UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA.
CARRERA DE DERECHO.

TITULO:

"EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LA INEFICACIA JURÍDICA DE LO PREVISTO EN EL NUMERAL 22 DEL ARTICULO 18 DE LA LEY NOTARIAL DEL ECUADOR"

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TITULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA.

AUTOR:

Jorge Guillermo Saritama Saritama

DIRECTOR:

Dr. Fausto Noé Aranda Peñarreta Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR
2011

AUTORIZACIÓN

Dr. Fausto Noé Aranda Peñarreta, Docente de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja.

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación jurídica titulado "El Divorcio por Mutuo Consentimiento y la Ineficacia Jurídica de lo previsto en el Numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial del Ecuador" de autoría del señor Jorge Guillermo Saritama Saritama, ha sido revisado bajo mi dirección, control y supervisión, por lo que autorizo su presentación y sustentación.

Loja, Mayo del 2011

.....

Dr. Mg. Sc. Fausto Noé Aranda Peñarreta

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

JORGE GUILLERMO SARITAMA SARITAMA, en mi calidad de autor de la presente tesis, previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, cuyo tema tiene como título "El Divorcio por Mutuo Consentimiento y la Ineficacia Jurídica de lo previsto en el Numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial del Ecuador" declaro que los comentarios e ideas que constan en el contenido del informe final son de mi absoluta responsabilidad y autoría.

Jorge Guillermo Saritama Saritama

AGRADECIMIENTO

Expreso mi profundo agradecimiento a Dios Todopoderoso por haberme dado el don más preciado que es la vida, dándome la suficiente inteligencia y perseverancia que me ha permitido concluir con éxito uno más de mis objetivos planteados dentro de mi vida personal.

Al Dr. Fausto Aranda Peñarreta por su acertada dirección y su incansable paciencia durante todo el desarrollo de la presente tesis.

A la Universidad Nacional de Loja, institución que me ha permitido acceder a una educación superior con los más altos niveles de enseñanza.

Jorge Guillermo Saritama Saritama

DEDICATORIA

Con afectuoso mérito y consideración dedico el presente trabajo de investigación a mis seres queridos, a mis padres ROSA y GABRIEL, hijos CELENA, GABRIELITO. KALITA, ANALY Y TALÍA, a mi esposa NANCY, a mis hermanos/as, cuñados/as, sobrinos/as, demás familiares y amigos/as que siempre comprendieron la importancia de la superación académica del ser humano, ellos son quienes me brindaron su apoyo incondicional durante el proceso de profesionalización y juntos cumplir el anhelado sueño

---

Jorge Guillermo Saritama Saritama

1. TITULO

"EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LA ENEFICACIA JURIDICA DE LO PREVISTO EN EL NUMERAL 22 ARTICULO 18 DE LA LEY NOTORIAL DEL ECUADOR"

2. RESUMEN EN CASTELLANO Y TRADUCIDO AL INGLÉS

El Ecuador cuenta con un sinnúmero de cuerpos legales de distinta índole: leyes orgánicas, ordinarias, especiales, reglamentos, ordenanzas, estatutos, etc. cuyas normas en ciertos casos se tornan inaplicables en virtud de que no guardan correspondencia con el texto constitucional, o incluso la contradicen o se contraponen unas con otras. Es el caso de la Ley Notarial que faculta al Notario Público para que éste autorice la disolución del vínculo matrimonial, mediante divorcio por mutuo consentimiento, cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia, se puede observar que dicho disposición casi guarda igual redacción en lo referente al tiempo que tiene el Juez para dictar la sentencia, con lo previsto en el Art. 108 del Código Civil, es decir, deben transcurrir sesenta días para que se lleve a efecto la audiencia en la que los cónyuges de no manifestar propósito contrario, expresen de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

Evidentemente el Art. 18 en su numeral 22) de la Ley Notarial, no ofrece ninguna solución a las parejas que por evitar trámites engorrosos y lentitud procesal deciden divorcio extrajudicialmente, porque igualmente los cónyuges tienen que esperar el mismo tiempo que el que implica el divorcio por mutuo consentimiento previsto en el Art. 108 del Código Civil.

Consecuentemente la disposición de la Ley Notarial antes referida no coadyuva de manera oportuna a la solución de este conflicto entre cónyuges a los que únicamente les interesa es disolver su matrimonio de manera rápida y ágil ya que no hay derechos de terceras personas que tutelar, es decir, no tienen hijos menores de edad ni bajo su dependencia.

2.1. ABSTRACT

There is not rare the existence of frequent cases in which it victimizes and victimizer are spouses between if, coming to him the violence inside the family one from the principal social problems of the actuality.

But the marriage does not take the violence as the only source of conflicts, there exist also frequent cases of adultery, damages, hostile attitude, across which the responsible spouse produces an affectation to the physical, psychological and moral integrity in against to the honor of the attacked spouse; without that in this case to guaranteed to the offended person the indemnity of the damages caused in his against.

Inside the Statute law, little or almost nothing it has treated about the juridical, social, psychological and economics conflicts of the juridical institution of the marriage; in spite of that in the last times it has suffered a whole splitting, principally for the absence of harmony inside the home, front to which the right could not have given solutions of objective applicability. Except arranged in the Civil Code, regarding the grounds of divorce; but, when inside the couple have existed facts hurt the intrinsic rights of the human being, as the right to the honor, to the good reputation, to not

violence, how must it operate the Family law?; is it possible to allow that this type of acts stay without legal response?. With questioning these, there is demonstrated that our Civil Code, needs to be reformed, incorporating the being necessary that the judge has the legal faculty to arrange the indemnification for the hurts and prejudices caused to verify any of three grounds before mentioned indepenced.

3.- INTRODUCCION

La administración de justicia ecuatoriana se ha caracterizado por ser lenta y compleja, por lo general los procesos judiciales demoran mucho más de lo previsto en la Ley, pese a que la misma Constitución de la República proclama que "el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal...."[1].

En nuestro medio el irrespeto a los límites temporales dentro de los cuales deben sustanciarse los procesos judiciales, es reiterativo, aunque, no es posible asumir como válido el cuestionamiento de que el vencimiento de los términos procesales es responsabilidad exclusiva de los jueces y juezas o de la estructura normativa, porque en la administración de justicia también participan los fiscales, abogados y la sociedad en su conjunto. La responsabilidad de ese proceder cuestionable no solo recae sobre los jueces y juezas, sino también se debe considerar lo complejo del asunto a resolverse en el proceso y/o la práctica de los actos procesales de prueba, como las cuestiones prejudiciales, la conducta de las partes procesales, mediante manejos dilatorios que provocan demoras censurables, entre otras circunstancias.

[1] CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA. Ediciones Legales. Quito-Ecuador. 2009. Pág. 78

Frente a estos acontecimientos, la sociedad ha buscado en la misma Ley, soluciones a sus problemas que no impliquen someterse a un engorroso y casi siempre extenso trámite judicial; así mismo los cuerpos normativos han tenido que reformarse constantemente para atender los requerimientos de los ciudadanos.

La Ley Notarial es una clara representación de los cambios que sufre el Derecho, anteriormente los Jueces y juezas de lo Civil eran los únicos competentes para conocer todo lo relacionado al divorcio ya sea consensual o contencioso y eran ellos quienes declaraban disuelto el vínculo matrimonial existente entre una pareja. No obstante hoy en día también los Notarios, de acuerdo a lo previsto en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, tienen esa facultad, aunque de manera restringida, ya que textualmente el artículo prevé: "Son atribuciones de los notarios además de las constantes en otras leyes: numeral 22) Tramitar divorcios por mutuo consentimiento únicamente en los casos en los que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los comparecientes expresarán en el petitorio, bajo juramento lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un Abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la

petición con lo previsto en el Art. 107 del Código Civil. El Notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse**…"[2].**

Esta disposición sin duda resultaría eficaz, sino fuera por el tiempo que el Notario tiene para declarar disuelto el vínculo matrimonial, el cual supera los sesenta días, es decir, el trámite continúa siendo extenso.

Como se observa la norma prevista en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial carece de técnica jurídica y practicidad, porque no tiene justificación la duración del trámite de divorcio, dado que no existen hijos menores de edad y por parte de los cónyuges hay la firme decisión de separarse.

Este trabajo investigativo aborda esta problemática con la finalidad de demostrar que es necesario reformar el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial con la finalidad de que el trámite de divorcio por mutuo consentimiento sea ágil, expedito e inmediato a fin de que la norma goce de eficacia jurídica**.**

[2] LEY NOTARIAL DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2009. Pág. 8

Este trabajo está distribuido en las partes que se detallan a continuación:

En la Revisión de Literatura, se tratan aspectos como: Definición de matrimonio; requisitos fundamentales para la existencia y validez del matrimonio; formas de terminación del matrimonio; el divorcio: concepto; origen del divorcio, historia del divorcio en el Ecuador, clasificación del divorcio: Divorcio contencioso, Divorcio por mutuo consentimiento; diferencias entre el divorcio contencioso y el divorcio por mutuo consentimiento; El Derecho Notarial, concepto, principios propios del Derecho Notarial; las funciones notariales dentro del sistema latino y por último la Ley notarial y el divorcio por mutuo consentimiento

A continuación se detallan los métodos y técnicas utilizados, entre los que destacan el método inductivo deductivo, exegético y descriptivo; y además las técnicas de encuesta que ha contribuido a otorgarle mayor objetividad a mi tesis jurídica.

Posteriormente pongo a consideración los resultados obtenidos mediante el análisis e interpretación de las aplicadas en el marco de la investigación de campo.

Más adelante someto a la Discusión los resultados obtenidos, procediendo a verificar, contrastar o comparar los resultados de la investigación con los objetivos y la hipótesis propuesta en el proyecto de investigación.

El presente trabajo también constan las conclusiones, recomendaciones, y la propuesta de reforma legal a las Ley Notarial del Ecuador.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Definición de matrimonio.

El matrimonio se considera un concepto importante porque contribuye a definir la estructura de la sociedad, al crear un lazo de parentesco entre personas (generalmente) no cercanas en línea de sangre. En las sociedades de influencia occidental se suele distinguir entre matrimonio religioso y matrimonio civil, siendo el primero una institución cultural derivada de los preceptos de una religión, y el segundo una forma jurídica que implica un reconocimiento y un conjunto de deberes y derechos legal y culturalmente definidos.

Del matrimonio se derivan todas las relaciones, derechos y potestades familiares: fuera de él, solo pueden derivarse por expresa concesión de la ley.

Según la biblioteca de Consulta Microsoft Encarta la palabra matrimonio proviene "(Del Lat. matrimonium) m. Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades

legales. || 2. En el catolicismo, sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia”[3]

El matrimonio es la base fundamental de las sociedades modernas, tiene su fundamento en la creación misma del hombre como una institución necesaria a la naturaleza humana. Mediante la palabra matrimonio conocemos a la pareja formada por el hombre y la mujer.

“La palabra matrimonio proviene de las acepciones latinas matris munium, que significan oficio de madre; este sentido atribuido a la palabra matrimonio tiene su origen, según las Partidas, en el hecho de que es a la madre a quien corresponde soportar los riesgos del parto y los mayores sacrificios que demanda la educación de los hijos.”[4]

Estas definiciones latinas significa la mujer casada, que viene aparejada la adquisición de la mano sobre la mujer por el matrimonio, o por el padre de familia, y estas se contraían por la formas del uso

[3] Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2005. 1993-2004. Microsoft Corporatión.
[4] SUAREZ FRANCO, Roberto, Derecho de Familia Tomo I, Séptima edición, Editorial Atemis. S.A. Santa Fé de Bogotá-Colombia. 1998. Pág. 51

"El Matrimonio en su definición real, es la unión marital de un hombre y una mujer, entre personas legítimas, para formar una comunidad indivisa de vida."[5]

La familia, célula intermedia entre el individuo y el Estado, tiene su origen legítimo en el matrimonio, en cuyo seno nacen vínculos de afecto entre los que se unen y entre estos y la prole, vínculos que tienen un carácter eminentemente moral porque tienden al mejoramiento del individuo al bienestar social.

Por lo general, y en nuestro país el matrimonio es una relación solamente de dos personas. La forma más habitual de matrimonio es entre un hombre y una mujer, aunque la definición precisa de esta relación, varía de unas culturas a otras. Por su parte el Código Civil ecuatoriano que actualmente nos rige en su artículo 81 señala respecto al matrimonio, lo siguiente: "Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente"[6]

A pesar de lo referido, el matrimonio es el instituto que constituye la base de la familia moderna monogámica. Se constituye la familia

---

[5] Religiones y Matrimonio: Iglesia Católica, Naturaleza y fines del matrimonio, http://www.publiboda.com/fines_del_matrimonio/index.html

[6] CÓDIGO CIVIL: legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizada febrero del 2006, Pág. 30

con el matrimonio, es decir que existe familia desde el momento de la celebración del matrimonio.

Marcel Planiol nos dice: "el matrimonio no es sino la unión sexual del hombre y la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y a la del sacramento por la iglesia"[7]

El matrimonio puede ser civil o religioso y, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico, los derechos, deberes y requisitos del matrimonio son distintos. Pero esto no quiere decir que en todas las sociedades se establece la distinción entre matrimonio civil y religioso.

En mi opinión considero que de acuerdo a lo que señala nuestro Código Civil, el matrimonio es un contrato solemne por cuanto para su celebración la ley exige que se cumpla con ciertas formalidades, y que a diferencia de otros países en el nuestro solamente se lo puede celebrar entre dos personas de distinto sexo. Y además el objeto del matrimonio es el de procrear y auxiliarse mutuamente, puesto que en la humanidad existe la tendencia natural a perpetuar la prole, por lo que el matrimonio legítimo constituye la base insustituible no solo para la organización de la

[7] INDICE: El Matrimonio, http://www.angelfire.com/yt3/tenay_adracir/MATRIMONIOS.htm

familia en la vida civilizada de los pueblos, sino también como soporte primordial del régimen hereditario.

4.1.2. Origen del divorcio.

La historia registra remotos antecedentes del divorcio como institución idónea para poner término a la relación conyugal. Uno de los más antiguos es el repudio, en virtud del cual se permitía al marido rechazar a su mujer en ciertas circunstancias que fueron variando en las distintas épocas y ordenamientos jurídicos.

Entre los hebreos de los tiempos mosaicos el repudio tenía su fundamento en el Deuteronomio que lo admitía con una aparente amplitud cuando al marido no le agrade la mujer o le encontrare alguna cosa torpe, sin embargo de lo cual no es muy seguro que se lo aplicara con mucha ligereza pues las escuelas rabínicas discrepaban sobre la extensión que debía darse al texto de Moisés. "Mientras algunos se ajustaban al tenor literal y toleraban que el marido repudiase a la mujer cada vez que lo deseara, otros planteaban la necesidad de que se fundara en causa de grave infidelidad"[8].

[8] LEÓN GERRÓN, Oscar, El Matrimonio y el Divorcio, Edit. Universidad Central de Quito, Quito-Ecuador, 1975, pág. 31.

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble. Los hombres hebreos podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

"En la India, a pesar de la situación desmejorada en que se encontraba la mujer, le fue permitido abandonar a su marido en casos graves (vagancia, vicio empedernido, abandono de hogar, etc)"[9]; pero era mucho más amplio el derecho del hombre, quien podía repudiar a su mujer por causa de adulterio, malas costumbres, enfermedad contagiosa, esterilidad por más de 8 años, alumbrar solamente mujeres durante 12 años, etc.

Algo distinta era la situación en Egipto, porque siendo procedente el repudio por parte del hombre, se permitía a la mujer tomar algunas providencias para evitarlo, tales como la estipulación de garantías y multas; o en último término, para obtener compensaciones pecuniarias en caso de producirse.

[9] LEÓN GERRÓN, Oscar, El Matrimonio y el Divorcio, Edit. Universidad Central de Quito, Quito-Ecuador, 1975, pág. 31.

Atenas y Esparta instituyeron formas de repudio más cercanas al actual divorcio. En Atenas se conocía, además de la modalidad contenciosa, una especie de divorcio por mutuo consentimiento sin intervención judicial. Entre los espartanos el marido tenía el privilegio de repudiar a su mujer, consagrado en la legislación de Carontas, y se afirma que la esterilidad era causa frecuente de divorcios.

Entre los germanos también se dieron conjuntamente formas de divorcio por mutuo consentimiento y de repudio. Este último correspondía al marido; especialmente en casos de esterilidad y de adulterio; pero podía practicarlo sin causa justificada, en cuyo caso debía pagar una compensación.

"Fue el cristianismo el que incorporó el concepto dogmático de la indisolubilidad del matrimonio elevado luego a categorías sacramentales, con fundamento en los escritos de los evangelistas. En el Concilio de Trento (siglo dieciséis) la Iglesia Católica de Roma proclamó oficialmente la indisolubilidad, con lo que el divorcio con ruptura del vínculo fue transformado en una institución que sobrevivió durante siglos y que también se hizo presente en el derecho ecuatoriano: la simple separación de cuerpos o divorcio

desvincular"[10]. La Iglesia de Oriente conservó el divorcio vincular, de la misma manera que lo hizo la Iglesia Reformada de Lutero, escindida del Vaticano a mediados del siglo dieciséis.

