



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“REFORMA DEL ART. 108 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN QUE LA CONCURRENCIA DE LOS PROCURADORES JUDICIALES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO CONSENSUAL ATENTA CONTRA EL PROPÓSITO DE RECONCILIACIÓN DE LAS PARTES.”.

TESIS PREVIO A LA OBTENCION
DEL TÍTULO DE ABOGADA

AUTORA: Ana Magdalena Arévalo Barreto

DIRECTOR: Dr. Igor Vivanco Muller, Mg. Sc.

LOJA- ECUADOR
2015

CERTIFICACIÓN

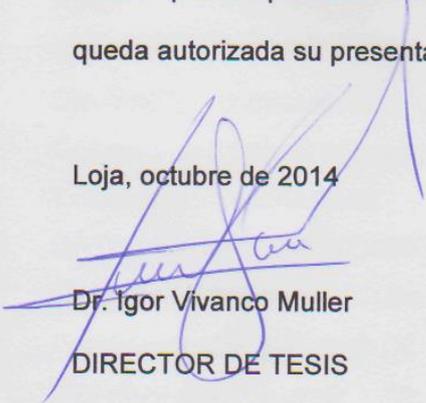
Dr. Igor Vivanco Muller

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, previo a la obtención del Título de Licenciada en Jurisprudencia y título de Abogada, titulado "REFORMA DEL ART. 108 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN QUE LA CONCURRENCIA DE LOS PROCURADORES JUDICIALES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO CONSENSUAL ATENTA CONTRA EL PROPÓSITO DE RECONCILIACIÓN DE LAS PARTES", ha sido dirigido, supervisado y revisado en todas sus partes, el mismo que cumple con los requisitos legales que exige la Institución. Por lo que queda autorizada su presentación.

Loja, octubre de 2014



Dr. Igor Vivanco Muller

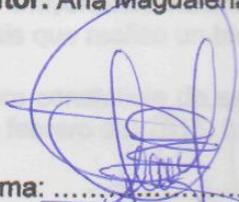
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Ana Magdalena Arévalo Barreto**, portador de la cedula de ciudadanía número 1500332364, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

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

Autor: Ana Magdalena Arévalo Barreto

Firma: 

Cédula: 1500332364

Fecha: Loja, 02 febrero del 2015

Autor: Ana Magdalena Arévalo Barreto

Cédula: 1500332364

Dirección: provincia de Sucumbios, cantón Cachales

Correo electrónico: anaarevalo25@hotmail.com

Teléfono: 0663909908

DATOS COMPLEMENTARIOS

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

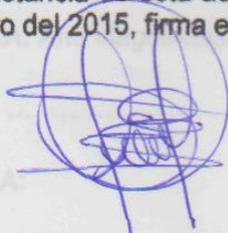
Yo, **Ana Magdalena Arévalo Barreto**, portador de la cedula de ciudadanía número 1500332364, declaro ser autor del presente trabajo de tesis titulada **"REFORMA DEL ART. 108 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN A LA CONCURRENCIA DE LOS PROCURADORES JUDICIALES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO CONSENSUAL ATENTA CONTRA EL PROPÓSITO DE RECONCILIACIÓN DE LAS PARTES."** como requisito para optar al grado de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para con fines académicos; muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio con la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 02 días del mes de febrero del 2015, firma el autor.

Firma:



Autor: Ana Magdalena Arévalo Barreto

Cédula: 1500332364

Dirección: provincia de Sucumbios, cantón Cascales

Correo electrónico: anaarevalo98@hotmail.com

Teléfono: 0993969908

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Igor Vivanco Muller

Presidente del Tribunal: Dr. Mg. Felipe Nepalí Solano Gutiérrez

Miembro del Tribunal: Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

Miembro del Tribunal: Dr. Mg. Juan Carlos Jaramillo Montesino

AGRADECIMIENTO

Dentro de mis años de preparación académica, he recibido el apoyo incondicional de los seres que forman parte de mi existir sin los cuales no podría culminar mi preparación y los objetivos como profesional en la rama del derecho por lo tanto debo manifestar mis agradecimientos; de igual forma al todopoderoso, que forma parte de mi espiritualidad y ser.

El presente trabajo investigativo está dirigido a mis profesores, y en especial a la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, parte fundamental en esos días de tesón y esfuerzo, que me ha permitido culminar en estos años de preparación académica para de esta forma ser útil a la sociedad y a mi familia, de igual forma lo dedico al doctor Igor Vivanco Muller, en su calidad de Director de Tesis quien supo inculcarme sus conocimientos para la terminación de la presente tesis, por lo que le doy las gracias debidas por apoyo incondicional.

Ana Magdalena Arévalo Barreto

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico en especial a mi familia los mismos que son parte fundamental dentro de estos años de preparación académica, de igual forma lo dedico a la Carrera de Derecho, que forman parte de la nueva generación, y son el manantial del cual nace y se fructifica el derecho y la sociedad

Ana Magdalena Arévalo Barreto

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. Abstract.

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Procurador judicial

4.1.2. Audiencia de conciliación

4.1.3. Juicio

4.1.4. Divorcio Consensual

4.1.5. Reconciliación

4.1.6. Marido

4.1.7. Mujer

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. La procuración judicial en los juicios de divorcio consensual.

4.2.2. Consecuencias que acarrea la procuración judicial durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución República del Ecuador

4.3.2. Código Civil

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Argentina

4.4.2. Uruguay

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la encuesta

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de reforma

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

REFORMA DEL ART. 108 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN QUE LA CONCURRENCIA DE LOS PROCURADORES JUDICIALES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO CONSENSUAL ATENTA CONTRA EL PROPÓSITO DE RECONCILIACIÓN DE LAS PARTES

2. RESUMEN

Al establecer en el Código Civil Ecuatoriano, la comparecencia de marido y/o mujer mediante procuración judicial para que intervenga en los juicios de divorcio consensual o por mutuo consentimiento durante todo el proceso, atenta en la audiencia de conciliación contra el propósito de la reconciliación de las partes.

La audiencia de conciliación permite a cada parte litigante hacer la exposición que tuviere por conveniente hacer presentar al Juez, principalmente de las concesiones que se ofrezca para llegar a la conciliación. Se entiende que tales concesiones están subordinadas siempre a la condición de ser aceptadas en la conciliación por la contraparte, de tal modo que no implicaran, en caso alguno, reforma de cuestiones hecho y de derecho planteadas en la demanda y en la contestación.

El mandato de la Ley, consiste, que el Juez por su parte, procurara con el mayor interés que los litigantes llegaren a una conciliación.

En nuestra Legislación desgraciadamente no se prevé la necesidad de que los cónyuges se hagan presentes, personalmente a la diligencia de conciliación, como si lo disponen otras legislaciones, de este modo debe haber presentación conjunta de los esposos a esta importantísima diligencia, así esta

comparecencia deberá ser personal o no delegable a un abogado en libre ejercicio profesional, para que de este modo cumpla con el propósito antes señalado.

Con la presencia de las partes el Juzgador va a observar que la demanda ha sido firmada por las partes, y con ellos se garantiza que no exista una falsificación de documentos de la presentación de la misma.

La misión de conciliar a las partes debe efectuarse en presencia del Juez de lo Civil y este no puede delegar la conciliación a persona alguna. Su misión es primero escuchar a las partes y segundo procurar conciliarlos agotando todos los medios a su alcance.

En caso de existir conciliación de las partes, se extingue el proceso de Divorcio por Mutuo Consentimiento y se pone por tal fin al juicio, se deja constancia de este particular en el acta respectiva y se dispone el archivo de la causa.

Obviamente los consortes de común acuerdo pueden poner fin a sus desavenencias, ya por el hecho de volver a cohabitar sin necesidad de intervención judicial, ya mediante declaración expresa ante el Juez de lo Civil donde se tramita el proceso de divorcio consensual.

2.1. Abstract.

By stating in the Ecuadorian Civil Code, the appearance of husband and / or wife through judicial enforcement to intervene in lawsuits or consensual divorce by mutual consent throughout the process, intent on the settlement hearing against the purpose of reconciliation of the parties.

The settlement hearing allows every litigant making the exposure was entered desirable to present to the judge, mainly of the concessions offered to reach conciliation. It is understood that such concessions are always subject to the condition of being accepted by the counterparty reconciliation, so that did not involve, in any case, reform issues of law and fact raised in the application and in the reply.

The mandate of the Act, is that the judge in turn, to seek with great interest that the disputants reach a reconciliation.

In our legislation unfortunately not anticipated the need for spouses to become personally present to the measure of conciliation, as if have other laws, thus there should be joint presentation of the spouses to this most diligently, so this appearance must be personal or not delegated to a professional lawyer in free exercise, thus to fulfill the purpose out above.

With the presence of the parties the Judge will see that the request has been signed by the parties, and with them ensures that there is no falsification of presenting it.

The mission of reconciling the parties must be made in the presence of Civil Judge and this reconciliation can not delegate to any person. Its mission is to first listen to the parties and endeavor to reconcile second exhausting all means at its disposal.

In case of reconciliation of the parties, the process dies Divorce by Mutual Consent and sets that end the trial, this particular record is allowed in the minutes and the file of the case is disposed.

