRIVA Manuel, 1992. Derecho Civil, imprenta universal, Santiago de Chile.

3. CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo. 1993. “Diccionario Jurídico Elemental Editorial Heliasta, undécima edición; Buenos Aires, Argentina.

4. CABANELLAS, Guillermo. 1998. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta 26ava. Edición; Buenos Aires, Argentina.

5. CODIGO CIVIL DEL ECUADOR, 2011, Corporación de estudios y publicaciones,

6. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 2011, corporación de estudios y publicaciones.

7. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, corporación de Estudios y publicaciones: Quito 2011.

8. CUEVA CARRIÓN Luis, 2003, APUNTES DEL DERECHO NOTARIAL, primera edición, publicaciones Cueva Carrión.

9. EGUIGUREN CARRIÓN Eduardo, 1982, Curso De Derecho Civil, cuarta edición.

10. GUZMÁN LARA, Aníbal, 1994, “Diccionario explicativo de derecho Civil”, tomos l y ll Quito - Ecuador.

11. LARREA HOLGUIN Juan, “Derecho Civil del Ecuador”, tomo IV, Corporación de estudios y publicaciones.

12. LEY NOTARIAL DEL ECUADOR.- Corporación de estudios y publicaciones

13. PARRAQUEZ Luis, 1981, Manual De Derecho Civil Ecuatoriano, primera edición. Quito Ecuador.

14. PÉREZ GUERRERO Alfredo, 1985, Fundamentos Del Derecho Civil Ecuatoriano, cuarta edición. Universidad central, Quito -

**INDICE**

PORTADA ..... i

CERTIFICACIÓN ..... ii

AUTORÍA ..... iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN .....iv

AGRADECIMIENTO .....v

DEDICATORIA .....vi

TABLA DE CONTENIDOS ..... vii

1. TÍTULO.....1

2. RESUMEN .....2

2.1. Abstract .....4

3. INTRODUCCIÓN .....6

4. REVISIÓN DE LITERATURA .....9

4.1. MARCO CONCEPTUAL .....9

4.2. MARCO DOCTRINARIO. .....24

4.3. MARCO JURÍDICO .....73

5. MATERIALES Y MÉTODOS .....97

6. RESULTADOS .....99

6.1. Presentación de los resultados de la encuesta .....99

7. DISCUSIÓN .....108

7.1. Verificación de Objetivos .....108

7.2. Contrastación de la Hipótesis .....109

8. CONCLUSIONES .....111

9. RECOMENDACIONES ..... 112

9.1. Propuesta de Reforma ..... 114

10. BIBLIOGRAFÍA ..... 116

11. ANEXOS ..... 119

ÍNDICE ..... 136