A criterio personal considero, que el divorcio es una necesidad de todo matrimonio, cuando la vida en común se ha hecho imposible; pienso que es absurdo sostener un matrimonio dañino para los esposos, para su familia y para la sociedad. Debido a que por muchas circunstancias puede hacerse muy dura e insoportable la convivencia de los cónyuges; como en el caso del adulterio o por otras causas aún más graves, dando como resultado lamentables consecuencias que pueden ocasionar serios peligros para el cuerpo y alma de los cónyuges; se hace necesario el divorcio, pero debidamente regulado por el derecho para que tenga plena validez legal.

En el "Derecho Romano, la disolución del matrimonio se conocía como Divortium y se producía por diversas razones, entre las cuales podemos señalar:

- Por incapacidad matrimonial de cualquiera de los contrayentes;
- Por la muerte de uno de ellos;

[10] LARREA HOLGUÍN, Juan, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 32.

- Por Capitis Diminutio "(declaración de incapacidad sobreviniente)"[11];
- Por el incestus superveniens (, que ocurría cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno y los cónyuges quedaban en condición de hermanos.
- Por llegar al cargo de Senador quien estuviese casado con una liberta,

Por la cesación de la Affetus Maritalis "(voluntad de afecto y solidaridad entre los esposos)"[12], consistente en la voluntad de ambos cónyuges de poner término al matrimonio"[13].

El espíritu de tolerancia y de libertad que nutrió a la Revolución Francesa condujo a la secularización del matrimonio, para lo cual se recurrió a la noción contractualista a la que nos hemos referido en su oportunidad. En 1792 se dictó en Francia la Ley de Divorcio que consagró el divorcio consensual, ratificado luego por el Código Civil de Napoleón y suprimido en 1816 durante la restauración monárquica de Luis dieciocho. En la legislación Francesa no estaba permitido el Divorcio, el matrimonio era considerado indestructible, eclesiástico y sagrado, pero a partir de la Revolución

[11] GOLSDTEIN. Mabel. Diccionario Jurídico Consultor Magno. Buenos Aires – Argentina. Círculo Latino Austral S.A. 2008. Pág. 596
[12] GOLSDTEIN. Mabel. Diccionario Jurídico Consultor Magno. Buenos Aires – Argentina. Círculo Latino Austral S.A. 2008. Pág. 595
[13] www.monografías.com

de 1739, “se abrió la posibilidad de dar por terminado al matrimonio mediante el Divorcio-Contrato y posteriormente surge el Divorcio-Sanción. Fueron asimilando varias ordenanzas que planteaban la posibilidad de pedir el divorcio en los casos de:

- Adulterio,
- Por la muerte de unos de los cónyuges,
- Por la condena a pena criminal,
- El abandono del hogar,
- Los excesos
- Sevicia,
- Las injurias graves del uno para con el otro”[14].

Es evidente que algunas de estas causales han sido consideradas e incorporadas en nuestra legislación civil, lo que demuestra la influencia del Derecho Comparado.

4.1.3. Concepto de divorcio

Guillermo Cabanellas, respecto al divorcio manifiesta: “Del latín divortium, del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse

[14] www.monografías.com

como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos”[15].

De acuerdo a esta voz latina es la disolución del matrimonio de pleno derecho, divorcio o ruptura del nexo conyugal por voluntad de uno de los consortes o por causa reconocida judicialmente

Según Julien Bonnecase divorcio “Es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos por causas determinadas y mediante resolución judicial”[16].

El divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial producido en vida de los cónyuges, en virtud de una resolución judicial y en sentido amplio que cada cual va por su lado es para no volverse a juntar.

El Divorcio se puede definir como "la disolución del vinculo matrimonial que deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer otro matrimonio"[17]. También puede ser definido "el Divorcio es la ruptura del vínculo conyugal, pronunciado por tribunales, a solicitud de uno de los esposos (Divorcio por causa determinada) o de ambos (Divorcio por mutuo consentimiento) sanción resultante

---

[15] CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, 27ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2002, pág. 291.
[16] BONNECASE, Julien, 2000, Tratado Elemental de Derecho Civil, (Parte A) Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, Volumen 1, Editorial Harla, México D.F., 2000, pág. 251.
[17] www.mografías.com

de una acción encaminada a obtener la disolución del matrimonio"[18].

A mi criterio este autor dirige el concepto de divorcio en la separación temporal o definitiva de la vida en común de los cónyuges, sus términos van dirigidos que se produce el divorcio por la voluntad de ellos, o por un acto que no permite la ley como el abandono o la sevicia, estableciéndose su trámite de acuerdo a la ley y conlleva a consecuencias producto del mismo divorcio como los efectos que produce entre los ex cónyuges, el alimento a los hijos, etc.

Otros autores definen al divorcio como la "disolución del matrimonio legítimamente contraído. Ya entre los romanos era la separación absoluta del marido y la mujer, hecha con arreglo a las leyes, de modo que cada uno de ellos podía casarse inmediatamente con otra persona"[19].

En sí, el divorcio se trata de la ruptura del vínculo matrimonial pronunciada por decisión judicial como consecuencia de la demanda interpuesta por uno de los cónyuges o por ambos y fundada en las causales que la ley determina.

---

[18] GOLSDTEIN. Mabel. Diccionario Jurídico Consultor Magno. Buenos Aires – Argentina. Círculo Latino Austral S.A. 2008. Pág. 231

[19] ROMBOLA, Nestor Dario; REBOIRAS, Lucio Martín. DICCINARIO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Editorial Ruy Díaz. Buenos Aires- Argentina. 2004. Pág. 316

4.1.4. Historia del divorcio en el Ecuador

Hasta 1902 en el Ecuador solamente existió aquella modalidad mal llamada de divorcio, que permite la separación de cuerpos dejando subsistente el matrimonio, y que estaba bajo la jurisdicción de la autoridad eclesiástica, de conformidad con lo prevenido en el artículo 163 del Código Civil de 1889.

El proyecto original de la Ley de Matrimonio Civil de 1902 no pretendía ir más allá de ese divorcio desvincular, pero en el curso de su discusión la Cámara del Senado introdujo el divorcio con disolución de vínculo, aunque quedó limitado a la causal de adulterio y con la prohibición para el cónyuge culpable de contraer nuevo matrimonio dentro de los diez años siguientes al divorcio.

Por ley de 1904 se agregaron dos nuevas causales: el concubinato público y escandaloso del marido y la autoría o complicidad en crimen contra la vida del cónyuge. En 1910 se estableció el divorcio por mutuo consentimiento en cuyo caso el plazo para contraer nuevas nupcias se reducía a dos años.

El Decreto N° 112 de 1935 introdujo una serie de importantísimas reforma encaminadas a facilitar el divorcio. Se abolió el llamado

divorcio desvincular, se incorporó la causal de separación con ruptura de relaciones conyugales por más de tres años y se creó el divorcio tácito que fue suprimido en 1940.

En el mes de noviembre de 1958 se restableció el viejo divorcio desvincular presentándolo bajo la cuestionada figura de la separación conyugal judicialmente autorizada, que constó en los artículos 223 al 233 del Código Civil, hasta que fue suprimida por la Ley N° 43 de 1989. Esta misma ley, que introdujo importantes reformas al régimen de la familia, modificó las causales de divorcio de injurias graves y de separación de hecho.

En la actualidad el divorcio es un derecho debidamente garantizado en el texto normativo a favor de los cónyuges; sin embargo el trámite para lograr la disolución del vínculo matrimonial se vuelve cada vez más tedioso y difícil de lograr cuando se trata de comprobar la existencia de alguna causal que amerite poner fin al matrimonio; incluso algunas causales son casi imposibles de comprobar como la incompatibilidad de caracteres o el adulterio por lo que el legislador debería incorporar en la Ley los medios idóneos a través de los cuales se lograría comprobar la causa por la cual se solicita el divorcio

4.1.5. El derecho notarial

El derecho notarial "es la rama del derecho empresarial, corporativo y público que estudia y regula la actuación notarial al igual que los instrumentos notariales, los cuales por cierto son protocolares y extraprotocolares, al igual que los procesos notariales. En cuanto a su ubicación existen pocos autores que han estudiado la del derecho notarial, sin embargo, de acuerdo a nuestras incesantes investigaciones es en el derecho público"[20]. Por lo cual es claro que los requisitos de los instrumentos notariales no pueden ser acordados o modificados por acuerdo de partes, sino que son los que establecen las correspondientes normas notariales, y de otras ramas del derecho como por ejemplo del derecho civil.

Para Mengual y Mengual el derecho notarial es aquella "rama científica del Derecho Público que constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales, mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder público"[21].

[20] GOLSDTEIN. Mabel. Diccionario Jurídico Consultor Magno. Buenos Aires – Argentina. Círculo Latino Austral S.A. 2008. Pág. 439
[21] www.monografías.com

El derecho notarial es rama de la ciencia donde predomina tal denominación par lo fedatarios públicos por excelencia, siendo una colectividad formada por lo notarios en una circunscripción o de todo un país

En el Tercer Congreso Internacional de Derecho Notarial se estableció que el derecho notarial es el "conjunto de disposiciones legislativas reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial"[22].

José María Sanahuja y Soler define el derecho notarial como la "parte del ordenamiento jurídico que, por conducto de la autenticación y legalización de los hechos que hacen la vida normal de los derechos asegura el reinado de esta última"[23].

"Guillermo Cababellas define el derecho notarial como los principios y normas reguladoras de la organización de la función notarial y de la teoría formal del documento público"[24].

Es decir, podemos afirmar que dentro del derecho positivo el derecho notarial es el conjunto normas jurídicas que determinan la

[22] www.monografías.com
[23] www.monografías.com
[24] CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. Editorial Heliasta. Buenos Aires – Argentina. 1996. Pág. 324

competencia notarial, así como regulan la actuación de los notarios cuya principal función es la escritura pública. Sin embargo, es necesario precisar que la competencia notarial comprende a los instrumentos públicos notariales protocolares, instrumentos públicos notariales extraprotocolares.

El objeto del Derecho Notarial es la creación del Instrumento Público. El contenido del Derecho Notarial es la actividad del Notario y de las partes en la creación del Instrumento Público.

El derecho notarial, se caracteriza porque:

1. "No existen derechos subjetivos en conflicto; por ello se dice que actúa en la fase normal del derecho;
2. Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público ;
3. Se aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad a fin de concretar los derechos subjetivos;
4. Es un Derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el Derecho Público y el Derecho Privado"[25].

En sentido amplio, el campo de actuación del Notario es la jurisdicción voluntaria dada la certeza y la seguridad jurídica que

[25] hpt/derechonotarial.com

el Notario confiere a los hechos y actos que autoriza es derivada de la fe pública que ostenta.

4.2. MARCO JURÍDICO

4.2.1. Formas de terminación del matrimonio

El matrimonio es un contrato por el cual un hombre y una mujer, establecen entre sí una unión que la ley regula y que no pueden disolver a su gusto. No obstante, el matrimonio no es indisoluble, puede terminar por causas que la Ley ha previsto.

Las causas de terminación del matrimonio, en la legislación civil ecuatoriana, están determinadas en el Art. 105 del Código Civil, que señala: "El matrimonio termina:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges;
2. Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;
3. Por sentencia ejecutoriada que conceda la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,
4. Por divorcio"[26].

[26] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 65

Como se deduce de la disposición citada las causas de terminación son acontecimientos posteriores al matrimonio, cuyos efectos no son retroactivos.

Para efectos de mejor comprensión y entendimiento las causas de terminación del matrimonio son estudiadas individualmente en las siguientes páginas.

La Muerte.

Actualmente, no existe en el Ecuador, o más bien no ha sido contemplada otra forma jurídica de terminar la personalidad civil de las personas, que la muerte. Así lo establece expresamente el Art. 64 del Código Civil que señala: "La persona termina con la muerte"[27]. La muerte no es más que la cesación de la vida, y de los signos biológicos y físicos que caracterizan la vitalidad del ser humano.

Una de las normas más universales en el ámbito del derecho es la que considera a la muerte como el "término final de la existencia

[27] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 29.

jurídica"[28]. Además hoy día, prácticamente en todo el mundo, es la muerte la única causa de terminación de la existencia legal.

Los comentarios anteriores permiten comprender fácilmente por qué la muerte ha sido considera como primera causa para la terminación del matrimonio, puesto que al morir uno de los cónyuges termina su existencia legal y consecuentemente el vínculo matrimonial con el cónyuge sobreviviente.

La muerte de uno de los cónyuges ha sido considerada como la forma natural de terminar el matrimonio. En todos los ordenamientos jurídicos de países civilizados se admite esta forma de terminación del matrimonio. La muerte termina el matrimonio de forma inmediata, es decir no se requiere ninguna declaración, inscripción o formalidad, que declare terminado el matrimonio por muerte.

La sentencia ejecutoriada que declara la nulidad del matrimonio.

La segunda causal de terminación del matrimonio, es la nulidad del mismo, declarada por sentencia judicial ejecutoriada.

[28] GEORGES Pipert, Marcel. Derecho Civil. Primera Serie. Volúmen 8. Oxford UNiversity Press México. S.A. México DF. 2004. Pág. 114

Arturo Alessandri, define a la nulidad como: "La sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado."[29] La nulidad es aquel desconocimiento que hace la ley en razón de que un determinado acto no ha cumplido con los requisitos en ella establecidos.

Siendo el matrimonio un contrato solemne, la nulidad puede provenir: a) incapacidad de los contrayentes; b) existencia de algún vicio en el consentimiento matrimonial; c) falta de alguna solemnidad esencial exigidas para su celebración"[30]. La nulidad suele obedecer a la existencia de impedimentos dirimentes que crean condiciones especiales para que un matrimonio no pueda celebrarse válidamente.

Cuando haya sido demandada la nulidad del matrimonio por el cónyuge afectado por cualquiera de las causas anteriormente manifestadas, y se haya desarrollado la respectiva acción judicial para obtener la declaración de nulidad, una vez que ésta haya sido resuelta mediante sentencia ejecutoriada que efectivamente declare

[29] ALESSANDRI BESA, Arturo, La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno, Imprenta Universitaria, Santiago-Chile, 1848, pág. 4.
[30] GEORGES Pipert, Marcel. Derecho Civil. Prime0ra Serie. Volúmen 8. Oxford UNiversity Press México. S.A. México DF. 2004. Pág. 114

nulo el matrimonio del demandante, se produce la terminación del matrimonio.

La sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

Esta causal se fundamenta en lo que el Código Civil ecuatoriano denomina muerte presunta; que es aquella muerte declarada por el Juez y jueza en atención a las reglas legales, respecto de un individuo que ha desaparecido y de quien se desconoce si vive o no.

El proceso de declaración de muerte presunta involucra tres períodos fundamentales que son: el período de mera ausencia del desaparecido, el período de posesión provisoria de sus bienes, y el período de posesión definitiva.

El inciso segundo del Art. 76 del Código Civil, manifiesta: "En virtud de la posesión definitiva cesan las restricciones impuestas por el Art. 74, y se da por terminado el matrimonio, si el desaparecido hubiere sido casado"[31].

Esta cita es el referente básico para determinar el por qué se considera como tercera causal de terminación del matrimonio la

[31] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 27.

sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. Vale recalcar que la causal no se refiere a la sentencia que declara la muerte presunta del desaparecido; sino al decreto de posesión definitiva de sus bienes.

4.2.2. Clasificación del divorcio.

Respecto a la clasificación del divorcio de acuerdo con el Código Civil ecuatoriano, se puede determinar la existencia del divorcio consensual y del divorcio contencioso o controvertido.

El Código Civil ecuatoriano prevé que "el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado"[32].

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

[32] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador. 2008. Pág. 36

4.2.2.1. Divorcio contencioso

Divorcio contencioso, es el solicitado por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro. Según las legislaciones, debe cumplirse un plazo desde la celebración del matrimonio, salvo que exista riesgo de vida, de integridad física, de libertad, indemnidad sexual, integridad moral, de los hijos, de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Es un procedimiento largo y costoso, tanto en lo económico, como en lo emocional. Según las circunstancias, es posible tramitar conjuntamente o previo al divorcio, las medidas provisionales destinadas a regular la custodia de los hijos y situación patrimonial de los cónyuges.

El divorcio contencioso, exige la presentación de una demanda por intermedio de un abogado, y da lugar a un proceso judicial, que culmina con el divorcio contencioso, el cual disuelve el vínculo matrimonial, y termina con las obligaciones y beneficios de los cónyuges. Excepto las obligaciones para con los hijos, pues estas nacen del parentesco sanguíneo y no del vínculo matrimonial.

Se entiende por divorcio contencioso aquel que se plantea en virtud de la existencia de alguna de las causas que la Ley dispone para la terminación del matrimonio.

El Código Civil ha previsto que son causas de divorcio:

"1a.- El adulterio de uno de los cónyuges;

2a.- Sevicia;

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

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

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

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

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

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

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

10a.- La condena ejecutoriada a reclusión mayor; y,

11a.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges"[33].