Obviously the spouses by agreement may terminate their disputes, and by the fact back to cohabit without judicial intervention, by express statement to the Civil Judge where the process of consensual divorce is pending.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, aborda un problema importante dentro de la realidad jurídica actual, sobre la concurrencia de los procuradores judiciales en la audiencia de conciliación del juicio de divorcio consensual señalada en el Código Civil

En esta tesis se analiza la intervención de los procuradores judiciales para que lleve a cabo la audiencia de conciliación del juicio de divorcio consensual, es atentatoria al propósito de la reconciliación entre marido y mujer, por lo que es necesaria una reforma a fin de que las partes acudan personalmente a la diligencia de conciliación.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: un Marco Conceptual que abarca conceptos como: Procurador judicial, audiencia de conciliación, juicio, divorcio Consensual, reconciliación, comparecencia , marido, mujer, Marco Doctrinario: La procuración judicial en los juicios de divorcio consensual, consecuencias que acarrea la procuración judicial durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo; Marco Jurídico: Constitución República del Ecuador, Código Civil; Código de Procedimiento Civil; Legislación Comparada: Argentina y Uruguay.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los

resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Procurador judicial

Sobre la procuración Víctor de Santo manifiesta: *“Aceptando la definición de Couture, en la tramitación del juicio, procurador es un colaborador del abogado, a quien corresponde el asesoramiento, el patrocinio y la defensa. Toda persona puede actuar ante los tribunales para gestionar la defensa de sus derechos, de dos formas: 1) personalmente (o, como también se dice, por derecho propio), o 2) por representante, a quien se da el nombre de procurador. Así es en la mayor parte de los ordenamientos procesales latinoamericanos. No cabe confundir a los procuradores —representantes ante los tribunales— con cualquier otro representante convencional (simple mandatario), cuya misión es realizar uno o varios actos jurídicos (casamientos, firma de un contrato, administración de bienes, etc.), en nombre y representación de otra persona (mandante). Estos últimos son simples mandatarios y no procuradores”*¹

La procuración judicial responde a la libre manifestación de una persona que con plena capacidad jurídica procesal, no desea participar directamente de su acción y prefiere hacerlo a través de un representante que se llama mandatario o procurador.

¹ DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Jurídica Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 781

Siendo la procuración judicial un mandato especial, cuyo ámbito consiste en actuar a nombre del mandante en los procesos y diligencias judiciales en general. O en procesos o diligencias específicos, por los juicios en que éste fuese actor o demandado, y especial cuando se le encargue la representación en una causa o en una diligencia o acto determinados.

4.1.2. Audiencia de conciliación

José García Falconí en su obra titulada El Juicio de Divorcio Consensual, señala que en la audiencia de conciliación: *“la mediación legal es considerada en nuestra legislación, exclusivamente como parte obligada del procedimiento, siendo el objetivo del legislador que transcurran dos meses desde la calificación de la demanda y su notificación a las partes, a fin de invitar a los cónyuges a que reflexionen y evitar que el consentimiento para el Divorcio Consensual sea dado de forma irreflexible y en un momento de ofuscación. Y de este modo ver la posibilidad de reconciliación de los que quieren así divorciarse”*²

La opinión del Dr. García Falconí, se refiere a que la conciliación es una es una medida expresa en todos los juicios, aunque no se lo señale expresamente en determinada clase de juicios, ya que el Juez, al asumir el papel de protagónico en esta fase procesal tan importante: que bien conducida podría significar

² GARCÍA FALCONI, José: **El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento**, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 48

ahorro de recursos, para la administración de justicia, por la agilidad en el manejo y solución de las causas.

La conciliación se constituye en la fase importante de todo proceso, por el cual se someten las partes contendientes, a un enfrentamiento directo, bajo la conducción de la autoridad, enfrentamiento directo y personal que persigue el avenimiento a fórmulas que hagan posible a la solución del conflicto. Es una fase eminentemente oral, en las que las partes dejan escuchar sus pretensiones y su posición a la autoridad para que este sabiamente las conduzca a un camino que permita que las voluntades en contradicción, se entren en un punto de equilibrio que permita arreglar la controversia; no siempre podría ser el más justo y claro arreglo; pero si está lleno de equidad, buena fe, la administración habrá cumplido con creces su cometido.

Esta audiencia de conciliación es de singular importancia, porque es en ella que resuelven la situación de los hijos menores de edad, lo relacionado con el patrimonio y bienes de la sociedad conyugal, etc., pero aun tiene mayor trascendencia puesto que en ella el Juez debe poner especial empeño por conseguir que se reconcilien los cónyuges. Desgraciadamente el mismo Código autoriza a los cónyuges para comparecer por medio de procuradores, la cual hace las más de las veces absolutamente ineficaz el intento de conciliación. Esta facultad no favorece el acuerdo de las partes litigantes, ya que, en el mayor de los casos se reúnen los abogados y resuelven

rápidamente seguir adelante el juicio. Además puede suceder, que el Juez conociendo que en este trámite, acuden por medio de procuradores, es frecuente que intervenga en nombre suyo el secretario o amanuense, simplemente para recoger las declaraciones de las partes y sentar el acta que luego firma el Juez, porque no puede procurar el avenimiento personal de los cónyuges divorciantes; así se pierde una oportunidad de lograr el restablecimiento de la armonía entre los cónyuges por mutuo consentimiento, y el juicio de divorcio queda destituido de aquel mínimo de seriedad que sería preciso

4.1.3. Juicio

Sobre el juicio Manuel Ossorio cita a Escriche, quien indica que es *“La controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente: o sea, la legítima discusión de un negocio entre el actor y el reo ante el juez competente, que lo dirige y termina con su decisión o sentencia definitiva.”*³

Procedimiento es la concurrencia de actuaciones que forman el proceso. CABANELLAS lo define como: *“El conjunto de actos, diligencias, y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución en un expediente o proceso”*⁴.

³ OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008, p.477, 982, p. 517.

⁴ CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Heliasta, edición 12ª, Buenos Aires – Argentina, 1979, p. 433

4.1.4. Divorcio Consensual

El doctor José García Falconi en su Manual de Practica Procesal Civil, El Juicio de Divorcio Consensual o por Mutuo Consentimiento, define al divorcio consensual expresando que *“Es el divorcio, en el cual marido y mujer, expresan su mutuo consentimiento en poner fin a sus obligaciones recíprocas nacidas del matrimonio”*⁵.

En la Más Práctica Enciclopedia Jurídica del doctor Galo Espinosa, se define que el divorcio por mutuo consentimiento es *“el que se decreta a petición de ambos cónyuges, sin necesidad de alegar causa legítima”* ⁶

Luís Parraguez Ruiz en su Manual de Derecho Civil Ecuatoriano manifiesta que la modalidad del divorcio consensual o por mutuo consentimiento señala que: *“No constituye un homenaje a la voluntad de los cónyuges, ni tampoco un mecanismo cómodo y fácil para disolver el vínculo matrimonial. No es necesariamente un divorcio sin causa, es simplemente un divorcio sin causa determinada por la ley y aprobada por los jueces”*⁷

Luís Parraguez Ruiz, con respecto al divorcio consensual o por mutuo consentimiento, afirma que: *“no puede conducir a una disolución matrimonial*

⁵ GARCÍA FALCONI, José: **El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento**, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 13

⁶ ESPINOSA M., Galo: **La más Práctica Enciclopedia Jurídica**, Vocabulario Jurídico, Primera Parte, Volumen I A-H, Editado por Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 209

⁷ PARRAGUEZ RUIZ, Luís: **Manual de Derecho Civil Ecuatoriano**; Personas y Familia; Universidad Técnica Particular de Loja; Ediciones Ciencias Jurídicas, Volumen I; Segunda Edición; Enero 1999; Loja-Ecuador; p. 271.

basada nada más que en el capricho o deseo infundado de los cónyuges. Por ellos aducen que esta modalidad no constituye un homenaje a la voluntad, ni tampoco un mecanismo cómodo y fácil para disolver el vínculo matrimonial. No es necesariamente un divorcio sin causa, es simplemente un divorcio sin causa determinada por la ley y aprobada ante los jueces.”⁸

De este modo podemos decir el divorcio consensual, es un acto absolutamente libre de los cónyuges quienes lo deciden y concretan, dar por terminado el matrimonio, que se caracteriza como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que procede en virtud de sentencia judicial.

4.1.5. Reconciliación

Al intervenir los procuradores judiciales durante todo el trámite en los juicios de divorcio consensual, es una incoherencia, porque atenta contra el propósito de la reconciliación de las partes. Dentro de la procuración judicial no existe una limitación del mandato porque además de presentar la demanda puede concurrir a la audiencia de conciliación y resolver la voluntad de divorciarse, diligencia que la deben cumplirlas los cónyuges divorciantes, y ellos deben personalmente ratificar la voluntad de divorciarse y resolver sobre la situación de los hijos. Si hubiere tal limitación el procurador no podrá excederse de esa

⁸ PARRAGUEZ RUIZ, Luís: **Manual de Derecho Civil del Ecuador**, Volumen I, Universidad Técnica Particular de Loja, Ediciones Ciencias Jurídicas, Sexta Edición, Enero 1999, Loja – Ecuador, p. 270

facultad limitada, por ello no es pertinente que los procuradores realicen actos que por lógica y moral deben resolver los cónyuges divorciantes

4.1.6. Marido

Víctor de Santo señala que marido es *“El casado, con respecto a su mujer o esposa”*⁹

Manuel Ossorio indica que cónyuges es *“Cada una de las personas (marido y mujer) que integran el matrimonio monogámico. La relación conyugal ofrece importancia jurídica en el orden civil, régimen de bienes, derechos hereditarios, potestades sobre los hijos, domicilio, y también en el orden penal, porque el homicidio de un cónyuge por el otro configura el delito de conyugicidio, así como el quebrantamiento del deber de fidelidad tipifica en algunos códigos el delito de adulterio”*¹⁰

4.1.7. Mujer

Galo Espinosa Merino, señala que mujer, es *“La persona de sexo femenino. La que ha llegado a la edad de la pubertad. La sacada, con relación al marido”*¹¹

⁹ DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Jurídica Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 630

¹⁰ OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008, Pág. 235

¹¹ ESPINOSA MERINO, Galo: La más práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 489

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. La procuración judicial en los juicios de divorcio consensual.