Considero pertinente hacer el análisis de cada una de las causales de divorcio que el legislador ha previsto en el Código Civil ecuatoriano.

4.2.2.1.1. El adulterio.- Raúl Goldstein, define al adulterio así: "(Del latín adulterium, de adulterare, viciar, falsificar). Ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno o los dos casados"[34]. Es entonces el adulterio la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge. Desde los más antiguos tiempos se castigaba el adulterio con las penas más crueles, especialmente la muerte generalmente de la mujer adúltera, pero tanto la penalidad como la incriminación fueron declinando con el tiempo, hasta llegar a la exclusión del adulterio como delito de algunos Códigos Penales modernos, como en el caso de nuestro país.

---

[33] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 45.

[34] GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, 2ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1985, pág. 32.

Consistiendo el adulterio en la relación sexual sostenida por cualquiera de los cónyuges fuera del matrimonio, es necesario acreditar principalmente el hecho de tal relación para configurar la causa de divorcio. Obviamente se trata de una prueba dificultosa que normalmente sólo será posible a través de los medios concurrentes para llegar a formar una presunción suficientemente fundada.

El adulterio para ser considerado como causal del divorcio debe estar configurado por los siguientes elementos:

- "La existencia de un matrimonio válidamente celebrado, ya que si el matrimonio no es válido no existe adulterio.
- Que exista una relación sexual extraconyugal. Es decir que se determine la existencia de la unión carnal mantenida con una persona distinta al cónyuge demandante.
- Que la relación adúltera sea acreditada, es decir que se sumen al respectivo proceso pruebas que determinen que realmente existió la relación sexual fuera del matrimonio"[35].

Al analizar la causal de adulterio, puedo decir que este es un acto inmoral, considerado incluso como pecado mortal y grave como lo señala la religión católica y del producto del adulterio también la

[35] PARRAGUEZ RUIZ, Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen I, Personas y Familia, Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, 2009, pág. 290.

mujer casada al tener relaciones sexuales con una persona que no es su marido puede dar a luz un hijo que no es del marido, hecho que produce sin duda alguna un daño casi irreparable.

4.2.2.1.2. La sevicia. La segunda causal de divorcio que establece el Art. 110 del Código Civil, es definida por Luis Parraguez Ruiz cuando escribe: "Podemos concluir que la sevicia consiste en malos tratamientos tanto corporales o por vías de hecho como morales, cuya habitualidad y gravedad revelan crueldad excesiva por parte del autor, al mismo tiempo que son suficientes para poner en peligro la vida, la integridad o la salud de quien los sufre"[36].

Esta causal radica entonces en el maltrato corporal o moral que sufre el cónyuge demandante de parte de su pareja, comportamientos que deben estar caracterizados por la habitualidad con que suceden y la crueldad con que actúa el agresor, además deben significar un grave peligro para la vida, integridad o salud de la víctima de sevicia. De lo anterior se deduce que la sevicia tiene como víctima a uno de los cónyuges, en cuyo caso no se presenta problema jurídico para intentar la demanda, personalmente me surge la inquietud en cuanto a los maltratos habituales y graves que pueden sufrir los hijos, ya que estimo que en este caso el cónyuge que no los comete puede

[36] PARRAGUEZ RUIZ, Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen I, Personas y Familia, Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, 2009, pág. 290.

demandar el divorcio al responsable de sevicia en contra de los hijos, para ello sería oportuno que el legislador ecuatoriano extienda esta causal especificando el hecho de que se entenderá por sevicia tanto el maltrato al cónyuge demandante, como también el maltrato causado en la persona de los integrantes de la familia.

4.2.2.1.3. Injurias graves y actitud hostil. Esta causal corresponde al numeral 4º del Art. 110 del Código Civil, su texto corresponde a la reforma introducida por la Ley No. 43 de 1989 que vino a solucionar una serie de dificultades que se planteaban con la versión antigua. La más importante es que con anterioridad a la reforma aludida la causal se configuraba como injurias graves y actitud hostil; es decir, requería la concurrencia de los elementos injuria y hostilidad, lo que ocasionaba frecuentes confusiones de prueba y de interpretación. Hoy día, se puede apreciar que en realidad estamos en presencia de dos causales distintas estrechamente hermanadas: la injuria y la actitud hostil, que exigen, por lo mismo, un tratamiento diferenciado.

Luego de la reforma de 1989 al artículo 110 del Código Civil ha quedado más claro el papel de la actitud hostil en el estudio de las causales de divorcio. Ya no es la acompañante o complemento de las injurias graves, como ocurría antes de la reforma

La injuria se define como toda expresión proferida o acción ejecutada por uno de los cónyuges que menoscaba la justa susceptibilidad y consideración del otro; en tanto que la actitud hostil es más bien el atacar, agredir, molestar al otro cónyuge de manera insistente, es un comportamiento de agresión sistemática que revela inequívocamente la intención del cónyuge agresor de causar molestias al cónyuge agredido.

El Art. 489 del Código Penal ecuatoriano menciona: "La injuria es: Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y no calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra, o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto"[37].

El Art. 490 del mismo Código penal, señala: "Las injurias no calumniosas son graves o leves:

Son graves: 1o.- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado; 2o.- Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas; 3o.- Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el

[37] CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 27.

estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; y, 4o.- Las bofetadas, puntapiés, u otros ultrajes de obra.

Son leves las que consisten en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado"[38].

El juez y jueza para dictar sentencia de divorcio por esta causal tercera del Art. 110 del Código Civil, debe considerar el tipo de injuria que ha propiciado el cónyuge culpable de estas injurias. Debe considerar en esta clase de injurias, el grado de gravedad de la injuria, y cual fue el daño que le ha causado dentro de su profesión, como ciudadano o dentro de la sociedad al cónyuge ofendido.

Pero más grave que las injurias es la actitud hostil, la forma como todos los días y constantemente se repiten las mismas expresiones, en el hogar, esto constituye un daño psicológico y la falta de armonía para poder vivir dentro del matrimonio.

4.2.2.1.4 "Amenazas graves de un cónyuge contra la vida de otro". Guillermo Cabanellas, define a la amenaza como: "Dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos

[38] CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 27.

inmediato de causar un mal"[39]. De modo que para los efectos de nuestro estudio podemos definir la amenaza como el dar a conocer o entender un cónyuge al otro su intención de ocasionarle un daño.

Para la configuración de esta causal, el artículo 110 exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) La acción de amenazar, consistente, como ha quedado dicho, en la promesa de ocasionar un daño;
2) Que la amenaza se dirija contra el otro cónyuge, lo que excluye las que afectan a sus parientes.
3) Que la amenaza sea grave. Normalmente entendemos por amenaza grave aquella que consiste en la promesa de un mal de cierta consideración e importancia. La expresión "grave" debe tomarse aquí como sinónima de peligrosa y desde este punto de vista no será causa de divorcio cuando aparezca que la amenaza se formula sin la intención real de cumplirla o cuando resulta irrealizable su cumplimiento, es decir, si no se advierte un peligro serio para la integridad personal de quien alega la amenaza grave como causal de divorcio;

4) Que sea contra la vida del otro cónyuge. Concretamente la amenaza debe consistir en la promesa de privar de la vida al

[39] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, 27ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 272.

otro cónyuge. Cualquier otra amenaza, por grave que ella parezca, queda fuera de esta causal, lo que no impide que pueda configurar una causal distinta, de acuerdo a las circunstancias (sevicia, injurias graves);

4.2.2.1.5. "Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro como autor o cómplices"[40].- La tentativa es un momento o fase del proceso de desarrollo del delito (iter criminis), que se da cuando se verifican ciertos actos idóneos y conducentes a la realización del mismo sin que éste llegue a consumarse, ya sea porque el propio agente ha desistido de la intención criminal o porque han intervenido factores ajenos a su voluntad. Se trata en consecuencia de una forma de delito imperfecto. Maggiore la define como "un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por la irrealización de resultado".[41]

Según el artículo 16 del Código Penal ecuatoriano la "tentativa consiste en la práctica de actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito cuando la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica"[42].

---

[40] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008. Pág. 65
[41] MAGGIORE, Giussepe, Derecho Penal, Edit. Temis, Bogota- Colombia, 1972, pág. 134.
[42] CODIGO PENAL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2009. Pág. 10

Puesto que la tentativa es una noción eminentemente penal, se plantea el problema de determinar si es necesario que se la declare previamente en juicio penal, para entenderla configurada como causal de divorcio.

Desde mi punto de vista, el texto de la causal 5ª del artículo 110, al utilizar vocablos como tentativa, autor y cómplice, está haciendo inconfundibles referencias a nociones penales, motivo por el cual sólo pueden establecerse por la jurisdicción penal, en un proceso de dicha naturaleza. Por lo tanto, para invocar esta causal de divorcio, creo que es necesario que la tentativa y las calidades de autor o de cómplice sean calificadas previamente por el juez y jueza penal.

4.2.2.1.6. "El hecho de que dé a luz la mujer durante el matrimonio un hijo concebido antes siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código"[43].- Se ha incluido esta causal de divorcio en el grupo de aquellas que implican un atentado en contra del deber de fidelidad que se deben los cónyuges, porque si bien no existe en este caso una infidelidad expresada en unión sexual, como ocurre en el adulterio, la hay en cuanto debe

[43] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008. Pág. 65

estimarse infidelidad de la mujer el no haber comunicado al marido la circunstancia en la cual contraía matrimonio.

Del numeral 6o. del artículo 110 se desprenden los siguientes requisitos que deben concurrir para que se configure la causal en estudio:

1) Alumbramiento durante el matrimonio. El nacimiento del hijo debe producirse durante el matrimonio, razón por la cual se excluye el ocultamiento al marido, por parte de la mujer, de un hijo habido antes de matrimonio y del que sólo se le comunica después de la celebración del mismo.

2) Concepción anterior al matrimonio. El hijo se reputa concebido antes del matrimonio cuando nace antes de los 180 días siguientes a su celebración. Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 233, si el nacimiento se produce después de dicho plazo, se presume su concepción dentro del matrimonio y como asimismo la paternidad del marido.

3) Que el padre haya reclamado contra la paternidad del hijo. Esta exigencia pone de manifiesto que el hijo no debe tener como padre al marido. En consecuencia, se trata de un hijo concebido de otro hombre, puesto que sólo en tal hipótesis podrá el padre reclamar contra la paternidad.

4) Que exista sentencia ejecutoriada que declare que el hijo nacido en matrimonio no pertenece al marido.

Considero acertada esta disposición por cuanto la concepción de un hijo cuyo padre no es el esposo de la futura madre, constituye un hecho reprochable y nocivo en contra del cónyuge que ha sufrido este daño. Además en estos casos es necesario precautelar los derechos del neo nato, que bajo estas circunstancias debe ser reconocido por su verdadero padre.

4.2.2.1.7. "Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o por cualquiera de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos"[44]. - El Art. 110 contempla como causal 7ª de divorcio, los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos.

Corromper es viciar, pervertir a una persona, hacerla actuar de un modo vicioso y contrario a lo que establecen las buenas costumbres. Se advertirá de partida que nos encontramos con un concepto extraordinariamente relativo y difícil de precisar frente a cada situación concreta. Evidentemente hay casos en los que esta causal aparece con cierta claridad, como sucede cuando el marido pretende prostituir a su mujer, a una hija, o conducirlas a prácticas sexuales anormales, como la homosexualidad.

[44] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008. Pág. 65

Para finalizar el análisis de esta causal debo enfatizar que los actos ejecutados por el cónyuge culpable, deben realizarse con el fin específico de corromper, exigencia que permitirá en cada caso establecer con mayor certeza la presencia de esta causal de divorcio.

4.2.2.1.8. "El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole"[45].- Para que se verifique esta causal es preciso, en consecuencia, que la enfermedad reúna los tres requisitos señalados en el texto citado: que sea grave, o sea capaz de poner en peligro serio la vida de quien la padece; que sea incurable, factor que se apreciará de acuerdo a los avances de la ciencia médica en cada momento; y que sea contagiosa o transmisible a la prole, con lo que se protege tanto la integridad y salud del otro cónyuge y de los hijos habidos en el matrimonio, como la de aquellos que podrían nacer en el futuro, de subsistir el matrimonio.

Se observará que este numeral estima la gravedad de la enfermedad en base al dictamen de tres médicos designados por el

[45] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008. Pág. 65

juez para tal efecto. En mi opinión también el establecimiento de la gravedad debió dejarse en manos del dictamen pericial, puesto que si bien existen ciertas enfermedades cuya gravedad es generalmente reconocida, su verdadera dimensión sólo puede establecerse luego del examen concreto de cada paciente.

Hay que tener presente que dentro de esta causal no se encuentran comprendidas las enfermedades mentales, puesto que el artículo 126 del Código Civil, señala expresamente que no procede el divorcio en caso de que uno de los cónyuges se hubiese vuelto demente o sordomudo, o que no puede darse a entender por escrito.

4.2.2.1.9. "El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario, o en general, toxicómano"[46].- La ebriedad a que se refiere esta causal es la habitual, aquella que refleja dependencia del alcohol; y excluye, por consiguiente, las diversas situaciones posibles de embriaguez ocasional.

Lo mismo sucede con respecto a las toxicomanías. No basta entonces, el simple consumo de sustancias tóxicas, sino la adición en términos de dependencia.

[46] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008. Pág. 65

Esta causal también no parece del todo acertada, pues como sabemos tanto el alcoholismo como la toxicomanía, son enfermedades de grave complejidad y de alto impacto social y personal, por lo que más bien estimo que quienes sufren requieren de la ayuda de sus cónyuges a fin de poderla superar con la ayuda de los medios farmacológicos y clínicos pertinentes.

4.2.2.1.10. "La condena ejecutoriada a reclusión mayor"[47]. - Para algunos autores esta causal de divorcio se justifica plenamente puesto que, a su juicio, no sería posible la existencia de armonía conyugal si uno de los cónyuges es condenado por delito común. Ello parece tan claro y absoluto.

Los requisitos que deben reunirse para la configuración de esta causal 10ª del artículo 110, son los siguientes:

1) Condena de uno de los cónyuges a reclusión mayor. El Código no ha atendido en esta materia al tipo específico de delito, sino más bien a una categoría genérica, expresada en la pena;
2) Ejecutoriedad de la condena. Para que la causal se perfeccione es preciso que la condena se encuentre ejecutoriada, esto es, que no sea susceptible de recursos ulteriores. En el caso de que se plantee el recurso de revisión

[47] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008. Pág. 65

de la sentencia condenatoria por parte del demandado, no existiría el fundamento necesario para alegar esta causal;

3) Finalmente, la condena debe producirse durante el matrimonio. El Artículo 110 no exige esta condición, pero ella nos parece de elemental lógica y justicia, y así se sostiene por la mayor parte de la doctrina. En efecto, si una persona contrae matrimonio con otra que ha sido condenada, está aceptando tal circunstancia, de manera que no existe razón para que posteriormente se fundamente en ella para demandar la disolución del vínculo conyugal. Por otra parte, si al momento de celebrarse el matrimonio no conocía de la condena por habérselo ocultado el otro contrayente, estaríamos en presencia de una falta de fidelidad que podría autorizar el divorcio por otra causa, la de injuria grave, pero no por la que comenté.

La alegación de esta causal también atenta contra el principio de ayuda mutua en todas las circunstancias de la vida que se establece como deber y derecho de los cónyuges en el Art. 134 del Código Civil.

4.2.2.1.11. "El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente"[48]. -Esta

[48] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008. Pág. 65

causal se fundamenta en el abandono voluntario y sin justificación, es decir, sin que medie motivo alguno, el cónyuge abandona el hogar por lapso superior a un año, luego de que hubiere transcurrido este período de tiempo el cónyuge abandonado puede demandar el divorcio.

El inciso segundo de la disposición antes citada, señala que si el abandono hubiere durado más de tres años el divorcio puede ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

Esta causal no es ejecutable si se ha producido la reconciliación de los cónyuges, o si eventualmente existen relaciones conyugales que no permitan la calificación del abandono definitivo.

"En lo que fuere aplicable, las causas previstas en este artículo, serán apreciadas y calificadas por el juez y jueza, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse.

El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más

de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11a. de este artículo"[49].

"Esta causal de divorcio se traduce en el alejamiento voluntario y malicioso de uno de los cónyuges con intenciones de no regresar al mismo. La comprobación judicial de esta causal de divorcio puede determinar la culpabilidad del cónyuge que hizo abandono, pudiéndosele aplicar así sanciones que la ley prevea, como por ejemplo ser obligado al pago de cuota alimentaria a favor del cónyuge inocente"[50].

El abandono conyugal es un hecho que se concreta cuando cualquiera de lo cónyuges con el propósito de sustraerse de sus deberes de cohabitación o asistencia, constituyendo una de las causales de divorcio, que se califica como voluntario si carece de factores que lo justifiquen y de malicioso si se trata de un propósito deliberado y manifiesto de sustraerse del cumplimiento de los deberes conyugales.

El abandono implica la ausencia prolongada y definitiva de uno de los cónyuges de la causa conyugal, con el ánimo de dar moralmente por terminada la relación marital.

---

49 CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008. Pág. 65

50 DICCIONARIO JURÍDICO RUY DÍAZ, Ciencias Jurídicas, Editorial Rafael Zoccotti, Bogotá-Colombia, 2005, pág. 43

El cónyuge que ocasiona el abandono no podrá demandar el divorcio por esta causal, si es que no han transcurrido tres años desde la fecha en que se produjo dicho abandono, pues no puede ser de otra manera, porque de estipularse un tiempo menor se estaría dando facilidades para que cualquier hombre o mujer que desee liberarse de las obligaciones y compromisos que significa el hogar y la unión matrimonial, simplemente proceda a abandonar a su cónyuge y a su familia, y en poco tiempo pueda divorciarse y probablemente conformar otro grupo familiar destinado a sufrir las mismas nefastas consecuencias.

En cambio, el legislador ha pretendido que la ley sea más benigna con el cónyuge que sufre el abandono, y es por ello que a este le permite demandar el divorcio por esta causal luego de que ha transcurrido un año desde el momento que se produjo el abandono.

Luego del análisis pormenorizado de cada una de las causales de divorcio previstas en el Código Civil se puede concluir que el divorcio contencioso, es el solicitado por alguno de los cónyuges, sin o contra la voluntad del otro, cuando se da alguna de las circunstancias o causales del artículo 110 del Código Civil.

Las causas enumeradas anteriormente presuponen una falta cometida por uno de los cónyuges, por lo que en estos casos el divorcio aparece como una sanción al esposo culpable que ha cometido alguna violación a las obligaciones que le impone el matrimonio.

El Divorcio por causales requiere de medios probatorios que permitan fundamentar la razón por la que se quiere dar por terminado el vínculo matrimonial; sin embargo, no siempre se logra demostrar la existencia de una causa fundamentada, por lo difícil que resulta comprobar los hechos; tal es el caso del adulterio por lo que esta causa es muy poco utilizada en el país, debido a lo complicado que resulta el procedimiento de la prueba. Esta causa es la real en muchos de los casos, pero legalmente se utiliza cualquiera de las otras más comunes que faciliten el procedimiento a seguir. La causal de adulterio para poder ejercer la acción de divorcio, es antiquísima, lo recoge la legislación de casi todos los países y la nuestra le concede al cónyuge inocente, la posibilidad de divorciarse por esta casual.

Es preciso indicar además que la causal de divorcio, cualquiera que esta sea debe surgir durante el matrimonio: Uno de los hechos cometidos por los esposos sólo puede ser considerado como causas del divorcio, si estos han surgido durante el matrimonio. Los

sucesos ocurridos antes del matrimonio no pueden ser retenidos como causas del divorcio.

Además, el Divorcio Contencioso es la vía menos recomendable. Las dificultades se traducen en una duplicidad de trámites, gastos y duración del proceso, debido a la existencia de dos partes confrontadas tratando de dirimir sus diferencias y, en consecuencia, debiendo practicar pruebas para corroborar sus alegaciones. Además, los divorcios contenciosos suelen derivar en confrontaciones directas que es conveniente evitar en la medida de lo posible.

4.2.2.2. Divorcio por mutuo consentimiento

El divorcio por mutuo consentimiento es aquel decidido por ambos cónyuges y declarado por sentencia judicial. Esta modalidad se encuentra contemplada en el Art. 107, cuyo encabezamiento expresa: "Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por intermedio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges..."[51]

[51] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 45.

Si bien se califica de consensual, puesto que nace de la voluntad conjunta de ambos cónyuges de poner término al matrimonio, puede darse el caso de que suscite cuestiones de orden contencioso en el curso del procedimiento judicial, como sucede cuando no hay acuerdo entre los cónyuges en lo relativo a la situación en que quedarán los hijos menores.

El Art. 107 del Código Civil manifiesta: "Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto el consentimiento se expresa del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez o jueza de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

1.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;

2.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,

3.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes primordiales de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos"[52]

Para este tipo de divorcio tendrán que presentar la demanda cumpliendo lo que determina el Art. 107 en sus literales 1,2 y 3, y a esta demanda deberá adjuntarse copias certificadas del Acta de

[52] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 25

Matrimonio, partidas de nacimiento de los hijos habidos en el matrimonio.

La Ley ha previsto en el caso del divorcio contencioso que "transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez o jueza de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos[53].

Dado que en el trámite de divorcio por mutuo consentimiento puede darse el caso de que los cónyuges no lleguen a acuerdo, la Ley ha previsto que "el juez o jueza concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

[53] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 25

1a.- A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2a.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez o jueza que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez o jueza alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez o jueza, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará

que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia"[54].

El divorcio por mutuo consentimiento es, sin duda, el más aconsejable. Las principales ventajas son las siguientes:

Mayor rapidez y sencillez en los trámites

- Menor costo económico
- El divorcio de mutuo acuerdo es el procedimiento más rápido y menos traumático de obtener el fin perseguido por las partes en los procesos matrimoniales.

4.2.2.3. Diferencias entre el divorcio contencioso y el divorcio por mutuo consentimiento

[54] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 26

La ley y la jurisprudencia determinan importantes diferencias entre el divorcio consensual y el divorcio contencioso, entre las que están:

1) La manifestación de las causas que originan el divorcio, factor determinante y característico del divorcio contencioso que no encontramos en cambio en el consensual.
2) La limitación de las causas que, para el caso del divorcio contencioso, se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 110. Tratándose del divorcio consensual las causas subyacentes son indiferentes al derecho.
3) La acción de divorcio. El divorcio consensual puede solicitarse en cualquier tiempo que los cónyuges lo decidan, mientras en el caso de divorcio contencioso la acción solamente puede ejercitarse dentro del plazo de un año contado en la forma prescrita en el artículo 124 del Código Civil.
4) El divorcio consensual se somete a un procedimiento de carácter no contencioso que se caracteriza por faltar la contienda entre las partes y cuya reglamentación se contiene en los artículos 107 y siguientes del Código Civil.

Partiendo del efecto común y principal de disolución del vínculo matrimonial, el divorcio consensual y el contencioso difieren en ciertas consecuencias del orden secundario. Efectivamente, en el

divorcio contencioso la circunstancia de que uno de los cónyuges haya dado lugar al divorcio por su culpa trae aparejada algunos efectos jurídicos de consideración, tales como las inhabilidad para la protección de los hijos, la pérdida a derecho de la quinta parte de los bienes de otro cónyuge, eventual indignidad para suceder etc.

En síntesis, el divorcio consensual en la legislación ecuatoriana puede caracterizarse como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que solamente procede en virtud de sentencia judicial y que puede dar origen a incidentes de carácter contencioso. El divorcio contencioso, es en cambio, el solicitado por alguno de los cónyuges, sin o contra la voluntad del otro, cuando se da alguna de las circunstancias o causales del artículo 110 del Código Civil.

4.2.3. Ley Notarial y el divorcio por mutuo consentimiento

El divorcio por mutuo consentimiento también puede ser propuesto ante el Notario de acuerdo a lo previsto en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, aunque de manera restringida, ya que textualmente el artículo prevé: "Son atribuciones de los notarios además de las constantes en otras leyes: numeral 22) Tramitar divorcios por mutuo consentimiento únicamente en los

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

posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición"[55].

Como se observa los requisitos previos para que el Notario pueda disolver el matrimonio mediante divorcio consensual son:

1. Que no tengan hijos menores de edad: La minoría de edad, es la "situación en la que se encuentra quien todavía no ha cumplido la edad que la Ley considera necesaria para la obtención de la emancipación por mayoría de edad"[56].

La palabra menor, concebida en sentido general tiene algunas acepciones. El connotado tratadista, Guillermo Cabanellas define a este término de la siguiente forma: "De dimensiones mas reducidas, menor de edad, más joven, de menos años."[57]

El mismo autor, refiriéndose concretamente al término menor de edad, lo define como aquel, "quien no ha cumplido todavía los años que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total autonomía de padres y

[55] LEY NOTARIAL DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2009. Pág. 8
[56] GOLDSTEIN, Mabel. DICCIONARIO JURIDICO CONSULTO MAGNO. Círculo Latino Austral S.A. Buenos Aires- Argentina. 2008. Pág. 378
[57] CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMETAL: décimo quinta edición, 2001. P. 254.

tutores”[58]. Por analogía, el que no ha alcanzado el límite de edad determinado para realizar algún acto por su iniciativa.

El Dr. Manuel Sánchez Zuraty, también aporta con su criterio con respecto a la definición de menor de edad y nos dice: “Es la persona que no ha llegado a cumplir dieciocho años de edad”[59].

El Código Civil, en el Art. 21, preceptúa: “Llámese infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.”[60]

De acuerdo a esta definición, absolutamente clara, es menor de edad, al menos para el derecho ecuatoriano, todo aquel que aún no ha cumplido dieciocho años de edad, y obviamente, es mayor de edad, quien ha cumplido dicha edad. Esto permite deducir, que para el legislador ecuatoriano, la edad en que un individuo alcanza la madurez física y psicológica suficiente para ser sujeto capaz de obligaciones y derechos es a los dieciocho años de edad.

---

[58] CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMETAL: décimo quinta edición, 2001. P. 254.
[59].- SANCHEZ Zuraty Manuel. PRACTICA PENAL. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2002
[60]. CODIGO CIVIL: CORPORACIÓN de Estudios y Publicaciones, Art. 21

2. Que no tengan hijos bajo su dependencia: Esta disposición se refiere al hecho de que los cónyuges, para solicitar el tipo divorcio contemplado en la Ley Notarial deben tener hijos emancipados, es decir que no dependan económicamente de ellos. La emancipación "es la figura legal mediante la cual los menores de edad adquieren la plena capacidad civil aun antes de alcanzar la mayoría de edad, aunque pueden serle restringidos ciertos actos. Puede hablarse de dos diferentes tipos de emancipación, a saber, la emancipación dativa o también llamada por habilitación de edad, por un lado, y la emancipación por matrimonio, por otro lado"[61].

Sin las condiciones antes detalladas no se puede proponer ante el Notario el divorcio por mutuo consentimiento; sino que tendría que hacérselo ante un Juez o jueza de lo Civil, tal como lo determina la Ley.

Este tipo de Divorcio que se realiza ante un Notario pretende que las partes se pongan de acuerdo para divorciarse porque no pueden seguir conviviendo, pero que al mismo tiempo no quieren someterse a litigios ni contradicciones, sino que acuden ante un Notario Público a fin de levantar un Acta denominada de Convenciones y Estipulaciones conteniendo todos los aspectos que han de regular esa separación aparentemente amistosa.

[61] ROMBOLA, Nestor Dario; REBOIRAS, Lucio Martín. DICCINARIO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Editorial Ruy Díaz. Buenos Aires- Argentina. 2004. Pág. 316

Es el caso de la Ley Notarial que faculta al Notario Público para que éste autorice la disolución del vínculo matrimonial, mediante divorcio por mutuo consentimiento, cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia, se puede observar que dicho disposición casi guarda igual redacción en lo referente al tiempo que tiene el Juez o jueza para dictar la sentencia, con lo previsto en el Art. 108 del Código Civil, es decir, deben transcurrir sesenta días para que se lleve a efecto la audiencia en la que los cónyuges de no manifestar propósito contrario, expresen de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

Indiscutiblemente el Art. 18 en su numeral 22) de la Ley Notarial, hablando en términos pragmáticos, no ofrece ninguna solución a las parejas que, por evitar trámites engorrosos y lentitud procesal, deciden divorcio extrajudicialmente. No tiene sentido acudir ante un Notario del cantón en el que tienen su domicilio los cónyuges, para proponer el divorcio por mutuo consentimiento si igualmente tienen que esperar el mismo tiempo que el que implica su trámite vía judicial.

Plazo para convocar a lo cónyuges a la Audiencia de Conciliación. Según Armando Cruz Bahamonde "estas es única

parte oral de los juicio, en ella se encuentran el Juez, y las partes interesadas; y comienza por la exposición del demandado para presentar las excepciones que se crea asistido, lo que se reduce a escrito, hecho lo cual el Juez debe invitar a las partes para que concilien sus intereses opuestos."[62]

En lo que se refiere a la conciliación, este mecanismo de inmediación procesal en nada se diferencia de la Junta de Conciliación, pero que en las audiencias se incluye tanto la contestación a la demanda , cuanto la providencia judicial que abre la causa a prueba, los jueces y las partes le dan una definida y merecida importancia.

La Ley Notarial faculta al Notario Público para que éste autorice la disolución del vínculo matrimonial, mediante divorcio por mutuo consentimiento, cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia, se puede observar que dicho disposición guarda similar redacción en lo referente al tiempo que tiene el Juez para dictar la sentencia, con lo previsto en el Art. 108 del Código Civil, es decir, deben transcurrir sesenta días para que se lleve a efecto la audiencia en la que los cónyuges de no manifestar propósito contrario, expresen de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

[62] CRUZ Bahamonde, Armando. ESTUDIO CRITICO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Volumen II, 2da edición. Editorial Edino. Pág. 28 2001

Indiscutiblemente el Art. 18 en su numeral 22) de la Ley Notarial, hablando en términos pragmáticos, no ofrece ninguna solución a las parejas que, por evitar trámites engorrosos y lentitud procesal, deciden divorcio extrajudicialmente. No tiene sentido acudir ante un Notario del cantón en el que tienen su domicilio los cónyuges, para proponer el divorcio por mutuo consentimiento si igualmente tienen que esperar el mismo tiempo que el que implica su trámite vía judicial.

En la práctica diaria pocos son los jueces que le prestan necesaria atención; y menos aun los que asumen el papel de conciliadores que la ley les asigna; debiendo observarse que en este tipo diligencias la participación activa del juez. La indiferencia judicial, presente en la mayor parte de esta clase de juicioso, es dañina a la justicia y a su buena administración; por eso no justifica la existencia que en los juicios o procesos de divorcio por mutuo consentimiento, tenga que trascurrir el término de sesenta días, para que el Juez pueda convocar a la Audiencia de Conciliación a las partes, si puede hacérselo de manera inmediata en el caso de los Notarios y el lapso de ocho a quince días en el caso de los Jueces de lo Civil.

4.2.4. La vulneración del principio de celeridad y eficacia procesal en los trámites de disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio por mutuo consentimiento.

El Art. 169 de la Constitución de la República dispone que: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal…"[63]

Partiendo desde un enfoque meramente etimológico del término celeridad proviene del latín "celerĭtas, -ātis que significa prontitud, rapidez, velocidad"[64]. Según el Diccionario de la Lengua Española "celeridad significa rapidez, presteza, prontitud, actividad, vivacidad, diligencia, velocidad"[65]

Aplicado al ámbito jurídico-procesal, indiscutiblemente la celeridad procesal constituye la premura a través de la cual es posible lograr que las normas procesales puedan canalizar de manera efectiva el cumplimiento de las normas sustantivas ante los tribunales de

[63] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ediciones – Legales. Quito – Ecuador. 2009. Pág. 67
[64] DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Arquetipo Grupo Editorial. Pág. 50. Buenos Aires-Argentina. 2002.
[65] DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Arquetipo Grupo Editorial. Pág. 50. Buenos Aires-Argentina. 2002.

justicia cuando las mismas no se cumplen voluntariamente por los sujetos del derecho.

El principio de celeridad, es pues el que "establece la necesidad de que los procesos judiciales se desarrollen en un tiempo prudencial para evitar la viciosa costumbre de eternizar la sustanciación de dichos procesos con grave detrimento de la justicia que se transforma en injusticia para las partes"[66].

Indudablemente el principio de celeridad procesal, como podemos deducir, está asociado a los principios de inmediación, eficacia, simplificación y agilidad y al fusionarse de manera adecuada, permiten hacer efectiva la aplicación de la justicia de manera ágil, tal como lo exige la sociedad ecuatoriana.

Sin embargo, la lentitud de ciertos procesos, es evidente, la lentitud del proceso adquiere dimensiones dramáticas en los casos importantes, como los juicios de divorcio por esta razón se deben introducir algunas reformas estructurales en el proceso, para acelerar aún más su desarrollo, sin lesionar, de ninguna manera, los principios que caracterizan el debido proceso.

[66] REVISTAS NOVEDADES JURIDICAS. Análisis Mora Constitucional. Ediciones Legales. Pág. 11. Ediciones Legales. Quito- Ecuador. 2005.

La celeridad del proceso se puede lograr mediante algunas medidas que disminuyan el flujo de expedientes que ingresan al sistema. Nuestro sistema procesal es muy rígido respecto de las reglas que permiten excluir el ingreso de causas y al tiempo para evacuar cada una de las diligencias.

La celeridad del proceso requiere la introducción de reglas que permitan una disminución significativa de los asuntos que ingresan al sistema procesal.

Concluyentemente, la celeridad procesal posee trascendental importancia no solo para garantizar la agilidad en los procesos judiciales sino para subsanar el desprestigio que en los últimos tiempos ha sufrido la Función Judicial.

4.2.5. El divorcio en la legislación comparada

Para comparar las disposiciones legales vigentes en nuestro Código Civil Ecuatoriano y la Ley Notarial con la de otros países respecto al divorcio, es preciso previamente conocer el contenido de dichas disposiciones legales en relación a este tema. He considerado necesario por lo tanto realizar un análisis comparativo con las legislaciones de: República Dominicana, Argentina, Francia y México.