La naturaleza del divorcio consensual según el Dr. José García Falconi en su obra el Juicio de divorcio consensual expresa que: *“se caracteriza por asimilar el matrimonio a los contratos, admitiendo su ‘rescisión por mutuo consentimiento’, Pothier al respecto decía ‘El matrimonio es el más excelente y el más antiguo de los contratos’, pues el matrimonio es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades.”*¹²

La expresión procuradores especiales que utiliza el Código Civil en el Art. 197, plantea una interrogante en el sentido de establecer si un mismo apoderado puede representar a ambos cónyuges.

Sobre este particular el Dr. Luís Parraguez Ruiz en su Manual de Derecho Civil Ecuatoriano considera que: *“que cada cónyuge requiere de su propio apoderado especial, puesto que si bien estamos en presencia de un divorcio en el que existe consentimiento mutuo, hay materias que deben resolverse en el curso del procedimiento y respecto de las cuales pueden existir intereses contrapuestos, como sucede con la tuición de los hijos y la obligación alimentaria.”*¹³

¹² GARCÍA FALCONI, José: **El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento**, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 15

¹³ PARRAGUEZ RUIZ, Luís: **Manual de Derecho Civil del Ecuador**, Volumen I, Universidad Técnica Particular de Loja, Ediciones Ciencias Jurídicas, Sexta Edición, Enero 1999, Loja – Ecuador, p. 273

En cuanto a la procuración judicial, en la más Práctica Enciclopedia Jurídica del doctor Galo Espinosa define que el procurador judicial es: *“el mandatario que tiene poder para comparecer en juicio por otro”*¹⁴

La procuración judicial solo la pueden ejercer los abogados en libre ejercicio profesional por disposición de la Ley de Federación de abogados.

En el proceso, las partes pueden comparecer personalmente, o por medio de su representante legal, de su mandatario, procurador o apoderado. De ahí que la intervención de este sustituto de la parte litigante debe estar rodeada de los requisitos formales establecidos por la ley y contener, la expresión sine qua non, de su designación en el proceso, lo que tiene por consecuencia una operación procesal especial, que se denomina legitimación de personería, que envuelve una de las solemnidades especiales del juicio, cuya omisión es causa de nulidad procesal.

El Dr. Enrique Coello García, en su libro titulado Sistema Procesal Civil, enumera las características fundamentales de la procuración judicial, las siguientes:

- “1.- La procuración es un contrato;*
- 2.- Es un contrato bilateral, oneroso, principal y solemne;*
- 3.- Debe ser otorgado a un abogado con ciertas excepciones; y*
- 4.- Se refiere solamente a intervenciones judiciales”*¹⁵.

¹⁴ ESPINOSA M., Galo: **La Más Práctica Enciclopedia Jurídica**, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editado por Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 584

La primera característica en cuanto a que la procuración judicial es un contrato, se refiere a que es un convenio en la cual el mandatario se obliga para con el mandante a hacer alguna cosa y el mandante se compromete para con el mandatario a sufragar determinadas prestaciones, suministrándole lo necesario para el cumplimiento de su función y a remunerarlo.

La segunda característica que se especifica se refiere a que el mandato es bilateral, porque mandante y mandatario se obligan recíprocamente: el mandante a proporcionar lo necesario y a responder de lo que se ejecute a su nombre, a aceptar la existencia de ciertos derechos, y a remunerar; y, el mandatario a realizar eficientemente la gestión encomendada y asumir determinadas responsabilidades. Es oneroso, porque el abogado, que es el que podrá ejercer las funciones de mandatario judicial, siempre tendrá derecho a percibir honorarios, el contrato es principal, porque subsiste por sí mismo, aún cuando no se presente la ocasión de actuar; y, es solemne, porque siempre se otorga por escrito, ya por escritura pública, ya por instrumento privado reconocido ante juez de la causa.

La tercera característica se refiere a que la procuración judicial debe otorgarse a favor de un abogado matriculado y en libre ejercicio de su profesión o intervención para intervenir en ciertos casos, como una medida de defensa profesional, consiguiendo que toda la actividad relacionada con la justicia sea

¹⁵ COELLO GARCÍA, Enrique: **Sistema Procesal Civil**; Volumen II; Las Personas y el Proceso Civil, Impreso en Talleres Gráficos de la Universidad Técnica Particular de Loja, Dic – 1997, Loja-Ecuador; p 101, 102.

desempeñada solamente por doctores y abogados, y evitar la intervención de tinterillos.

En cuanto a la cuarta característica en lo que la procuración judicial se refiere solo a intervenciones judiciales es de indudable equidad y conveniencia. No puede obligarse a las personas que deban o deseen realizar actos o contratos no judiciales, como los relacionados con la compraventa civil o mercantil, intervenciones en juntas generales de las compañías de comercio etc. tengan obligatoriamente que acudir a la intervención de un abogado. El jurisconsulto intervendrá en la redacción de minutas que se presenten a notarios u otros funcionarios, pero allí deberá determinar su intervención.

Para ejercer la procuración judicial se requiere:

- Ser abogado en libre ejercicio profesional; y,
- Gozar de la capacidad de ejercicio.

El Código de Procedimiento Civil establece que no pueden comparecer a juicio los menores de edad, excepto cuando hayan gozado de capacidad contractual. Siendo así, considerado que los menores con esta capacidad especial si pueden otorgar mandato judicial, en calidad de mandantes. Es el caso de los menores emancipados por resolución judicial.

Los interdictos tienen solamente incapacidad para asuntos patrimoniales y no para los de carácter personal. Considero que si podrá conferir procuración judicial a favor de un abogado para asuntos personales.

4.2.2. Consecuencias que acarrea la procuración judicial durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo

La procuración judicial para el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, conlleva una inquietud en cuanto a si un mismo abogado puede ser procurador especial de ambos cónyuges. Sobre esta interrogante, el Dr. Emilio Velasco Célleri, en su obra Sistema de Práctica Procesal Civil, expresa: *“existiendo contradicción de intereses, no cabe que un mismo abogado o una misma persona sea procurador de los dos cónyuges, tanto más que ello sería proclive al prevaricato”*¹⁶

La opinión del doctor Emilio Velasco Célleri, de que no cabe en un mismo abogado sea procurador de los dos cónyuges, corrobora a establecer que es un atentatorio a la contradicción de intereses, que por la naturaleza legal de las cosas, existe entre los dos cónyuges en el juicio de divorcio.

Al momento de presentarse la demanda de divorcio consensual, el o los abogados que patrocina a una de sus partes y que se presentan como procuradores, debe adjuntar el poder especial tal como lo establece el Art. 107 del Código Civil, sin la cual, no puede seguir el trámite y va a ser rechazada la demanda.

¹⁶ VELASCO CÉLLERI, Emilio **Sistema de Práctica Procesal Civil**, Segunda edición, Tomo II, Pudeleco Editores S. A. 1996, Quito-Ecuador, 1996, p. 57

En el papel de apoderado o procurador, se estima, en opinión de la mayoría, que el abogado se encuentra obligado a una prestación de “resultado”, con relación a los actos procesales de su específica incumbencia como: suscribir y presentar los escritos correspondientes, concurrir a la Secretaría del Juzgado los días asignados para “notificaciones en la oficina”, asistir a las audiencias que se celebren, interponer los recursos legales contra cualquier sentencia definitiva adversa a su parte y, en general, activar el procedimiento en la forma prevista por la ley.

En mandato exclusivo para el trámite de divorcio consensual, implica que no podrá apartarse de los términos del poder esto es el acuerdo entre mandante y el mandatario, es decir, entre abogado y cliente. Con este mandato el procurador puede actuar en todas las diligencias que se cumple durante el proceso hasta puede concurrir a la audiencia en la que puede ratificar la voluntad de divorciarse y resolver sobre la situación de los hijos

Siendo que la procuración judicial es dada y desempeñada por un profesional de derecho, que asume la defensa de la causa, sin que haya inconveniente que un abogado será el procurador y el otro el defensor. El apoderado deberá presentar copia del contrato de mandato, en la forma determinada por la legislación de procedimiento civil, para evitar una falsa procuración.

La intervención del abogado que tramita el proceso de divorcio, interviniendo como procurador judicial, obviamente otorgado por escritura pública, durante

todo el juicio, trae como consecuencia que con esta intervención desgraciadamente no se prevé la necesidad de que los cónyuges se hagan presentes personalmente a la diligencia de la audiencia de conciliación, como si lo disponen otras legislaciones.

De este modo la comparecencia conjunta de los esposos a la audiencia de conciliación debería ser personal, para que de este modo el juez cumpla con el propósito de reconciliar a las partes.

Al no intervenir los cónyuges personalmente a la audiencia de conciliación, puede suceder otras circunstancias, la de la garantía que tienen el Juzgador de que el escrito de demanda de divorcio que se le ha presentado, fue o no autorizado por los cónyuges divorciantes. De ahí que efectivamente al intervenir los procuradores judiciales durante el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, el juez solo se limita a analizar la voluntad y expresión de los procuradores en base a la representación otorgada por los cónyuges a través de poderes especiales

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución República del Ecuador

El Art. 83 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador señala: son derechos y responsabilidades de los ecuatorianos “*Promover el bien común y*

anteponer el interés general al interés particular, conforme el buen vivir.”¹⁷

La responsabilidad comprendida en esta disposición es relevante, porque en él se convergen los tres conceptos básicos del Derecho Constitucional, que expresan objetivos muy relacionados entre sí, todos los cuales se orientan hacia un fin del Estado. Es de suponer, que con esta inclusión el legislador quiso dar una aproximación o quizá equiparación del buen vivir al bien común.