REPÚBLICA DOMINICANA.

La instauración del divorcio en la República Dominicana fue sometida por un proyecto de ley del diputado García Martínez, en la sesión del Congreso Nacional del 29 de abril de 1895, en sustitución de la separación personal establecida y reglamentada por los códigos civil y de procedimiento civil, mientras que el divorcio les ofrecía el medio de romper el vínculo que los unía y el de aspirar, a un nuevo matrimonio.

A pesar de la oposición de la iglesia y de los sectores conservadores de la época, el 6 de mayo de 1897 entró en vigencia la "Ley Sobre Divorcio Y Separación De Cuerpos Y Bienes". Durante los primeros años de vigencia de esta ley la mayoría del pueblo Dominicano tuvo abstención y muchos prejuicios, debido a los cuestionamientos religiosos en cuanto a la disolución del vínculo.

"Las causas de divorcio están contenidas en el Capitulo Segundo, Art. 2., de la Ley sobre Divorcio, el cual se plantea como motivo de divorcio, de manera expresa, excluyente y limitativa las siguientes causales:

a) - El mutuo consentimiento de los esposos.

b) - La incompatibilidad de caracteres justificada por hechos cuya magnitud como causa de infelicidad de los cónyuges y de perturbación social, suficientes para motivar el divorcio, será apreciada por los jueces.

c) - La ausencia decretada por el tribunal de conformidad con las prescripciones contenidas en el capítulo II del título IV del libro primero del Código Civil.

d) - El adulterio de cualquiera de los cónyuges.

e) - La condenación de uno de los esposos a una pena criminal. No podrá pedirse el divorcio por esta causa si la condenación es la sanción de crímenes políticos.

f) - Las sevicias o injurias graves cometidas por uno de los esposos respecto del otro.

g) - El abandono voluntario que uno de los esposos haga del hogar, siempre que no regrese a el en el término de dos años. Este plazo tendrá como punto de partida la notificación auténtica hecha al cónyuge que ha abandonado el hogar por el otro cónyuge.

h) - La embriaguez habitual de uno de los esposos, o el uso habitual o inmoderado de drogas estupefacientes

El Divorcio se puede obtener de las siguientes maneras:

- A requerimiento de ambos esposos cuando los mismos manifiestan, de manera inequívoca y en conjunto, su deseo de separarse.
- Puede también ser obtenido a solicitud de una de las partes, cuando la vida en pareja se hace insostenible e irreconciliable, debido a las diferencias de tal magnitud que la única salida viable es la de recurrir a la separación definitiva…

…El Artículo 3 de la Ley de Divorcio señala "Toda acción de divorcio por causa determinada se incoará por ante el Tribunal o Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial en donde resida el demandado, si éste tiene residencia conocida en la República; o por ante el de la residencia del demandante en caso contrario"[67]

En república Dominicana existen dos procedimientos para el divorcio:

a) El procedimiento ordinario de divorcio: Este procedimiento debe tener una causa específicamente establecida por la Ley de Divorcio

b) El procedimiento de divorcio especial o Divorcio "Al vapor". Es un procedimiento instituido especialmente para extranjeros o

[67] DÍAZ, Guadalupe: EL DIVORCIO- Monografías, com., http://www.monografias.com/trabajos12/eldivorc/eldivorc.shtml

dominicanos no residentes en el país en caso de divorcio por mutuo consentimiento.

Al igual que en el procedimiento ordinario de divorcio, y debido a que los cónyuges se divorcian por mutuo consentimiento, la ley exige que se suscriba un acuerdo formal de separación donde se hagan constar cuestiones como la división o partición de los bienes de la sociedad conyugal

El divorcio a Vapor se estableció en República Dominicana mediante la Ley No. 142 de fecha 4 de Junio del año 1971, publicada en Gaceta Oficial No.9229.43 siendo en su esencia y en los aspectos procedimentales similar al divorcio por mutuo consentimiento.

El Divorcio al Vapor se instituyó en República Dominicana para brindar soluciones satisfactorias ágiles, sobre todo a aquellas personas que contraigan matrimonio en otro país.

A las personas que optan por realizar este tipo de divorcio no se les exige el cumplimiento de las formalidades previstas para los dominicanos que eligen el mutuo consentimiento, sobre todo en lo que tiene que ver con el tiempo de matrimonio ni con la edad de los cónyuges.

ARGENTINA

El Código Civil de la Republica Argentina, en el libro Primero, Título I del Matrimonio, en su capitulo XI se refiere a la disolución del matrimonio:

Art. 213.- El vínculo matrimonial se disuelve:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges;

2. Por el matrimonio que contrajese el cónyuge del declarado ausente por presunción de fallecimiento;

3. por sentencia de divorcio vincular."[68]

En su capítulo XII establece el divorcio vincular y señala como causas las siguientes:

"Art. 214.- Son causas de divorcio vincular:

1. Las establecidas en el art. 202

La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el art. 204."[69]

---

[68] Código Civil de la República Argentina: Libro Primero De las Personas, Título I Del Matrimonio, http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm

[69] Código Civil de la República de Argentina: Obra Citada

Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges , en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente, que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir el divorcio vincular.

Las acciones relacionadas con el divorcio vincular, y las que versen sobre los efectos del matrimonio, se deben plantear ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado.

Durante el juicio de separación personal o de divorcio vincular, y aún antes de su iniciación en caso de urgencia, el juez dispondrá, a pedido de parte, medidas de seguridad idóneas para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, o hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Podrá ordenar ciertas medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de que fueren titulares los cónyuges.

Se extingue la acción de separación personal o la de divorcio vincular y cesan los efectos de la sentencia de separación personal, cuando los cónyuges se reconcilian, al reanudar la cohabitación, sus relaciones de pareja.

FRANCIA

La legislación de Francia contempla varios tipos de divorcio:

1. "El divorcio por consentimiento mutuo,

2. El divorcio por culpa, y;

3. El divorcio por el cese de la convivencia conyugal.

...El divorcio por consentimiento mutuo puede dictarse por solicitud de ambos cónyuges o por solicitud de uno de ellos, pero con el consentimiento del otro.

...Divorcio por culpa, cuando uno de los cónyuges es responsable de una serie de hechos que constituyan un incumplimiento grave o repetido de los deberes y obligaciones propios del matrimonio y que hagan insostenible el mantenimiento de la convivencia conyugal, entre las causales tenemos la del adulterio.

... Divorcio por cese de convivencia conyugal; si la convivencia conyugal ha cesado desde hace por lo menos seis años o si las facultades de uno de los cónyuges se han alterado con gravedad desde hace seis años"[70]

[70] INTERNET. El divorcio en Francia

MÉXICO

El Código Civil Vigente en el Estado de Veracruz, define al divorcio en su capítulo V, artículo 140 que a la letra dice: "El Divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro"[71]

En México existen tres clases de divorcio, los cuales son el Divorcio Contencioso, el Voluntario y el Administrativo. Aunado a los anteriores señala también la separación de cuerpos que propiamente no es un divorcio.

"El divorcio contencioso.- Podemos definir el Divorcio contencioso o también llamado divorcio necesario como aquel que lo pide el cónyuge inocente cuando el otro ha cometido uno de los hechos establecidos en los artículos l41 y 142 del Código Civil Vigente en el Estado de Veracruz y que se consideran como causales de divorcio

...Ahora bien dicho divorcio contencioso o necesario sigue los siguientes pasos: El cónyuge inocente presenta su demanda ejercitando la acción de divorcio con fundamento en alguna de las causales señaladas en el artículo 141 del Código Civil Vigente en el

[71] Código Civil de México: Titulo Quinto - Capitulo X - Del divorcio (articulos 266-291) http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro1/l1t5c10.html

Estado de Veracruz, en dicha demanda deberá exhibir las pruebas con las que acredite su acción de divorcio.

...El divorcio voluntario.- El divorcio voluntario lo regula el artículo 141 del Código Civil Vigente en el Estado de Veracruz, en cual lo enumera dicho artículo como la causal de divorcio número dieciséis.

...El procedimiento del divorcio voluntario o judicial se realiza de la siguiente manera: Que ambos cónyuges convengan en divorciarse, sea cual fuere su edad, tengan hijos o no hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.

...Ambos cónyuges presentarán su escrito de divorcio ante el Juez de su domicilio, al cual le agregarán el acta de matrimonio, acta de nacimiento de los hijos y sobre todo un convenio.

...En el convenio que anexen los cónyuges a divorciarse deberá establecerse lo siguiente: Se designará la persona a quien quedarán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento de divorcio como una vez ejecutoriado el mismo. El modo de Subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como una vez ejecutoriado el mismo.

...La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento como una vez ejecutoriado el mismo, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge deberá pagar al otro durante el procedimiento, la forma como debe hacer el pago y la garantía que deba darse al asegurado.

...Una vez realizado lo anterior, el juez señalará día y hora para una audiencia que deberá celebrarse a los cinco días de presentada la solicitud. En esa audiencia con intervención del Ministerio Público adscrito al juzgado antes señalado, en el que se completará la personalidad de los interesados y se denunciara el convenio que anexen los promoventes.

....En la misma audiencia resolverá el juez; aprobando el convenio exhibido por los cónyuges en su solicitud. Una vez emitida la resolución por el juez del conocimiento, éste expedirá copia certificada de las diligencias a los interesados para que se presenten ante el Encargado del Registro Civil. Los interesados se presentarán ante el Encargado del Registro Civil que corresponda y con un escrito exhibirán la resolución del juez donde les autoriza divorciarse, el Encargado del Registro Civil previa identificación de los consortes levantará una acta donde hará constar la solicitud de divorcio, y los citará para que ratifiquen dicha acta a los quince días. El Encargado del Registro Civil los declarará divorciados

levantando la acta respectiva y realizando la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior."[72]

...El divorcio administrativo.- Este tipo de divorcio se llevará ante el Registro Civil del domicilio de los cónyuges; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y que es su voluntad divorciarse, todo esto lo realizarán a través de una solicitud por escrito de un abogado dirigido a dicho Encargado del Registro Civil.

"Articulo 272. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentaran personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobaran con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestaran de una manera terminante y explicita su voluntad de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantara un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citara a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del

[72] Código Civil de México: Obra Citada

Registro Civil los declarara divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia."[73]

Han sido diversas las posiciones asumidas por las distintas legislaciones en cuanto al divorcio como institución del derecho de familia y de la manera o forma como lo han reglamentado. Efectivamente, existen países que mantienen una posición que podríamos llamar tradicional, según la cual se consagra la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Otros asumen una posición intermedia, consagrando tanto el divorcio como la separación de cuerpos a voluntad de las partes interesadas, y una tercera que considera que cuando el matrimonio sufre serios quebrantos y los cónyuges no quieren vivir más juntos, solo cabe el divorcio.

73 Código Civil de México: Obra Citada

Al analizar los artículos referentes al tema de estudio, he podido constatar que en estas legislaciones se coincide que con el fin de evitar una mal peor se hace necesario el divorcio.

Es importante manifestar que en todas las legislaciones para dar paso a la sentencia de divorcio primeramente se debe resolver la situación en la que van a quedar los hijos de los cónyuges que desean divorciarse

En conclusión al análisis de estas legislaciones puedo manifestar que:

- La característica más común en todas las legislaciones, es que para que se de el divorcio, debe existir la voluntad de uno o de ambos en divorciarse.
- En el fondo la mayoría de países protegen o desean proteger, a las personas y por lo tanto consideran que un divorcio puede evitar males peores dentro del matrimonio.

- En casi todas las legislaciones estudiadas, se trata de salvaguardar los intereses de los hijos menores de edad.
- Los códigos civiles de cada legislación, se refieren a diversas formas de divorcio;

En general en todas éstas legislaciones, las expresiones son bastante claras, y parecen referirse todas ellas a que el divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial que une a una pareja.

En definitiva en la mayoría de códigos incluyendo el nuestro, el trámite de divorcio se lo puede hacer ante un juez de lo civil y ante notario pero su trámite es excesivamente aletargado. A diferencia del Código Civil de México en el cual muy acertadamente se hace constar el Divorcio Administrativo, y al que se lo puede llevar a cabo ante el Jefe del Registro Civil. Pues debo manifestar, que como lo he señalado en líneas anteriores no se debe tratar de seguir con un matrimonio que ya no tiene solución y que muchas de las veces puede acarrear un mal peor a los cónyuges. En nuestro país como en otros, es común ver matrimonios donde la fidelidad, el respeto y el amor se han deteriorado o se han perdido.

4.3. MARCO DOCTRINARIO

4.3.1. Principios propios del derecho notarial

El Derecho Notarial, como cualquier otro tipo de derecho se rige por determinados principios, éstos son:

a. **“De Fe Pública**: En si la fe pública es la presunción de veracidad en los actos autorizados por un Notario. Es por ello que el Código de Notariado, en su artículo 1°. establece que: El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

b. **De la Forma**: Es la adecuación del acto a la forma jurídica que mediante el instrumento público se está documentando

c. **De autenticación:** Mediante la firma y el sello se establece que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un Notario.

d. **De inmediación:** El Notario a la hora de actuar siempre debe estar en contacto con las partes. La función notarial demanda un contacto entre el notario y las parte, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público

e. **De Rogación**: La intervención del notario siempre es solicitada, no puede actuar por sí mismo o de oficio.

f. **Del Consentimiento**: El consentimiento es un requisito esencial y debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y aceptación, que queda plasmada mediante la firma de o los otorgantes, expresa el consentimiento.

g. **De unidad del acto**: Este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto

h. **Protocolo:** Al considerarlo como principio, se le tiene como un elemento de necesidad por la ventajas que reporta a las garantías de seguridad jurídica, eficacia y fe pública.

i. **De Seguridad Jurídica:** Este principio se basa en la fe pública que tiene el Notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza.

j. **De Publicidad:** Los actos que autoriza el Notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la personal. Este principio de publicidad, tiene una excepción, y se refiere a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte"[74].

Todos estos principios poseen importancia relevante ya que contribuyen a que el Derecho Notarial contribuya con el progreso del Derecho Privado. Evidentemente, los principios notariales son los que determinan la actuación de los notarios, los cuales no se encuentra consagrados en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero están implícitamente incorporados porque resultan indispensables para que, las normas legales relacionadas con el Derecho Notarial gocen de eficacia.

[74] www.monografías.com

4.3.2. Las funciones notariales dentro del sistema latino

El Notario 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 este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos"[75].

El notario es la persona encargada de dar fe de cuanto acto se realiza ante su presencia, siendo su máximo exponente la escritura pública, es decir, el notario da fe en todos los sistemas jurídicos, sin embargo, sólo en algunos existe escritura pública, en tal sentido esta es una característica que existe en los sistemas jurídicos de la familia jurídica romano germánica que no existe en la familia jurídica anglosajona.

En conclusión se puede afirmar que el Notario:

1. Desempaña una función pública;
2. Le da autenticidad a los hechos y actos;
3. Recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándole forma legal, al instrumento público.

[75] GOLDSTEIN, Mabel. DICCIONARIO JURIDICO CONSULTO MAGNO. Círculo Latino Austral S.A. Buenos Aires- Argentina. 2008. Pág. 692

4.3.3. La lentitud procesal en la evacuación de la diligencia de Audiencia de Conciliación en los trámites de disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio por mutuo consentimiento.

La lentitud procesal en los trámites de disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio por mutuo consentimiento, se refleja en el tiempo que la administración de justicia se demora en la evacuación de cada una de las diligencias que obligatoriamente tienen que cumplirse en estos procesos; a lo que se suma la carga procesal acumulada y otros aspectos que impiden actuar con suficiente agilidad al operador de justicia.

Además existen actitudes dilatorias que deben ser tomados en cuenta para determinar si ha habido un exceso de plazo razonable en el proceso judicial, que se pueden imputar al mismo Juez ya que la responsabilidad última en cualquier caso, respecto del contenido esencial del derecho a un proceso, dentro de un plazo razonable, corresponde siempre al Estado, dada la importancia de una correcta administración de justicia en una sociedad democrática, no solo cuando el impulso procesal compete legalmente a los poderes públicos (procesos en los que se juzga los delitos de acción pública) sino también cuando la iniciativa corresponde por imperio de las normas procesales a las partes

(procedimientos, civiles, comerciales, laborales, administrativos, etc).

La tramitación dilatoria y el abuso de los pliegues y repliegues de las formas procesales, que por su indebida prolongación desconocen los derechos de las partes, sin lugar a dudas constituyen una situación equiparable a la denegación de justicia

No se trata solo de la rapidez con que debe llegar la sentencia que ponga fin al conflicto, sino que también la sentencia sea eficaz.