El Art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe: *“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la Ley, generará los mismo derechos y obligaciones que tiene las familias constituidas mediante matrimonio.*

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”¹⁸

4.3.2. Código Civil

Esta modalidad se encuentra contemplada en el artículo 107 del Código Civil, 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 medio de*

¹⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR: Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2013, Art. 83, núm. 7

¹⁸ IBÍDEM, Art. 68.

procuradores especiales, ante el Juez 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 patrimoniales y los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos”¹⁹*

Esta disposición exige que cuando el consentimiento para un divorcio por mutuo acuerdo se exprese por medio de un apoderado, este poder ha de ser especial. No puede actuarse con un mandatario general, ni aún con cláusula que le habilite. En cambio un procurador general si puede transigir, si en un poder hay una cláusula que lo faculte.

La procuración judicial otorgado exclusivamente para el divorcio consensual, comienza con la aceptación del encargo hecha por el abogado correspondiente, que ha de existir la selección del defensor o mandatario por parte del cliente o del mandante y la aceptación expresa o tácita del segundo, porque se trata de un contrato bilateral. La aceptación será expresa cuando el abogado así lo manifieste en forma categórica de cualquier manera, llamándose defensor de su cliente, señalando su casillero judicial para las notificaciones posteriores, etc. al tratarse de la defensa o expresando que

¹⁹ CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 107

acepta el poder en los otros casos. La aceptación será tácita, cuando realice actos que demuestren en forma inequívoca que obra como defensor.

Entre los requisitos primordiales que debe contener la demanda de divorcio consensual, es la especificación del nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio de los cónyuges, interviniendo personalmente o por intermedio de un procurador judicial mediante poder especial legalmente autorizado.

Cuando se trata de un cónyuge menor de edad y desee divorciarse, para que su consentimiento sea válido debe manifestar su voluntad, por intermedio de un Curador Especial, es pues esta una situación especial, así lo dispone el Art. 111 del Código Civil .

Otro requisito primordial que debe contener la demanda de divorcio por mutuo acuerdo, es la manifestación expresa, voluntaria y de consumo, por parte de los cónyuges, para disolver su vínculo matrimonial. Los cónyuges así lo manifiestan ante el Juez, pues el Código Civil no habla de demanda en estricto sentido, sino expresamente de “Manifestación” pura y simple de la voluntad.

El Art. 108 del Código Civil manifiesta que: *“Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez 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.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

- 1. 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;*
- 2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;*
- 3. 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;*
- 4. Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualesquiera de los motivos señalados en el Art. 110;*
- 5. El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los*

hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6. 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 alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, 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.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aún cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación

igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda.”²⁰

El divorcio consensual al ser por acuerdo de voluntades de ambos cónyuges, puede solicitarse en cualquier tiempo que los cónyuges lo decidan. Este tipo de divorcio se somete a un procedimiento de carácter no contencioso que se caracteriza por faltar la contienda entre las partes.

Siendo su principal incongruencia en los juicios de divorcio consensual que los procuradores resuelvan de consuno y de viva voz la voluntad de divorciarse, es una facultad que debe ser limitada porque según el Art. 115 del Código Civil que faculta al juez buscar el avenimiento de los cónyuges que desean divorciarse, no puede cumplirse, porque el avenimiento significa que el Juez

²⁰ CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 108

tratará de reconciliar a las partes para que no se divorcien. Es del caso, que la presente comparecencia que es discordante, porque el juez no puede pedir el avenimiento del procurador que va en representación de su mandante con el otro cónyuge, o si se presentaren entre procuradores judiciales.

El Art. 117 del Código Civil expresa que: *“La demanda de divorcio se propondrá ante el juez del domicilio del demandado, y si éste se hallare en territorio extranjero la demanda se propondrá en el lugar de su último domicilio en el Ecuador.- Para los efectos de este artículo se tendrá por domicilio de la mujer el lugar de su residencia actual, aun cuando el marido estuviere domiciliado en otro lugar.”*²¹

Sobre el mandato el Código Civil en su artículo 2020 define que: *“Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*

*La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.”*²²

De esta definición se desprende que el Mandato es un encargo que una persona hace a otra, para la ejecución de un negocio que ha de entenderse realizado no por el que realmente lo ejecutó sino por el que hizo el encargo. Y

²¹ CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 117

²² CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 2020

que el mandatario es la persona que se hace cargo de uno o más negocios ajenos por cuenta y riesgo de la persona que encarga la gestión o negocio.

El mandato puede ser general y especial, entendida la extensión de los negocios confiados al mandato. La regla de ejecución del mandato comprende, no solo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo.

El mandato general son las atribuciones que confiere el mandante general, que está reglada en los términos prescritos en el Art. 2036 del Código Civil, que norma: *“El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.*

Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial”²³

²³ CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 2036

El legislador ha cuidado de señalar algunos casos en los que es indispensable el otorgamiento de poder especial. Entre los actos que requiere poder especial tenemos:

1.- Un poder especial es necesario para transigir. El Art. 2350 del Código Civil, norma que: Todo mandatario necesitará de poder especial para transigir, con especificación de los bienes, derechos y acciones, sobre que debe versar la transacción.

2.- El Art. 44 del Código de Procedimiento Civil, estatuye que: El procurador especial debe atenerse a los términos del poder, y necesita de cláusula especial para transigir; comprometer el pleito en pleito, en árbitros; desistir el pleito, absolver posesiones y definir al juramento decisorio; y, recibir la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella.

No obstante el Código Civil, regla ciertas facultades conferidas al mandatario:

“1.- Art. 2045 del Código Civil “La facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa.

El mandatario no podrá deferir al juramento decisorio sino a falta de otra prueba.

2.- Art. 2046.- *El poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio.*

3.- Art. 2047.- *La facultad de hipotecar no comprende la de vender, ni viceversa.*²⁴

Al mandato se lo conoce generalmente como poder o procuración. Por él una persona encomienda a otra la ejecución de un negocio cierto o determinado, o todos los negocios comprendidos dentro del giro ordinario.

4.3.3. Código de Procedimiento Civil

Pero, mientras el mandato es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y, por lo mismo, no necesita revertirse de formalidad alguna, por cartas, verbalmente, y aun por la aprobación tácita de una persona en la gestión de los negocios de otra. La procuración judicial es un contrato solemne prescrito en el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, persiste la informalidad de la procuración judicial en virtud de la autorización de su cliente al abogado que patrocina su defensa, y aunque lo haga por primera vez. Debe aclararse; y sea aclarada, que esta comparecencia es legal sólo cuando se la hace en escrito y siempre que la persona por quien

²⁴ CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 2045, 2046, 2047

se actúa sepa leer y escribir. Esta regla tiene excepción en el caso que una persona no sepa firmar o no tenga cédula de ciudadanía.

El Art. 1010 del Código de Procedimiento Civil, norma que: *“Cuando una persona no sepa o no pueda firmar y comparezca por primera vez en juicio o actuaciones judiciales, concurrirá ante el respectivo actuario y estampará, al pie del escrito, la huella digital. El actuario dejará constancia de estos particulares, así como el número de la cédula de identidad o ciudadanía, la fecha en que fue expedida ésta y la oficina que la expidió.”*²⁵

La procuración judicial solo puede ser otorgada por una persona que pueda comparecer por sí misma en juicio, como es natural, la persona que no puede comparecer a juicio, por falta de capacidad, no está autorizada a hacerlo por medio de procuradores o mandatarios sino por intermedio de su representante legal.

En general, solo pueden ser procuradores judiciales los abogados en libre ejercicio; es decir, profesionales que no tienen impedimentos para actuar como tales, lo cual implica, que a más del título profesional que otorgan las universidades del país, se encuentran inscritos en la matrícula del Colegio de Abogados conforme lo dispone el Art. 49 de la Ley de Federación de

²⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 1010

Abogados, y que no estén impedidos de ejercer su profesión, como ocurre con numerosos funcionarios del estado, los legisladores, los jueces, etc.

El Código de Procedimiento Civil con respecto a la procuración judicial establece lo siguiente: *“Art. 38.- Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio por otro.*

Tanto el actor como el demandado podrán comparecer en juicio por medio de procurador.

Son hábiles para nombrar procuradores los que pueden comparecer en juicio por sí mismos”²⁶

De ésta disposición transcrita se deduce lo siguiente: Que se denomina procuradores judiciales a los mandatarios que tiene poder por escritura pública para comparecer en juicio por otra persona. En segundo lugar que, para nuestro Código de Procedimiento Civil, es procurador judicial únicamente aquel que ha celebrado con su mandante un contrato solemne, a los abogados que, en ejercicio de su profesión, representan a sus clientes en sus juicios y obran a su nombre.

En el Código de Procedimiento Civil se establece unos requisitos que debe tomarse en cuenta para la procuración judicial *“Art. 43.- En todo juicio concurrirán las partes personalmente o por medio de su representante legal o*

²⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 38

procurador, debiendo éste legitimar su personería, desde que comparece en el juicio, a menos que el juez, por graves motivos, conceda un término para presentar el poder, término que no excederá de quince días, si el representado estuviere en el Ecuador, ni de sesenta si se hallare en el exterior. No se concederá dicho término, cualquiera que sea la razón que invoque, si se presenta persona desconocida o sin responsabilidad.

Si el procurador no presentare el poder dentro del término a que se refiere el inciso anterior, pagará las costas y perjuicios que se hubiesen ocasionado, y, además, una multa de uno a diez dólares de los Estados Unidos de América por cada día de retardo proveniente la falsa procuración, y cuyo total no podrá exceder de la equivalente a trescientos sesenta días. Para la imposición de la multa, de la cual la mitad corresponderá al Fisco y la otra mitad a la parte perjudicada, el juez tomará en cuenta la naturaleza de la causa y su cuantía. Los condenados como falsos procuradores pagarán las costas, daños y perjuicios del incidente aunque legitimaren su personería con posterioridad a la declaración.”²⁷

Esta disposición considera que las partes deben concurrir personalmente o por medio de su representante legal o procurador. Por lo que, a los abogados no se los considera mandatarios judiciales, ya que, cuando obran sin autorización expresa de sus clientes en determinados actos procesales considerados como importantes dentro del trámite normal de un juicio, tienen que presentar

²⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 43

ratificación expresa de la parte correspondiente o copia de un contrato de mandato.

En cuanto a las atribuciones y deberes de quien ejerza la procuración judicial, el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil contempla que: *“El procurador judicial debe atenerse a los términos del poder, y necesitará de cláusula especial para lo siguiente:*

- 1.- *Transigir;*
- 2.- *Comprometer a pleito a árbitros;*
- 3.- *Desistir el pleito;*
- 4.- *Absolver posiciones y deferir al juramento decisorio; y,*
- 5.- *Recibir la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella*²⁸.

Esta norma general, de facultades explícitas e implícitas del procurador, de la ejecución del mandato que el mandatario debe ajustar se conducta a las disposiciones de su comitente, en el fondo y en la forma, usando medios equivalentes, que le permita cumplir el encargo, por todo lo cual responde hasta por la culpa leve, responsabilidad que es más severa cuando se trata de mandato remunerado, como el que ejercen, en general, los abogados. Siguiendo, pues estas normas, el Art. 44 de del Código de Procedimiento Civil, comienza por confirmarlas y exige la presencia de cláusula especial en los cinco casos que el propio artículo determina, y que son actos dispositivos de la

²⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 44

acción, el primero y el tercero; son actos dispositivos del proceso, el segundo y el cuarto; y, acto de extinción de la acción y el proceso, el quinto; y, como tales actos dispositivos y de extinción de obligaciones, reclaman cláusula especial del Art. 2036 del Código Civil, y en lo explícito en lo que dispone el Art. 1598 del mismo Código.

El Art. 45 del Código de Procedimiento Civil, nos indica las obligaciones de los procuradores judiciales, señalando las siguientes: *“1.- A cumplir con lo que ordena el Art. 43 bajo pena de ser declarados falsos procuradores pagar multa, perjuicios y costas, de acuerdo con el inciso segundo de dicho artículo.*

2.- A ceñirse a las instrucciones de sus comitentes;

3.- A llevar a los abogados los documentos necesarios para la defensa, darles noticia del estado de las causas y copias de las providencias que en ellas se dicte;

4.- A presentar las pruebas y practicar las gestiones necesarias para que se reciban dentro de los términos respectivos;

5.- A guardar secreto de todo aquello que no deba descubrirse a la otra parte, bajo la pena señalada al prevaricato;

6.- A satisfacer derechos, tasas, multas y costas judiciales, aún cuando en el poder se les revele de esta obligación;

7.- A interponer oportunamente los recursos que la Ley permita; y,

8.- A cumplir en los respectivos casos con los demás deberes que la Ley

*impone a los mandatarios*²⁹.

De acuerdo a esta disposición el procurador judicial, como todo mandatario, ha de cumplir fielmente con el encargo conferido, realizando la labor con entrega total, con absoluta fidelidad, manejando el negocio ajeno en la misma forma en que manejaría un negocio propio, todo ello por la naturaleza del contrato y especialmente en atención a que se trata de una relación jurídica de confianza, que no puede ser defraudada.

El procurador judicial para el trámite de divorcio por mutuo consentimiento tiene obligaciones comunes a todos los mandatarios, por lo que debe acogerse a las reglas que establece el Código de Procedimiento Civil, y además en necesario añadir otras como el empleo de toda capacidad, la atención permanente e ininterrumpida, venciendo el cansancio, sin anteponer el personal interés del cobro de honorarios a la justicia.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Argentina

El Código Civil de Argentina en Libro Primero de las Personas, Sección Segunda de los Derechos Personales en las Relaciones de Familia, Título Primero del Matrimonio, Capítulo XVI de las Acciones, existe una normatividad

²⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 45

referente a la comparecencia personal, a la conciliación de las partes en una primera instancia y si no hay acuerdo el juez convocará a una nueva audiencia en la que allí podrá intervenir personal o por medio de procuradores judiciales, y se resolverá sobre acuerdo sobre la situación de los hijos. Para un análisis el Artículo 236 se establece lo siguiente:

“Art. 236.- En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos:

1ro. Tenencia y régimen de visitas de los hijos;

2do. Atribución del hogar conyugal;

3ro. Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización.

También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma se tramitará por vía sumaria.

El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren” ³⁰

Es menester señalar que el artículo 205 y 216 que menciona esta disposición se refiere, en el primer artículo que transcurridos dos años de matrimonio, los cónyuges en presentación conjunta, podrá manifestar al juez competente que existe causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal; en el segundo artículo se refiere que 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 su divorcio vincular. Este divorcio vincular se refiere aquella modalidad que extingue el vínculo matrimonial habilitando a los ex cónyuges para contraer nuevas nupcias.

La disposición contempla que tanto por separación personal o divorcio vincular, en la demanda debe contener como quedará la tenencia de los hijos, la

³⁰ Código Civil de Argentina: www.utsupra.com/civil/código/civil/índice/civilhtm

atribución del hogar conyugal y el régimen de alimentos para los cónyuges, a los menores y a los incapaces. Una vez presentado la demanda el juez convocará a una audiencia de conciliación para oír a las partes en la que procurará conciliarlas. Esta es una primera convocatoria la que tendrán carácter reservado y no constarán en una acta, en la que deben comparecer personalmente los cónyuges, caso contrario el pedido no tendrá efecto alguno.

Si en la primera audiencia no se llega a una reconciliación, el juez aplazará la audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, y a través de estas medidas el juez procurará avenir a las partes en la que ahí pueden intervenir personalmente o con apoderado con mandato especial para que se de una reconciliación en la que solo ahí puede decretar el juez tanto la separación personal o el divorcio vincular.

Por lo expuesto, es notorio y evidente que en la primera audiencia deben concurrir personalmente los cónyuges a la audiencia de conciliación, y si es que no se da ese avenimiento, sólo en su segunda audiencia podrán intervenir tanto los esposos como sus apoderados con mandato especial.

4.4.2. Uruguay

En el Código Civil de Uruguay, se establece en la disolución del matrimonio la comparecencia personal de los cónyuges divorciantes a la audiencia de

conciliación. En el Libro Primero, Título V del Matrimonio, Sección V de la Disolución del Matrimonio, establece lo siguiente:

“187.- El divorcio sólo pedirse:

- 1. Por las causas anunciadas en el artículo 148 de este Código.*
- 2. Por el mutuo consentimiento de los cónyuges.*

En este caso será necesario que los cónyuges comparezcan personalmente en el mismo acto ante el Juez Letrado de su domicilio, a quien expondrán su deseo de separarse. El Juez propondrá los medios conciliatorios que crea convenientes y si estos no dieran resultado, decretará desde luego la separación provisoria de los cónyuges y las medidas provisionales que correspondan.

De todo se labrará acta que el Juez firmará con las partes y al final de la que fijará nueva audiencia con plazo de tres meses a fin de que comparezcan nuevamente los cónyuges a manifestar que persisten en sus propósitos de divorcio. También se labrará acta de esta audiencia y se citará nuevamente a las partes que comparezcan en un nuevo plazo de tres meses, a fin de que hagan manifestación, se dará por terminado el procedimiento”³¹

La presente disposición contempla que por mutuo consentimiento los cónyuges deben asistir a la audiencia de conciliación y no menciona que se presentaran

³¹ [Código Civil](http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoCivil/1996/Cod_Civil.htm) Poder Legislativo / República Oriental del Uruguay. **CÓDIGO CIVIL.** (Según las modificaciones y texto aprobado por la Ley 16.603). www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoCivil/1996/Cod_Civil.htm

por medio de procuradores judiciales. En la que el juez propondrá reconciliar a los cónyuges por todos los medios conciliatorios que crea convenientes. Si no se realiza ese avenimiento el juez señalará nueva fecha para una nueva audiencia que se realizará en un plazo de tres meses para tratar de lograr la reconciliación de los cónyuges.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MÉTODOS

El desarrollo de la presente tesis, estuvo encaminado a realizar una investigación descriptiva, aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social. La investigación bibliográfica consistió en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

Pues la información empírica, se obtuvo de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial a la Constitución de la República del Ecuador, el Código Civil, y que afecta de forma directa el ámbito normativo procesal en su aplicación de la conciliación de los cónyuges en el trámite de divorcio consensual.

Durante esta investigación utilicé los métodos: Inductivo, Analítico, Deductivo y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido, en cambio el método deductivo, parte de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se investigó por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método deductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

5.2. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Como fases en el desarrollo de la presente investigación, corresponde analizar el campo de acción a estudiarse, el que está determinado por la problemática en cuanto a determinar las consecuencias que acarrea la procuración judicial durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo. Se iniciará con la revisión de literatura, la inmersión en la problemática de estudio que en conjunto la hipótesis con los objetivos se determinará que la intervención de los procuradores judiciales para que lleve a cabo la audiencia de conciliación del juicio de divorcio consensual, es atentatoria al propósito de la reconciliación entre marido y mujer, por lo que es necesaria una reforma a fin de que las partes acudan personalmente a la diligencia de conciliación. Con esta recolección de datos se hará el análisis de los mismos, determinando que es conveniente que se garantice una mejor tramitación de los laudos arbitrales.