5. METODOLOGÍA

La presente investigación la desarrollé utilizando diversos métodos, procedimientos y técnicas que permitieron investigar de manera planificada y sistematizada; los métodos utilizados fueron:

5.1. Métodos

- **Método Científico**.- Lo utilicé en los procesos de observación, análisis y síntesis con aplicación de técnicas propias de la investigación socio jurídica
- **Método Histórico**: Realicé un análisis progresivo del matrimonio y las formas de terminación del matrimonio, sobre todo del divorcio por mutuo consentimiento.
- **Método Inductivo**: Este método me permitió, a partir de casos particulares, llegar a una acción generalizadora, a través de la investigación de campo, para lo cual también conté con la información jurídica necesaria para establecer la necesidad de cambios en el marco legal
- **Método Deductivo**: Permitió seguir el proceso desde lo general para conocer las consecuencias particulares del problema jurídico planteado

Métodos con los cuales, profundicé en el conocimiento de la ciencia del Derecho y la naturaleza jurídica de la investigación.

5.2. Técnicas

Emplee técnicas para el acopio de los contenidos teóricos y para la ejecución de la investigación de campo. Para lo primero elaboré fichas nemotécnicas de trascripción y de comentario, así como fichas bibliográficas que me permitieron identificar, seleccionar y obtener la información requerida; mientras que, para la investigación de campo apliqué treinta encuestas a las personas conocedoras del Derecho en lo referente a las Reformas al Art, 18 numeral 22 de la Ley Notarial, entre abogados en libre ejercicio profesional y Jueces de la ciudad de Nueva Loja, así como a Notarios del Cantón, las mismas que se realizaron con sujeción a los objetivos, a la hipótesis y al problema.

Los resultados de la investigación se recopilaron y presentaron en el informe final, denominado Tesis el mismo que se estructuró de acuerdo a las normas establecidas. Los resultados de la investigación de campo se presentan mediante cuadros estadísticos, y gráficos que permitirán una mejor ilustración de los mismos. Todo esto permitió verificar los objetivos y la hipótesis planteados, para finalizar con las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma de reforma legal encaminada a solucionar el problema socio-jurídico investigado.

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta.

Con la finalidad de que el presente trabajo investigativo goce de mayor objetividad, fue necesario recurrir a la aplicación de encuestas con el fin de obtener información y criterios de profesionales en libre ejercicio dentro de la rama del Derecho que tengan conocimiento respecto al tema de investigación.

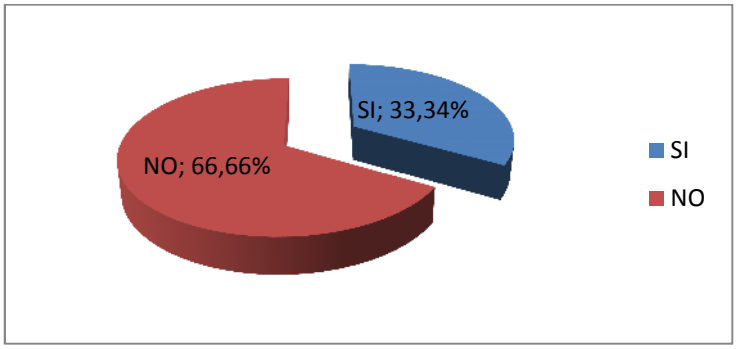
PRIMERA PREGUNTA: ¿Considera Ud. que el divorcio por mutuo consentimiento se encuentra debidamente regulado en la Ley Notarial ecuatoriana?

CUADRO NO. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	10	33.34%
No	20	66.66%
Total	30	100%

AUTOR: JORGE SARITAMA
FUENTE ENCUESTADA: Abogados en libre ejercicio profesional

GRAFICO NO. 1



Análisis:

Al analizar detenidamente las respuestas dadas por los profesionales del Derecho de la localidad, se puede determinar que un gran porcentaje, es decir el 66.66% de la población encuestada afirma que el divorcio por mutuo consentimiento no se encuentra debidamente regulado en la Ley Notarial del Ecuador; por lo que se puede deducir que dichos profesionales han evidenciado la existencia de incongruencias y vacíos dentro de este cuerpo legal. No obstante, el 33.34% de los referidos profesionales considera que este tipo de divorcio si se encuentra plenamente regulado en nuestra legislación, concretamente en la Ley Notarial.

Interpretación

Al respecto, coincido con el criterio de la mayoría de las personas interrogadas pues en base al estudio minucioso realizado a la referida Ley Notarial he podido detectar serias incoherencias que impiden que las normas contenidas en esta ley gocen de seguridad jurídica.

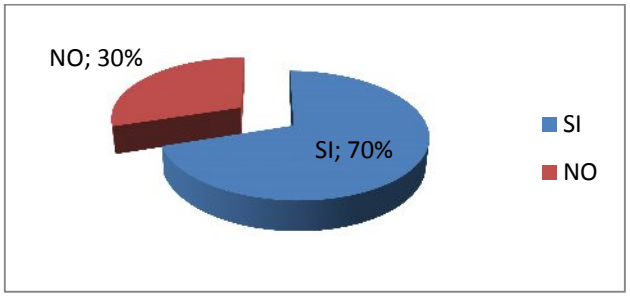
SEGUNDA PREGUNTA: ¿Considera usted pertinente que también los Notarios tengan la facultad de declarar disuelto el vinculo matrimonial mediante el divorcio por mutuo consentimiento según lo previsto en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial?

CUADRO NO. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si No	21 9	70% 30%
Total	30	100%

AUTOR: JORGE SARITAMA
FUENTE ENCUESTADA: Abogados en libre ejercicio profesional

GRAFICO NO. 2



Análisis

Tal como se puede elegir, el criterio predominante pronunciado en esta segunda interrogante, se orienta a aprobar que los Notarios tengan la facultad de declarar disuelto el vinculo matrimonial

mediante el divorcio por mutuo consentimiento según lo previsto en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial; ese es el criterio del 70% de los encuestados. Por su parte, el 30% de los Abogados a quienes se encuestó, manifiesta su inconformidad con esta disposición legal afirmando que con los Jueces o juezas de lo Civil son quienes deben conocer estos casos.

Interpretación

Al respecto considero que esta disposición resultaría eficaz sino fuera por el tiempo que el Notario tiene para declarar disuelto el vínculo matrimonial, el cual supera los sesenta días, es decir, el trámite continúa siendo extenso y tiene la misma duración que cualquier proceso judicial de este tipo; entonces, para qué incurrir en gastos notariales si ante el órgano jurisdiccional ese trámite no tiene ningún valor.

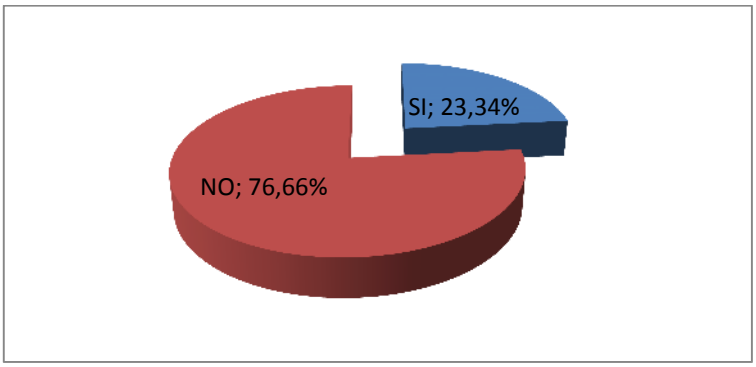
TERCERA PREGUNTA: ¿Considera usted acertado que la Ley Notarial prevea un plazo no menor de sesenta días, para declarar disuelto el vinculo matrimonial en los casos en los que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia?.

CUADRO NO. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si No	7 23	23.34% 76.66%
Total	30	100%

AUTOR: JORGE SARITAMA
FUENTE ENCUESTADA: Abogados en libre ejercicio profesional

GRAFICO NO. 3



Interpretación:

En el planteamiento formulado a los profesionales encuestados, se obtuvo criterios diversos y que sin duda aportan con elementos sustanciales para el presente trabajo investigativo. Es así que el 76,66%, es decir la gran mayoría expresó su inconformidad de que los cónyuges tengan que esperar sesenta días para divorciarse por mutuo consentimiento ante un Notario, cuando lo lógico es que este trámite sea inmediato dado que no existen hijos menores de edad y por parte de los cónyuges hay la firme decisión de separarse. En cambio, el 33,34% manifiesta estar de acuerdo con

esta disposición, ya que lo que opinan que los cónyuges deben contar con tiempo para tomar la decisión más conveniente.

Interpretación

Frente a este hecho opino que, es excesivo el tiempo de espera para disolver el matrimonio por cuanto en este tipo de actos el Estado no tiene intereses que tutelar ya que no hay personas menores de edad y además, porque esta es una decisión intrínseca de cada ser humano y que generalmente se consolida de manera paulatina en mérito a que la relación entre pareja se va resquebrajando poco a poco al punto de querer separarse, por lo que no tiene sentido en que se insista en que permanezcan juntos si esa ya no es la voluntad de las partes.

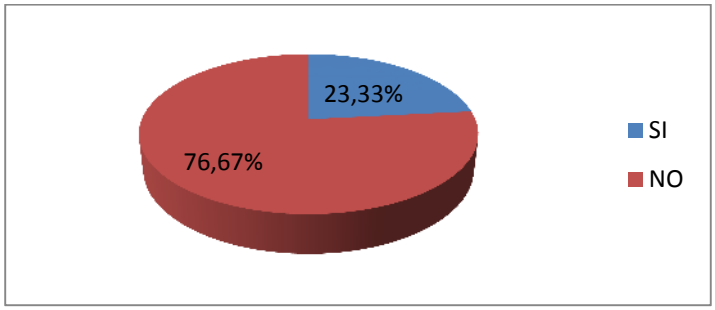
CUARTA PREGUNTA: ¿Como profesional del derecho usted ha propuesto el divorcio por mutuo consentimiento ante algún notario de la localidad, invocando la norma prevista en el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial?

Cuadro No. 4

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	7	23.33 %
No	23	76.67 %
Total	30	100%

AUTOR: JORGE SARITAMA
FUENTE ENCUESTADA: Abogados en libre ejercicio profesional

Gráfico No. 4



Análisis:

En esta interrogante siete personas, que corresponden al 23.33%, contestaron afirmativamente expresando que si han tramitado divorcios por mutuo consentimiento ante algún notario de la localidad, invocando la norma prevista en el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial. Sin embargo, el 76,67% afirma no haber propuesto este tipo de procesos ya que hay que esperar el mismo tiempo que prevé el Código Civil para que se declare terminado el vinculo matrimonial y además los costos son más elevados por lo que no se justifica proponerlo ante el Notario; opinión esta con la que coincido totalmente.

Interpretación

Los trámites de divorcio ante notario no son comunes que se presenten ante el Notario, lo que se observa que el mayor número de divorcios que se presentan es ante los juzgados de lo civil,

siendo ineficaz su planteamiento dentro de la vida profesional de un abogado y de la sociedad en general

QUINTA PREGUNTA ¿Tal como esta prevista la norma en el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial, se puede decir que esta disposición goza de eficacia jurídica?

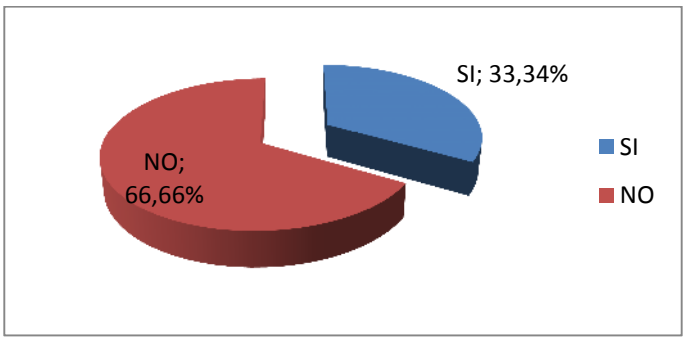
CUADRO NO. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	10	33.34%
No	20	66.66%
Total	30	100%

AUTOR: JORGE SARITAMA

FUENTE ENCUESTADA: Abogados en libre ejercicio profesional

GRAFICO NO. 5



Análisis:

Esta interrogante evidenció la presencia de criterios diversos pues mientras el 70% de los encuestados opina que la norma prevista en

el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial carece de técnica jurídica y practicidad; el 30% opina que lo previsto en la ley antes referida si goza de eficacia jurídica.

Interpretación

Este criterio mayoritario sirve como respaldo de mi trabajo de investigación jurídica pues un gran porcentaje de los encuestados coincide en criticar el contenido del Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, sobre todo en lo que se refiere en el tiempo que hay que esperar para que los cónyuges puedan divorciarse de manera consensual. Esta disposición no ofrece ninguna solución a las parejas que por evitar trámites engorrosos y la lentitud procesal deciden divorciarse extrajudicialmente.

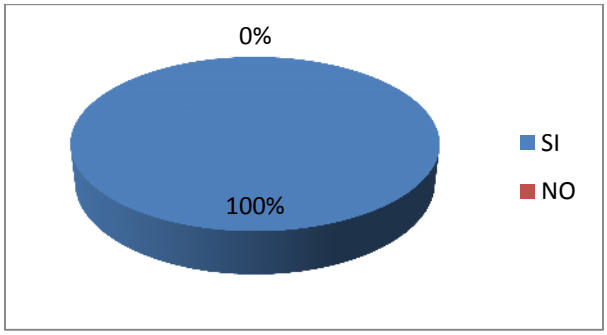
SEXTA PREGUNTA: Cree usted que se debería reformar el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial con la finalidad de que el trámite de divorcio por mutuo consentimiento sea ágil, expedito e inmediato?

Cuadro No. 7

indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si No	30 0	100% 0%
Total	30	100%

AUTOR: JORGE SARITAMA
FUENTE ENCUESTADA: Abogados en libre ejercicio profesional

Gráfico No. 7



Análisis:

Las respuestas obtenidas en este planteamiento, brindan un importantísimo aporte a mi investigación jurídica, que precisamente pretende plantear una reforma al numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial con la finalidad de que el trámite de divorcio por mutuo consentimiento sea rápido e inmediato a fin de que la norma goce de eficacia jurídica, intención que es respaldada por el cien por ciento de los Abogados interrogados, quienes consideran pertinente y necesario reforma legal.

Interpretación

La norma prevista en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial carece de técnica jurídica y practicidad, que debe ser reformada, en la duración del trámite de divorcio, dado que no existen hijos menores de edad y por parte de los cónyuges hay la firme decisión de separarse, la ley notarial debe dar alternativas distintas a la solución de conflictos en el divorcio que se presentan ante un notario.

7. DISCUSION

7.1. Verificación de objetivos

7.1.1. Objetivo General

- **Realizar un estudio jurídico doctrinario en lo que respecta al divorcio por mutuo consentimiento, su trayectoria a través de la historia de la sociedad, su existencia y sus efectos jurídicos.**

Este objetivo se ha cumplido a cabalidad, tal como se puede comprobar en la Revisión de la Literatura en el que realicé un análisis pormenorizado de las normas previstas tanto en el Código Civil como en la Ley Notarial en lo que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, su concepto, requisitos e importancia para el Derecho Positivo.

7.1.2. Objetivos específicos:

- **Realizar un estudio comparativo entre el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento previsto en el Código Civil y el contemplado en la Ley Notarial a fin de**

determinar la factibilidad y eficacia jurídica de lo previsto en el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial.

Este objetivo también se cumplió de manera integral en virtud de que en la presente investigación se realizó un enfoque de las normas en la Ley Sustantiva Civil y en la Ley Notarial, lo que me permitió concluir que la Ley Notarial faculta al Notario Público para que éste autorice la disolución del vínculo matrimonial, mediante divorcio por mutuo consentimiento, cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia, pero dicha disposición casi guarda igual redacción en lo referente al tiempo que tiene el Juez o jueza para dictar la sentencia, con lo previsto en el Art. 108 del Código Civil, es decir, deben transcurrir sesenta días para que se lleve a efecto la audiencia en la que los cónyuges de no manifestar propósito contrario, expresen de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

- **Demostrar la necesidad de Reformar el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial del Ecuador a fin de que esta norma goce de aplicabilidad y eficacia.**

Este objetivo específico lo he cumplido cabalmente, pues aquí he demostrado y he puntualizado la necesidad urgente de presentar

un proyecto de Ley, que reforme el Art. 18 en su numeral 22) pues tal como esta redactada esta disposición, no ofrece una solución diferente a la ya prevista en el Art. 108 del Código Civil. La investigación de campo, específicamente la aplicación de encuestas me permitió demostrar la necesidad de reformar la Ley anteriormente aludida.

- **Realizar una propuesta de reforma legal al numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial.**

El principal objetivo del presente trabajo investigativo fue plantear una propuesta de reforma al numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial, tal como consta en este informe final. Esto con la finalidad de que el trámite de divorcio por mutuo consentimiento sea inmediato y goce de celeridad procesal para coadyuvar de manera oportuna a la solución del los conflictos de las personas.

7.2. Contrastación de hipótesis.

- **El numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial no goza de eficacia jurídica, e impide hacer efectivos los principios de celeridad y economía procesal.**

Esta hipótesis la corroboré categóricamente ya que a través del análisis del numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial, se pudo determinar que efectivamente, esta disposición no es eficaz jurídicamente pues no ofrece ninguna solución distinta a la contemplada en el Código Civil y por lo tanto carece de practicidad. Además impide hacer efectivos los principios de celeridad y economía procesal, por cuanto hay que esperar más de sesenta días para lograr el divorcio, sin que exista una causa justa para dicha espera de tiempo ya que para acogerse a estos trámites es necesario que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia.