Fundamentalmente en el desarrollo del presente trabajo investigativo, se utilizó la técnica de la encuesta, a 30 profesionales del Derecho, como instrumentos de recolección sintética de datos y contenidos.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la encuesta

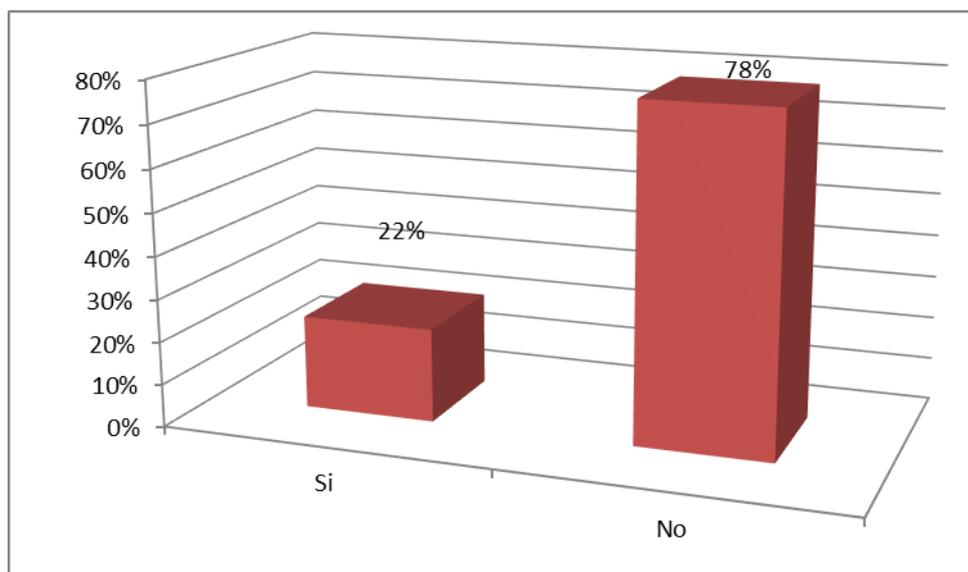
PRIMERA PREGUNTA.- ¿Cree usted que es coherente que en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, para cumplir con el propósito y expresar de consuno y de viva voz su resolución de dar por terminado el vínculo matrimonial, intervengan solo los procuradores judiciales con su consentimiento, sin la presencia de los cónyuges, durante todo el trámite?

Cuadro 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	11	22 %
NO	39	78 %
Total	50	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Ana Magdalena Arévalo Barreto

Gráfico 1



INTERPRETACIÓN

De un universo de cincuenta encuestas, once que equivale el 22 %, responden que si es coherente que en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, para cumplir con el propósito de expresar de consuno y de viva voz su resolución de dar por terminado el vínculo matrimonial, intervengan solo los procuradores judiciales, porque están autorizados con mandato a intervenir en el encargo que la otra persona le confiere y no es necesario la presencia de los cónyuges divorciantes porque el procurador tiene capacidad dispositiva necesaria para dar validez del encargo; en cambio, treinta y nueve encuestas que equivale el 78 %, expresaron que no es coherente que intervengan solo de los procuradores judiciales, para cumplir con el propósito y expresar de consuno y de viva voz su resolución de dar por terminado el vínculo matrimonial, sin la presencia de los cónyuges, durante todo el trámite, porque atenta en la audiencia de conciliación a que el juez cumpla con el propósito de reconciliar a las partes.

ANÁLISIS: De estos criterios vertidos nos lleva a la conclusión que al intervenir en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, los procuradores judiciales en representación de los cónyuges divorciantes, impide que el juez obligue a los cónyuges, comparecer personalmente, en la diligencia de audiencia de conciliación y así el juez pueda cumplir con el propósito de reconciliar a los cónyuges divorciantes

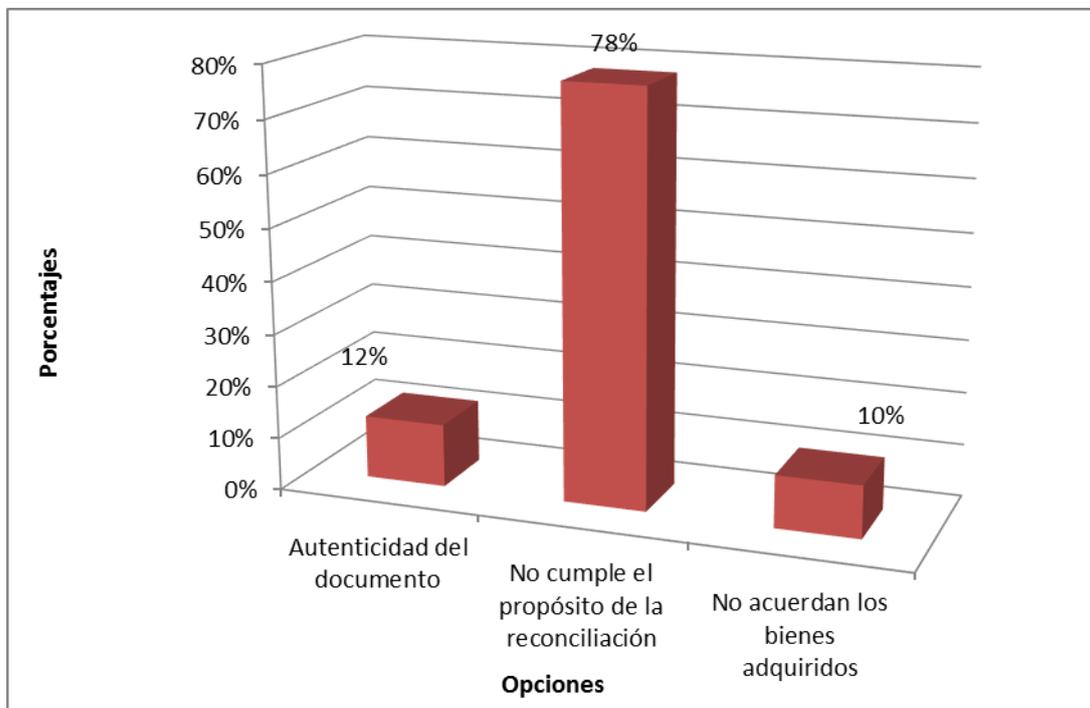
SEGUNDA PREGUNTA.- ¿Indique qué consecuencias según su criterio acarrea a que solo intervengan los procuradores judiciales durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo?

Cuadro 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
- No se comprueba la autenticidad del documento.	6	12 %
- No cumplir con el propósito de reconciliar a los cónyuges.	39	78 %
- No acuerdan un mejor destino de los bienes adquiridos	5	10 %
Total	30 %	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
 Autora: Ana Magdalena Arévalo Barreto

Gráfico 2



INTERPRETACIÓN

Con relación a esta pregunta, seis encuestados que equivale el 12 %, consideran que las consecuencias que acarrea a que solo intervengan los procuradores judiciales durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo es que no se comprueba la autenticidad del documento de procuración judicial; treinta y nueve encuestados que equivale el 78 %, opinan que las consecuencias son que no se cumpla con el propósito de reconciliar a las partes; y, cinco encuestado que equivale el 10 % expresa como consecuencia, no acuerdan un mejor destino de los bienes adquiridos durante el matrimonio

ANÁLISIS

De acuerdo a las consecuencias expresadas por los encuestados, se concluye que efectivamente al intervenir los procuradores judiciales durante el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, el juez no pueda cumplir con el propósito de reconciliar a los cónyuges divorciantes.

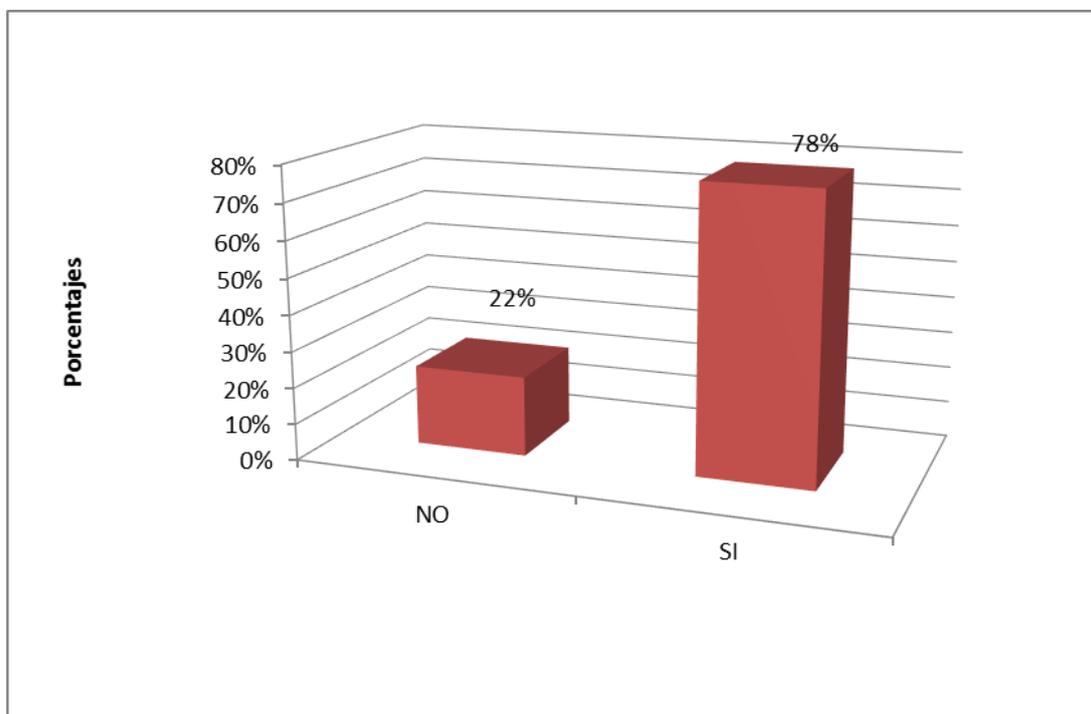
TERCERA PREGUNTA.- ¿Cree usted que al intervenir el procurador judicial, en la audiencia de conciliación, sin la presencia de los cónyuges, atenta contra el propósito de la reconciliación entre marido y mujer?