7.3. Criterios que fundamentan la propuesta de Reforma Legal.

De manera que, cuando la pareja se plantea un divorcio y no hay más remedio, hay que tomar en cuenta todo lo expresado y procurar el mayor esfuerzo en que no se generen tantos problemas. Aunque parezca difícil, el divorcio debe ser acordado hasta donde se pueda.

Es evidente que si la vida en común ha sido breve puede no haber daño a terceros. Distinta será la situación del matrimonio que se separa luego de décadas de vida en común y el divorcio sorprende a la mujer a una edad avanzada o con hijos menores de edad.

Sabemos, que no todos los divorciantes buscan la disolución de su vínculo para comprometerse en otro, sino lo que desean es acabar con situaciones que no les permiten vivir con felicidad.

Desde otro punto de vista, el divorcio en nuestro país podría ser considerado como un acto enteramente libre de los cónyuges quienes lo deciden y concretan sin intervención judicial, limitándose a registrar la disolución en mecanismos notariales

Seguramente el legislador al momento de crear una norma en la Ley Notarial, facultando al Notario para que éste pueda levantar un Acta denominada de Convenciones y Estipulaciones, declarando en ella el la disolución de vinculo matrimonial por divorcio por mutuo consentimiento, tuvo la intención de facilitar el proceso de divorcio consensual, dándole una opción a las parejas que no tienen hijos menores de edad o bajo su dependencia para que resuelvan su separación de una manera amistosa.

No obstante, esta intención del legislador solo quedo en eso, en una simple aspiración; por cuanto esta disposición guarda igual redacción con lo previsto en el Art. 108 del Código Civil, en lo referente al tiempo que tiene el Juez, jueza o Notario para dictar la sentencia, es decir, deben transcurrir sesenta días para que se

lleve a efecto la audiencia en la que los cónyuges de no manifestar propósito contrario, expresen de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

Por lo tanto, el Art. 18 en su numeral 22) de la Ley Notarial, no ofrece ninguna solución a las parejas que, por evitar trámites engorrosos y lentitud procesal, deciden divorcio extrajudicialmente. No tiene sentido acudir ante un Notario del cantón en el que tienen su domicilio los cónyuges, para proponer el divorcio por mutuo consentimiento si igualmente tienen que esperar el mismo tiempo que el que implica su trámite vía judicial.

Es importante entonces lograr la factibilidad y eficacia jurídica de lo previsto en el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial, esto a su vez contribuirá a descongestionar la administración de justicia, para que los procesos civiles sean más ágiles. Adicionalmente, al reformar el artículo en mención se estaría cumpliendo con los principios de celeridad y eficiencia procesal en los procesos de disolución del vínculo matrimonial por divorcio por mutuo consentimiento.

8. CONCLUSIONES

- La administración de justicia ecuatoriana se ha caracterizado por ser lenta y compleja, por lo general los procesos judiciales demoran mucho más de lo previsto en la Ley.

- El juicio de divorcio es un proceso muy frecuente dentro de la administración de justicia, y generalmente se propone en base a una causal que por lo común es el abandono ya que es el que más fácilmente se puede comprobar dentro del proceso civil.

- En la actualidad el divorcio constituye un hecho habitual en la sociedad ecuatoriana, debido a que existe un cambio de mentalidad de las personas que han dejado de lado los tabúes y el afán de mantener un matrimonio sólo por apariencia.

- El Ecuador cuenta con un sinnúmero de cuerpos legales de distinta índole cuyas normas en ciertos casos se tornan inaplicables en virtud de que no guardan correspondencia con el texto constitucional, o incluso la contradicen o se contraponen unas con otras, este es el caso de la Ley Notarial cuyo numeral 22 del Artículo 18 carece de técnica jurídica y practicidad.

- La Ley Notarial es una clara representación de los cambios que sufre el Derecho, anteriormente los Jueces de lo Civil eran los únicos competentes para conocer todo lo relacionado al divorcio ya sea consensual o contencioso y eran ellos quienes declaraban disuelto el vínculo matrimonial existente entre una pareja. No obstante hoy en día también los Notarios, de acuerdo a lo previsto en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, tienen esa facultad, aunque de manera restringida.

- Los profesionales del Derecho han realizado muy pocas veces el trámite de divorcio por mutuo consentimiento ante un Notario, invocando lo previsto en el numeral 22 del Artículo 18 de la Ley Notarial, por cuanto no han visto en esta disposición ninguna ventaja ya que su texto guarda una redacción similar a la contemplada en el Art. 108 del Código Civil sobre todo en cuanto al tiempo que hay que esperar para que se resuelva su disolución.

- Es necesario reformar el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial por cuanto es excesivo el tiempo de espera para disolver el matrimonio. Además en este tipo de divorcio el Estado no tiene intereses que tutelar ya que no hay hijos menores de edad y por cuanto esta es una decisión intrínseca de cada ser humano.

- La solución para evitar los divorcios no es crear trabas legales que prolonguen el trámite de disolución del vínculo matrimonial; lo ideal es concienciar previamente a las parejas de la importancia que tiene el matrimonio y la necesidad de estar seguros de la decisión de casarse.

9. RECOMENDACIONES

- Es necesario que la Asamblea Nacional reforme y adecue todos los cuerpos legales existentes en el país y de ser el caso derogue ciertas leyes que no tienen vigencia o que se contradicen con otros cuerpos normativos; solo así se podrá hacer efectiva la seguridad jurídica.

- La Asamblea Nacional, debe crear leyes que gocen de eficacia jurídica y sobre todo que permitan solucionar los conflictos legales que a diario se le presentan al ciudadano común; dicha solución debe llegar de manera ágil, oportuna y expedita y la Ley debe cumplir con ese fin.

- La administración de la justicia debe cumplir con los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal consagrados en la Constitución; de esta manera evitaría que los procesos judiciales tarden mucho en resolverse e impediría también causar perjuicios al usuario del servicio judicial.

- La administración de justicia debe garantizar el irrespeto a los límites temporales dentro de los cuales debe sustanciarse los procesos judiciales, debiendo aclarar que en esta labor también participan los fiscales, abogados y la sociedad en su conjunto.

- El numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial Tramitar no debe prever plazo para que el Notario pueda declarar disuelto el vínculo matrimonial mediante divorcio por mutuo consentimiento los casos en los que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia; sino que el pronunciamiento del Notario tiene que ser inmediato una vez comprobado el hecho de que no hay hijos menores de edad ni bajo la dependencia de los cónyuges.

9.1. Propuesta de reforma legal

LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL

DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que el Art. 169 de la Constitución de la República dispone que: **"**El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal…"[76]

Que el Art. **200 de la Constitución de la República en su parte pertinente prevé que:** Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública.

Que el Art. 18, numeral 22 de la Ley Notarial faculta a los Notarios Públicos puedan conocer y resolver los casos de divorcio por mutuo consentimiento únicamente en los casos en los que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia.

[76] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ediciones – Legales. Quito – Ecuador. 2009. Pág. 67

En ejercicio de la atribución conferida en el numeral 6) del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY NOTARIAL DEL ECUADOR

Art. 1. Refórmese el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial de la siguiente manera:

22. Tramitar divorcios por mutuo consentimiento únicamente en los casos en los que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los comparecientes expresarán en el petitorio, bajo juramento lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un Abogado en libre ejercicio. El Notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas e inmediatamente y en el mismo acto solicitará que los cónyuges ratifiquen de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la

diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales.

Es dado en la sala de sesiones de la Honorable Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los veinte días del mes de noviembre del dos mil diez

Presidente de la H. Asamblea Nacional Secretario

10. BIBLIOGRAFIA

1. BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, (Parte A) Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, Volumen 1, Editorial Harla, México D.F., 2000.
2. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1998.
3. CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009.
4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009.
5. COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Ediciones De Palma, Buenos Aires-Argentina, 1997.
6. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009.
7. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Tomo 3, Vigésima Segunda Edición, 2001.
8. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid-España, 2005.
9. DICCIONARIO JURÍDICO RUY DÍAZ, Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Rafael Zocotti, Bogotá-Colombia, 2005.

10. GARCÍA FALCONÍ, Ramiro, Manual de Práctica Procesal Civil, 1995.

11. http.www.wikipedia_divorcio_mutuo-consentimiento.com.es.

12. LARREA HOLGUÍN, Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Séptima Edición, Quito-Ecuador, 2002.

13. LEÓN GERRÓN, Oscar, El Matrimonio y el Divorcio, Edit. Universidad Central de Quito, Quito-Ecuador, 1975.

14. PARRAGUEZ RUIZ, Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, 1999.

15. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Derecho de Familia, Santiago de Chile-Chile, 1946.

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA.
CARRERA DE DERECHO.

TITULO:

"EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LA INEFICACIA JURÍDICA DE LO PREVISTO EN EL NUMERAL 22 DEL ARTICULO 18 DE LA LEY NOTARIAL DEL ECUADOR"

PROYECTO DE TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TITULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA

AUTOR:

Jorge Guillermo Saritama Saritama

LOJA – ECUADOR
2011

TITULO:

"El divorcio por mutuo consentimiento y la ineficacia jurídica de lo previsto en el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial del Ecuador"

2. PROBLEMÁTICA:

La administración de justicia ecuatoriana se ha caracterizado por ser lenta y compleja, por lo general los procesos judiciales demoran mucho más de lo previsto en la ley, pese a que la misma Constitución de la República proclama que **"**el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal…."[77].

En nuestro medio el irrespeto a los límites temporales dentro de los cuales debe sustanciarse los procesos judiciales, es reiterativo, aunque, no es posible asumir como válido el cuestionamiento de que el vencimiento de los términos procesales es responsabilidad exclusiva de los jueces o de la estructura normativa, porque en la administración de justicia también participan los fiscales, abogados y la sociedad en su conjunto. La responsabilidad de ese proceder cuestionable no solo recae sobre los jueces, sino también se debe considerar lo complejo del asunto a resolverse en el proceso y/o la práctica de los actos procesales de prueba, como las cuestiones prejudiciales, la conducta de las partes procesales,

[77] CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA. Ediciones Legales. Quito-Ecuador. 2009. Pág. 78

mediante manejos dilatorios que provocan demoras censurables, entre otras circunstancias.

Frente a estos acontecimientos, la sociedad ha buscado en la misma ley, soluciones a sus problemas que no impliquen someterse a un engorroso y casi siempre extenso trámite judicial; así mismo los cuerpos normativos han tenido que reformarse constantemente para atender los requerimientos de los ciudadanos.

La Ley Notarial es una clara representación de los cambios que sufre el Derecho, anteriormente los Jueces de lo Civil eran los únicos competentes para conocer todo lo relacionado al divorcio ya sea consensual o contencioso y eran ellos quienes declaraban disuelto el vínculo matrimonial existente entre una pareja. No obstante hoy en día también los Notarios, de acuerdo a lo previsto en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, tienen esa facultad, aunque de manera restringida, ya que textualmente el artículo prevé: "Son atribuciones de los notarios además de las constantes en otras leyes: numeral 22) Tramitar divorcios por mutuo consentimiento únicamente en los casos en los que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los comparecientes expresarán en el petitorio, bajo juramento lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado

por un Abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición con lo previsto en el Art. 107 del Código Civil. El Notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse…"[78].

Esta disposición sin duda resultaría eficaz sino fuera por el tiempo que el Notario tiene para declarar disuelto el vínculo matrimonial, el cual supera los **sesenta días**, es decir, el trámite continúa siendo extenso. Entonces, ¿para qué proponer el divorcio ante un Notario, si el trámite va a tener la misma duración que cualquier proceso judicial de este tipo?; ¿para qué incurrir en gastos notariales si ante el órgano jurisdiccional ese trámite no tiene ningún valor?

Como se observa la norma prevista en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial carece de técnica jurídica y practicidad, porque no tiene justificación la duración del trámite de divorcio, dado que no existen hijos menores de edad y por parte de los cónyuges hay la firme decisión de separarse. ¿Para qué crear más normas que no ofrecen alternativas distintas a la solución de conflictos a las ya existentes?.

[78] LEY NOTARIAL DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2009. Pág. 8

Consecuentemente es necesario reformar el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial con la finalidad de que el trámite de divorcio por mutuo consentimiento sea ágil, expedito e inmediato a fin de que la norma goce de eficacia jurídica.

3. JUSTIFICACION

El Ecuador cuenta con un sinnúmero de cuerpos legales de distinta índole: leyes orgánicas, ordinarias, especiales, reglamentos, ordenanzas, estatutos, etc. cuyas normas en ciertos casos se tornan inaplicables en virtud de que no guardan correspondencia con el texto constitucional, o incluso la contradicen o se contraponen unas con otras. Es el caso de la Ley Notarial que faculta al Notario Público para que éste autorice la disolución del vínculo matrimonial, mediante divorcio por mutuo consentimiento, cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia, se puede observar que dicho disposición casi guarda igual redacción en lo referente al tiempo que tiene el Juez para dictar la sentencia, con lo previsto en el Art. 107 del Código Civil, es decir, deben transcurrir sesenta días para que se lleve a efecto la audiencia en la que los cónyuges de no manifestar propósito contrario, expresen de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

Indiscutiblemente el Art. 18 en su numeral 22) de la Ley Notarial, hablando en términos pragmáticos, no ofrece ninguna solución a las parejas que por evitar trámites engorrosos y lentitud procesal deciden divorcio extrajudicialmente. ¿Qué sentido tiene acudir ante un Notario del cantón en el que tienen su domicilio los cónyuges, para proponer el divorcio por mutuo consentimiento si igualmente tienen que esperar el mismo tiempo que el que implica su trámite vía judicial?.

Este problema merece ser investigado y analizado, más aún cuando es conocida por todos la falta de celeridad procesal en la función judicial, que no coadyuva de manera oportuna a la solución del los conflictos de los usuarios de este servicio.

La actualidad y relevancia del tema hacen de esta investigación un trabajo de interés social dentro del campo del Derecho; que pretende lograr que la Ley Notarial goce de utilidad jurídica.

Para ejecutar este trabajo investigativo cuento con los recursos económicos suficientes, el tiempo y el conocimiento indispensables para sustentar de manera contundente las ideas y propuestas del postulante.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo General

- Realizar un estudio jurídico doctrinario en lo que respecta al divorcio por mutuo consentimiento, su trayectoria a través de la historia de la sociedad, su existencia y sus efectos jurídicos.

4.2. Objetivos específicos:

- Realizar un estudio comparativo entre el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento previsto en el Código Civil y el contemplado en la Ley Notarial a fin de determinar la factibilidad y eficacia jurídica de lo previsto en el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial.
- Demostrar la necesidad de Reformar el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial del Ecuador a fin de que esta norma goce de aplicabilidad y eficacia.
- Realizar una propuesta de reforma legal al numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial.

5. HIPÓTESIS

- El numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial no goza de eficacia jurídica, e impide hacer efectivos los principios de celeridad y economía procesal.

6. MARCO TEORICO

EL MATRIMONIO

DEFINICIÓN DE MATRIMONIO.

La palabra matrimonio tomó el nombre de las "palabras latinas matris munium, que significan *oficio de madre*; aunque con más propiedad se deberá decir carga de la madre"[79].

El matrimonio civil es definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como "el que se contrae de conformidad con lo dispuesto taxativamente en el Código Civil"[80].

Según el Diccionario Jurídico de Ruy Díaz, el matrimonio es la "unión de un hombre y una mujer, bajo las normas previstas por la ley para la validez de dicha institución. Su celebración implica la creación de vínculos de parentesco y conyugalidad, la obligación y el derecho de cohabitación entre los cónyuges, y la aplicación de un régimen patrimonial específico"[81].

Según el Diccionario Jurídico Espasa, matrimonio: "Es el acto jurídico, que origina la relación familiar, consistente en la unión de un hombre y una mujer, para la plena comunidad de vida"[82].

---

[79] CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. Editorial Heliasta. Buenos Aires – Argentina. 1996. Pág. 324

[80] DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Arquetipo Grupo Editorial S.A. Bogotá – Colombia. 2002. Pág. 352.

[81] DICCIONARIO JURIDICO DE RUY DIAZ. Ediciones Calpe. Pág. 565

[82] DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Editorial Espasa Calpe. Madrid-España. 2001. Pág. 1293

En la legislación ecuatoriana, el matrimonio es definido por el artículo 81 del Código Civil que señala: "Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente"[83]. Al respecto, se pueden resaltar los siguientes aspectos que caracterizan al matrimonio en el Ecuador:

- El matrimonio es un **contrato**: Por tal motivo requiere del acuerdo de quienes contraen el matrimonio y el cumplimiento de derechos y deberes. Aunque "en el matrimonio, si bien la voluntad de los contrayentes tiene una función inicial determinante porque es fundamental para su existencia y validez, pierde incidencia después de la celebración matrimonial ya que los efectos del matrimonio se encuentran regulados en forma rígida por la ley, por lo que los contrayentes tienen limitadas posibilidades de alterarlos"[84]. Puede decirse que para efectos estrictamente jurídicos el matrimonio es un contrato por cuanto es un acto constitutivo; y en lo que respecta al estado civil el matrimonio es una institución.
- El matrimonio es un contrato **solemne:** Porque se formaliza el acto en un documento y se realiza ante un oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación y porque para su celebración la

[83] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 34.
[84] LARREA Holguín, Juan. MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador. 1998. Pág. 116

ley exige la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil.

- El matrimonio consiste en la unión de hombre y mujer**:** Este aspecto manifiesta un carácter peculiar del matrimonio, por cuanto ésta a diferencia de los demás contratos, debe realizarse necesariamente entre personas de distinto sexo. En el matrimonio las partes no son más que un hombre y una mujer. En este contexto, la misma Constitución de la República es clara al admitir el matrimonio sólo entre personas de distinto sexo, a diferencia de la unión de hecho que admite la unión de parejas del mismo sexo.
- El objeto del matrimonio es: la procreación, la vida en común y el auxilio mutuo**:** Este carácter resume en definitiva las elementales finalidades del la institución del matrimonio como tal que son principalmente la de perpetuar la especie mediante al procreación de nuevos seres; la de que el hombre y la mujer realicen una vida en común, y que se brinden el auxilio necesario para poder afrontar las situaciones de la existencia y de la familia que se origina con su celebración.

REQUISITOS FUNDAMENTALES PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

"El matrimonio es una verdadera sociedad: las lenguas, las costumbres y las legislaciones de todos los países dan fe de ello"[85]; consecuentemente, requiere de la regulación legal que le de validez y existencia jurídica. El matrimonio, al ser considerado como un acto voluntario de los contrayentes, debe reunir las condiciones previstas en el artículo 146 del Código Civil, es decir: "Que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita"[86]. Como se observa la capacidad y voluntad son elementos constitutivos para la validez del matrimonio, pues la sola falta de capacidad mental o cognoscitiva de uno de los contrayentes que le impida expresar libre y conscientemente su voluntad, da lugar a la nulidad del matrimonio.

Para poder decir que un matrimonio civil es tal, debe contar con tres elementos: voluntad, objeto lícito y solemnidad. En este sentido, es necesario analizar cada uno de los elementos necesarios para la validez del matrimonio

a) **Capacidad de los contrayentes:** "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el

[85] GEORGES Pipert, Marcel. Derecho Civil. Primera Serie. Volúmen 8. Oxford UNiversity Press México. S.A. México DF. 2004. Pág. 114
[86] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador. 2008. Pág. 265

ministerio o la autorización de otra"[87] dice la ley. La capacidad no es otra cosa que la aptitud para ejercer personalmente un derecho o el cumplimiento de una obligación.

b) **Competencia de la autoridad.** En el Ecuador la única "autoridad competente para celebrar el matrimonio, es el Jefe de Registro Civil y Jefe de Área"[88].

c) **Voluntad de los contrayentes:** "La voluntad constituye la "facultad ejercida por una persona relacionada con la posibilidad de optar por diversos caminos de acción y actuar según la elección formulada. Estos caminos de acción comprenden la opción de actuar y la de abstenerse de actuar"[89]. Es decir, los contrayentes manifestar de manera expresa su espontánea voluntad de contraer matrimonio.

d) **Buena fe de los contrayentes**: La buena fe según el derecho constituye "la creencia o persuasión de quien realiza un acto o hecho jurídico, acerca de que el mismo es lícito y está libre de vicios o defectos. El modo sincero y justo con que uno procede en sus contratos, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra"[90]. La buena fe implica pues que, cuando contrae

---

[87] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador. 2008. Pág. 265

[88] LEY DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACION Y CEDULACION. Corporación de estudios y publicaciones. Quito-Ecuador. 2007. Pág. 10

[89] DICCIONARIO JURIDICO DE RUY DIAZ. Ediciones Calpe. Madrid – España. 2001. Pág. 965

[90] DICCIONARIO JURIDICO DE RUY DIAZ. Ediciones Calpe. Madrid – España. 2001. Pág. 165

matrimonio una persona, ésta no oculte alguna prohibición señalada en la ley.

e) **La presencia de testigos hábiles:** El testigo constituye "la persona fidedigna que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos"[91], por lo tanto para que el testigo sea idóneo debe gozar de credibilidad y no estar inmerso en algún tipo de prohibición legal como la toxicomanía, vida licenciosa, etc.

f) **No carecer de impedimentos dirimentes e impedientes:** El impedimento dirimente es el que "estorba que se contraiga matrimonio entre ciertas personas y lo anula si se contrae"[92]; el impedimento impediente es el que "estorba que se contraiga matrimonio por ciertas personas, pero no lo anula si se ha contraído"[93]. Es decir, el impedimento constituye el obstáculo por el cual el representante del Registro Civil debe negarse a proceder a la celebración del matrimonio; por lo tanto el impedimento es un hecho anterior al matrimonio.

g) La presencia de los contrayentes personalmente ante la autoridad del Jefe de Registro Civil o Jefe de Área, o por medio de apoderado.

---

[91] DICCIONARIO JURIDICO DE RUY DIAZ. Ediciones Calpe. Madrid – España. 2001. Pág. 654

[92] DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Ediciones Espasa Calpe. Madrid-España. 2001. Pág.

[93] GEORGES Pipert, Marcel. Derecho Civil. Primera Serie. Volúmen 8. Oxford UNiversity Press México. S.A. México DF. 2004. Pág. 140

h) **Suscripción del acta por los contrayentes:** El acta matrimonial debe ser firmada por el hombre y la mujer que se casan.

i) **Domicilio de los contrayentes**: Todo matrimonio deberá inscribirse en la oficina de Registro Civil, Identificación y Cedulación del domicilio de los contrayentes"[94].

TERMINACION DEL MATRIMONIO

EL DIVORCIO. CONCEPTOS Y CLASES.

Guillermo Cabanellas, respecto al divorcio manifiesta: "Del latín divortium, del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos"[95]. "Es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos por causas determinadas y mediante resolución judicial"[96]. Respecto a la clasificación del divorcio en nuestra legislación, tenemos que de acuerdo con el Código Civil Ecuatoriano, se puede determinar la existencia del divorcio consensual y del divorcio contencioso o controvertido.

---

[94] LEY DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACION Y CEDULACION. Corporación de estudios y publicaciones. Quito-Ecuador. 2007. Pág. 8

[95] CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, 27ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2002, pág. 291.

[96] BONNECASE, Julien, 2000, Tratado Elemental de Derecho Civil, (Parte A) Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, Volumen 1, Editorial Harla, México D.F., 2000, pág. 251.

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Es aquel decidido por ambos cónyuges y declarado por sentencia judicial. Esta modalidad se encuentra contemplada en el Art. 107, cuyo encabezamiento expresa: "Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por intermedio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges..."[97]

Si bien se califica de consensual, puesto que nace de la voluntad conjunta de ambos cónyuges de poner término al matrimonio, puede darse el caso de que suscite cuestiones de orden contencioso en el curso del procedimiento judicial, como sucede cuando no hay acuerdo entre los cónyuges en lo relativo a la situación en que quedarán los hijos menores.

El divorcio por mutuo contencioso también puede ser propuesto ante el Notario de acuerdo a lo previsto en el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, aunque de manera restringida, ya que textualmente el artículo prevé: "Son atribuciones de los notarios además de las constantes en otras leyes: numeral 22) Tramitar divorcios por mutuo consentimiento únicamente en los casos en los que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los comparecientes expresarán en el

[97] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 45.

petitorio, bajo juramento lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un Abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición con lo previsto en el Art. 107 del Código Civil. El Notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse…"[98].

El **divorcio contencioso**, es en cambio, el solicitado por alguno de los cónyuges, sin o contra la voluntad del otro, cuando se da alguna de las circunstancias o causales del artículo 110 del Código Civil

La ley y la jurisprudencia determinan importantes diferencias entre el divorcio consensual y el divorcio contencioso, entre las que están:

5) La manifestación de las causas que originan el divorcio, factor determinante y característico del divorcio contencioso que no encontramos en cambio en el consensual.

6) La limitación de las causas que, para el caso del divorcio contencioso, se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 110. Tratándose del divorcio consensual las causas subyacentes son indiferentes al derecho.

[98] LEY NOTARIAL DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2009. Pág. 8

7) La acción de divorcio. El divorcio consensual puede solicitarse en cualquier tiempo que los cónyuges lo decidan, mientras en el caso de divorcio contencioso la acción solamente puede ejercitarse dentro del plazo de un año contado en la forma prescrita en el artículo 124 del Código Civil.

8) El procedimiento judicial. El divorcio consensual se somete a un procedimiento de carácter no contencioso que se caracteriza por faltar la contienda entre las partes y cuya reglamentación se contiene en los artículos 107 y siguientes del Código Civil.

Art. 110 Código Civil.- Son causas de divorcio:

"1a.- El adulterio de uno de los cónyuges;

2a.- Sevicia;

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

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

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

6a.- El hecho de que de a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado

contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código;

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

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

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

10a.- La condena ejecutoriada a reclusión mayor; y,

11a.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges"[99].

LOS EFECTOS DEL DIVORCIO. Partiendo del efecto común y principal de disolución del vínculo matrimonial, el divorcio consensual y el contencioso difieren en ciertas consecuencias del orden secundario. Efectivamente, en el divorcio contencioso la circunstancia de que uno de los cónyuges haya dado lugar al divorcio por su culpa trae aparejada algunos efectos jurídicos de

[99] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 45.

consideración, tales como las inhabilidad para la protección de los hijos, la pérdida a derecho de la quinta parte de los bienes de otro cónyuge, eventual indignidad para suceder etc.

7. METODOLOGÍA

La presente investigación la desarrollaré utilizando diversos métodos, procedimientos y técnicas que permitan la sujeción de manera planificada y sistematizada; los métodos a utilizarse son:

Métodos

- **Método Científico**.- Lo utilizare en los procesos de observación, análisis y síntesis con aplicación de técnicas propias de la investigación socio jurídica
- **Método Histórico**: Realizaré un análisis progresivo del matrimonio y las formas de terminación del matrimonio, sobre todo del divorcio por mutuo consentimiento.
- **Método Inductivo:** Este método me permitirá, a partir de casos particulares, llegar a una acción generalizadora, a través de la investigación de campo, para lo cual también se dispondrá de la información jurídica necesaria para establecer la necesidad de cambios en el marco legal
- **Método Deductivo:** Permitirá seguir el proceso desde lo general para conocer las consecuencias particulares del problema jurídico planteado

Métodos con los cuales, profundizaré en el conocimiento de la ciencia del derecho y la naturaleza jurídica de la investigación.

TECNICAS

Empleare técnicas para el acopio de los contenidos teóricos y para la ejecución de la investigación de campo. Para lo primero elaborare fichas nemotécnicas de trascripción y de comentario, así como fichas bibliográficas que me permitan identificar, seleccionar y obtener la información requerida; mientras que, para la investigación de campo aplicare treinta encuestas a las personas conocedoras del Derecho en lo referente a las Reformas al Art, 18 numeral 22 de la Ley Notarial, entre abogados en libre ejercicio profesional y Jueces de la ciudad de Lago Agrio, así como a Notarios del Cantón, las mismas que se realizaran con sujeción a los objetivos, a la hipótesis y al problema.

Los resultados de la investigación se recopilarán y presentarán en un informe final, denominado Tesis el mismo que se estructurará de acuerdo a las normas establecidas. Los resultados de la investigación de campo se presentarán mediante cuadros estadísticos, y gráficos que permitirán una mejor ilustración de los mismos.

Todo esto facilitara verificar los objetivos y la hipótesis planteados, para finalizar con las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma de reforma legal encaminada a solucionar el problema socio-jurídico investigado.

8. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

AÑO 2010

ACTIVIDADES / TIEMPO	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Selección del Problema	X																			
2. Elaboración del Proyecto		X																		
3. Presentación del Proyecto			X																	
4. Acopio de la información bibliográfica			X	X	X	X														
5. Aplicación de encuestas y entrevistas							X													
6. Análisis de información								X												
7. Elaboración del borrador del informe final									X											
8. Presentación de tesis a la Autoridad Académica										X										
9. Estudio de tesis por parte del H. Tribunal														X						
10. Sustentación y defensa pública.																		X		

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

9.1. RECURSOS

9.1.1. Recursos Humanos

Autor: Jorge Saritama

Director de Tesis: Por designarse

Población Investigada: Abogados en libre ejercicio de la localidad; Notarios Públicos del cantón.

9.2. Recursos Materiales

- Materiales de Escritorio	$ 100.00
- Material Bibliográfico	400.00
- Fotocopias	50.00
- Levantamiento de textos	250.00
- Transporte y movilización	100.00
- Varios	100.00
Total	**$ 1.000.00**

El total de los costos materiales asciende a mil dólares americanos.

9.3.- Financiamiento

Los gastos de la presente investigación serán solventados con mis propios recursos sin perjuicio de solicitar créditos educativos para el efecto.

10. BIBLIOGRAFÍA

- BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, (Parte A) Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, Volumen 1, Editorial Harla, México D.F., 2000.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1998.
- CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009.
- COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Ediciones De Palma, Buenos Aires-Argentina, 1997.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Tomo 3, Vigésima Segunda Edición, 2001.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid-España, 2005.
- DICCIONARIO JURÍDICO RUY DÍAZ, Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Rafael Zocotti, Bogotá-Colombia, 2005.
- GARCÍA FALCONÍ, Ramiro, Manual de Práctica Procesal Civil, 1995.
- http.www.wikipedia_divorcio_mutuo-consentimiento.com.es.

- LARREA HOLGUÍN, Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Séptima Edición, Quito-Ecuador, 2002.

- LEÓN GERRÓN, Oscar, El Matrimonio y el Divorcio, Edit. Universidad Central de Quito, Quito-Ecuador, 1975.

- PARRAGUEZ RUIZ, Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, 1999.

- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Derecho de Familia, Santiago de Chile-Chile, 1946.

ÍNDICE

CARÁTULA i

AUTORIZACIÓN ii

AUTORÍA iii

AGRADECIMIENTO iv

DEDICATORIA v

1. TITULO 1

2. RESUMEN EN CASTELLANO Y TRADUCIDO AL INGLÉS 1

2.1 ABSTRACT 3

3.- INTRODUCCION 5

4. REVISION DE LITERATURA 10

4.1. MARCO CONCEPTUAL 10

4.1.1. Definición de matrimonio. 10

4.1.2. Origen del divorcio 14

4.1.3. Concepto de divorcio. 19

4.1.4. Historia del divorcio en el Ecuador 22

4.1.5. El derecho notarial 24

4.2. MARCO JURÍDICO 27

4.2.1. Formas de terminación del matrimonio 27

4.2.2. Clasificación del divorcio. 32

4.2.2.1. Divorcio contencioso 33

4.2.2.1.1. El adulterio 35

4.2.2.1.2. La sevicia 37

4.2.2.1.3. Injurias graves y actitud hostil..... 38

4.2.2.1.4. Amenazas graves de un cónyuge contra la vida de otro . 40

4.2.2.1.5. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida

del otro como autor o cómplices 42

4.2.2.1.6. El hecho de que dé a luz la mujer durante el matrimonio un hijo concebido antes siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este código . 43

4.2.2.1.7. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o por cualquiera de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos..... 45

4.2.2.1.8. El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos designados por el juez, como incurable o contagiosa o transmisible a la prole..... 46

4.2.2.1.9. "El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario, o en general, toxicómano..... 47

4.2.2.1.10. La condena ejecutoriada a reclusión mayor..... 48

4.2.2.1.11. El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente 49

4.2.2.2. Divorcio por mutuo consentimiento 54

4.2.2.3. Diferencias entre el divorcio contencioso

y el divorcio por mutuo consentimiento 58

4.2.3. Ley Notarial y el divorcio por mutuo consentimiento 60

4.2.4. La vulneración del principio de celeridad y eficacia procesal

en los trámites de disolución del vínculo matrimonial
mediante divorcio por mutuo consentimiento. 68
4.2.5. El divorcio en la legislación comparada..... 70
4.3. MARCO DOCTRINARIO 84
4.3.1. Principios propios del derecho notarial 84
4.3.2. Las funciones notariales dentro del sistema latino 87
4.3.3. La lentitud procesal en la evacuación de la diligencia de
Audiencia de Conciliación en los trámites de disolución del vínculo
matrimonial mediante divorcio por mutuo consentimiento..... 88
5. METODOLOGÍA 90
5.1 Métodos.....90
5.2 Técnicas.....91
6. RESULTADOS 92
6.1. Análisis e interpretación de la encuesta. 92
7. DISCUSION..... 102
7.1. Verificación de objetivos 102
7.1.1. Objetivo General 102
7.1.2. Objetivos específicos..... 102
7.2. Contrastación de hipótesis. 104
7.3. Criterios que fundamentan la propuesta de Reforma Legal. . 105
8. CONCLUSIONES 108
9. RECOMENDACIONES 111
9.1. Propuesta de reforma legal 113
10. BIBLIOGRAFIA 116

11. ANEXOS..... 118

ÍNDICE 144