Cuadro 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	11	22 %
SI	39	78 %
Total	50	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Ana Magdalena Arévalo Barreto

Gráfico 3



INTERPRETACIÓN

Con respecto a la tercera pregunta, once encuestados que equivale el 22 % responden que al intervenir el procurador judicial, en la audiencia, sin la presencia del los cónyuges, no atentan contra el propósito de la reconciliación entre marido y mujer, porque los procuradores judiciales intervienen con el consentimientos de sus mandantes; mientras tanto, treinta y nueve encuestados que equivale el 78 % expresan que al intervenir el procurador judicial, en la audiencia de conciliación, sin la presencia de los cónyuges, atenta contra el propósito de la reconciliación entre marido y mujer, porque el juez está llamado a que busque la reconciliación de los cónyuges divorciantes, y que los procuradores no mandan en los sentimientos de sus representados.

ANÁLISIS

Con este criterio mayoritario que está de acuerdo en que la presencia de los procuradores judiciales y principalmente evacuar la audiencia de conciliación, sin la presencias de los cónyuges atenta contra el propósito de la reconciliación entre marido y mujer, esto permite introducir una reforma en el sentido a que el juez obligue a los cónyuges comparecer personalmente en la diligencia de audiencia de conciliación y así pueda cumplir con el propósito de reconciliar a las partes.

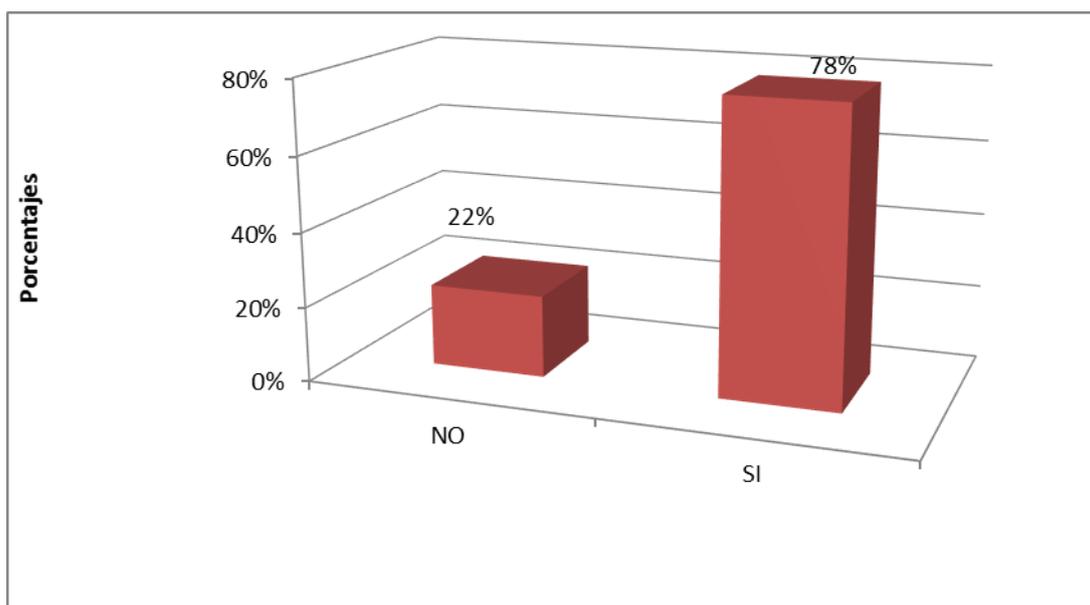
CUARTA PREGUNTA.- ¿Cree usted que es necesario que los cónyuges se hagan presentes personalmente a la diligencia de audiencia de conciliación y no sea delegable a un abogado en libre ejercicio profesional, para que de este modo el Juez cumpla con el propósito a la reconciliación de los cónyuges divorciantes?

Cuadro 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	11	22 %
SI	39	78 %
Total	50	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
 Autora: Ana Magdalena Arévalo Barreto

Gráfico 4



INTERPRETACIÓN

En referencia a la cuarta pregunta, once encuestados que equivale el 22 % indican que no es necesario que los cónyuges se hagan presentes personalmente a la diligencia de audiencia de conciliación y no sea delegable a un abogado en libre ejercicio profesional, para que de este modo el Juez cumpla con el propósito a la reconciliación de los cónyuges divorciantes; mientras tanto, treinta y nueve encuestados que equivale el 78 % indican que si es necesario la presencia personal a la diligencia de audiencia de conciliación y no sea delegable a un abogado en libre ejercicio profesional, porque el objetivo es que el juez cumpla con el propósito de la reconciliación entre marido y mujer.

ANÁLISIS

Personalmente considero que la no presencia de los cónyuges a la audiencia de conciliación, impide de alguna manera a que el juez cumpla con el propósito de tratar de reconciliar a los cónyuges divorciantes porque la reconciliación es una decisión de sentimientos entre los cónyuges.

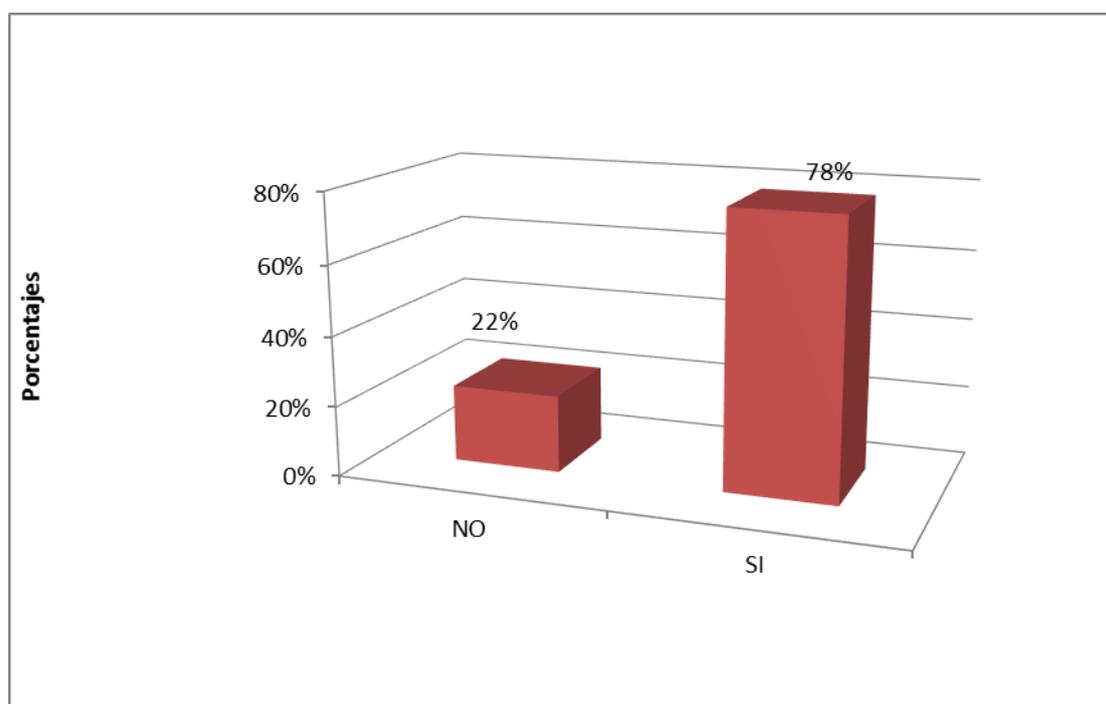
QUINTA PREGUNTA.- ¿Considera usted necesario incluir en el Código Civil, una disposición que faculte al juez obligando a los cónyuges comparecer personalmente en la diligencia de la audiencia de conciliación y así el juez pueda cumplir con el propósito de la reconciliación de los cónyuges divorciantes?

Cuadro 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	11	22 %
SI	39	78 %
Total	50	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Ana Magdalena Arévalo Barreto

Gráfico 5



INTERPRETACIÓN

En atención a la quinta pregunta, once encuestados que equivale el 22 % determinan que no es necesario incluir una reforma al Código Civil, a que el juez obligue la comparecencia de marido y mujer a la audiencia de conciliación y así el juez pueda cumplir con el propósito de la reconciliación de los cónyuges divorciantes; en cambio, treinta y nueve encuestados que equivale el 78 % expresan que si es necesario una disposición que faculte al juez obligando la comparecencia de los cónyuges divorciantes y así pueda el juez cumplir con el propósito de su reconciliación

ANÁLISIS

De acuerdo con la respuesta dada a esta pregunta se concluye que efectivamente faculte al juez obligando a los cónyuges comparecer personalmente en la diligencia de la audiencia de conciliación y así el juez pueda cumplir con el propósito de la reconciliación de los cónyuges divorciantes, esto justifica la inclusión de la indicada disposición legal en la parte pertinente del Código Civil.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos

OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario sobre la concurrencia de los procuradores judiciales en la audiencia de conciliación del juicio de divorcio consensual señalada en el Código Civil

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un estudio crítico en lo concerniente a la procuración judicial en los juicios de divorcio consensual.

- Demostrar las consecuencias que acarrea la procuración judicial durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo.

- Proponer una reforma al Art. 108 inciso primero Código Civil en cuanto a la comparecencia de los cónyuges para llevar a cabo la audiencia de conciliación.

7.2. Contrastación de hipótesis

La intervención de los procuradores judiciales para que lleve a cabo la audiencia de conciliación del juicio de divorcio consensual, es atentatoria al propósito de la reconciliación entre marido y mujer, por lo que es necesaria una

reforma a fin de que las partes acudan personalmente a la diligencia de conciliación

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

El divorcio consensual, es aquel decidido por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y declarado por sentencia judicial. Esta modalidad se encuentra contemplada en el artículo 107 del Código Civil, 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 medio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:*

- 1o.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;*
- 2o.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,*
- 3o.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.”³²*

De este modo podemos decir el divorcio consensual, es un acto absolutamente libre de los cónyuges quienes lo deciden y concretan, dar por terminado el matrimonio, que se caracteriza como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que procede en virtud de sentencia judicial.

³² CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 107

Los cónyuges que deciden dar por terminado el matrimonio, lo realizan por mutuo consentimiento para evitar escándalos entre los cónyuges y la circunstancia de no establecer al culpable, pero no surte efecto legal sin aprobación judicial dictada en sentencia por el Juez de lo Civil competente, pues de lo contrario sería nulo.

La naturaleza del divorcio consensual según el Dr. José García Falconi en su obra el Juicio de divorcio consensual expresa que: “*se caracteriza por asimilar el matrimonio a los contratos, admitiendo su ‘rescisión por mutuo consentimiento’, Pothier al respecto decía ‘El matrimonio es el más excelente y el más antiguo de los contratos’, pues el matrimonio es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades.*”³³

Es así que el tratadista señor doctor García Falconi, expone que si el matrimonio nace del libre consentimiento de las partes; y, las cosas en ciencia jurídica se deshacen de la misma manera como se hacen, es el divorcio la forma de terminar el contrato matrimonial.

Así el mismo tratadista anteriormente citado, manifiesta que: “*Muchos son los criterios a esta especie de divorcio y así tenemos que si bien Planiol y Ripert aceptan la teoría contractual, le asignan el matrimonio el carácter de institución, Tilín y Capitant señalan que el matrimonio no es un contrato como los otros*”³⁴

³³ GARCÍA FALCONI, José: El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 15

³⁴ GARCÍA FALCONI, José: El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 15

Considero que el divorcio consensual es de origen enteramente individualista, este sistema se basa en que el matrimonio se deshace como se hace, puesto que en un contrato; desde el momento en que los esposos estén de acuerdo con la terminación del matrimonio, esto se lleva a cabo mediante su formalización, la intervención del juez, que se limita únicamente a verificar la autenticidad de la voluntad de los cónyuges.

Mientras los seguidores de esta clase de divorcio, señalan que el matrimonio civil son los contrayentes los que celebran el contrato, los que constituyen y disuelven, mediante su mutuo consentimiento el vínculo jurídico que les une. De este modo el divorcio consensual es el resultado de aquella cláusula de derecho de las obligaciones. “Lo que libremente se ha contraído entre las partes, puede también libremente rescindirse”.

El divorcio por mutuo consentimiento tiene sus semblantes indudablemente beneficiosos, que depende de la acertada regulación jurídica, sin facilismos, más aun vivir una situación conflictiva en pareja, resulta más traumático que el rompimiento, parece que algo de sustanciación tiene el concepto de que todo matrimonio enfermo merece morir, sin desconocer que son evidentes las bondades del matrimonio sostenido en la fidelidad conyugal y la estabilidad de la familia.

Pues, la decisión de dar por terminado el matrimonio por mutuo acuerdo, se da porque existe algún tipo de problemas en pareja, que no quieren exteriorizarlo; acaso, en un matrimonio donde existe el amor, la comprensión, la fidelidad, el

respeto van a decidir los cónyuges de la noche a la mañana a divorciarse. Indudablemente no.

La procuración judicial responde a la libre manifestación de una persona que con plena capacidad jurídica procesal, no desea participar directamente de su acción y prefiere hacerlo a través de un representante que se llama mandatario o procurador.

Sobre el mandato el Código Civil en su artículo 2020 define que: *“Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*

La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.”³⁵

De esta definición se desprende que el Mandato es un encargo que una persona hace a otra, para la ejecución de un negocio que ha de entenderse realizado no por el que realmente lo ejecutó sino por el que hizo el encargo. Y que el mandatario es la persona que se hace cargo de uno o más negocios ajenos por cuenta y riesgo de la persona que encarga la gestión o negocio.

El mandato puede ser general y especial, entendida la extensión de los negocios confiados al mandato. La regla de ejecución del mandato comprende, no solo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo.

³⁵ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 2020

El mandato general son las atribuciones que confiere el mandante general, que está reglada en los términos prescritos en el Art. 2036 del Código Civil, que norma: “ *El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.* ”³⁶

El legislador ha cuidado de señalar algunos casos en los que es indispensable el otorgamiento de poder especial. Entre los actos que requiere poder especial tenemos:

1.- Un poder especial es necesario para transigir. El Art. 2350 del Código Civil, norma que: Todo mandatario necesitará de poder especial para transigir, con especificación de los bienes, derechos y acciones, sobre que debe versar la transacción.

2.- El Art. 44 del Código de Procedimiento Civil, estatuye que: El procurador especial debe atenerse a los términos del poder, y necesita de cláusula especial para transigir; compromete el pleito en pleito, en árbitros; desistir el pleito, absolver posesiones y definir al juramento decisorio; y, recibir la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella.

³⁶ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 2036

Al mandato se lo conoce generalmente como poder o procuración. Por él una persona encomienda a otra la ejecución de un negocio cierto o determinado, o todos los negocios comprendidos dentro del giro ordinario.

En cuanto a la procuración judicial, en la más Práctica Enciclopedia Jurídica del doctor Galo Espinosa define que el procurador judicial es: *“el mandatario que tiene poder para comparecer en juicio por otro”*³⁷

La procuración judicial solo la pueden ejercer los abogados en libre ejercicio profesional por disposición de la Ley de Federación de abogados. En el proceso, las partes pueden comparecer personalmente, o por medio de su representante legal, de su mandatario, procurador o apoderado. De ahí que la intervención de este sustituto de la parte litigante debe estar rodeada de los requisitos formales establecidos por la ley y contener, la expresión sine qua non, de su designación en el proceso, lo que tiene por consecuencia una operación procesal especial, que se denomina legitimación de personería, que envuelve una de las solemnidades especiales del juicio, cuya omisión es causa de nulidad procesal, según el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil.

Siendo la procuración judicial un mandato especial, cuyo ámbito consiste en actuar a nombre del mandante en los procesos y diligencias judiciales en general. O en procesos o diligencias específicos, por los juicios en que éste

³⁷ ESPINOSA M., Galo: **La Más Práctica Enciclopedia Jurídica**, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editado por Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 584

fuese actor o demandado, y especial cuando se le encargue la representación en una causa o en una diligencia o acto determinados.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: No es coherente que en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, intervengan solo los procuradores judiciales, en representación de los cónyuges divorciantes, por lo que impide que el juez pueda cumplir con el propósito de reconciliar a las partes:

SEGUNDA: La principal consecuencia de que solo intervengan los procuradores judiciales durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo, es que no se lleve a cabo, el propósito de reconciliar a los cónyuges por parte del Juez

TERCERA: Al intervenir únicamente los procuradores judiciales, dentro del proceso en la audiencia de conciliación atenta contra el propósito de reconciliación entre marido y mujer

CUARTA: Los cónyuges divorciantes deben presentarse personalmente a la diligencia de audiencia de conciliación, para que estos tengan la oportunidad de llegar a la reconciliación ya sea por su voluntad o por intervención del Juez de la causa

QUINTA: El Código Civil, no posee una normativa que faculte al juez, para que los cónyuges divorciantes por mutuo acuerdo comparezcan personalmente a la diligencia de la audiencia de conciliación

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: A la Asamblea Nacional que reforme el Art. 107 del Código Civil por atender contra el propósito de la reconciliación de las partes, por la comparecencia de los procuradores judiciales, en la audiencia de conciliación, sin la intervención de los cónyuges divorciantes, para que el juez pueda realizar el avenimiento de las partes.

SEGUNDA: A la Función Ejecutiva la aprobación de una reforma del sistema jurídico, para que el juez, obligue tanto marido como mujer comparezcan a la audiencia de conciliación, para que el juez pueda realizar el avenimiento de las partes.

TERCERA: A la Función Judicial que por medio de los abogados que tramitan el divorcio consensual, obligue a los cónyuges divorciantes, para que comparezcan personalmente a la audiencia de conciliación, para que de esta manera el Juez ponga empeño por conseguir que se reconcilien las partes.

CUARTA: A la sociedad, que la obligación, de comparecer los cónyuges divorciantes, personalmente, a la audiencia de conciliación debe ser mirada como el camino para que se dé un avenimiento de los litigantes.

QUINTA: A las instituciones, universidades, organismos gubernamentales y no gubernamentales desarrollen programas de reconocimiento y protección a la familia como célula fundamental de la sociedad, porque nuestra Constitución

Política de la República del Ecuador garantiza las condiciones que favorezcan integralmente a sus fines.

SEXTA: Al Consejo Nacional de la Judicatura, obligue a los Juez, a presidir y asistir personalmente a la audiencia de conciliación, para que procuren la reconciliación de las partes, para lograr el restablecimiento de la armonía de las partes.

SEPTIMA: A los cónyuges que comparezcan personalmente a la audiencia de conciliación, en el trámite de divorcio por mutuo acuerdo, y no por intermedio del procurador judicial, porque es una voluntad propia de los dos de divorciarse, que puede o no haber causas graves, por lo que puede haber un avenimiento entre los litigantes.

OCTAVA: A los abogados que intervienen en el trámite de divorcio por mutuo consentimiento como procuradores judiciales, deben comparecer en la audiencia de conciliación con la presencia de los cónyuges divorciantes, porque entre ellos puede existir una reconciliación, mientras tanto, que los procuradores son profesionales que a mas de tener facultad de obrar en el proceso no pueden decidir el avenimiento de las partes.

9.1. Propuesta de reforma

Que el Art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la Ley, generará los mismo derechos y obligaciones que tiene las familias constituidas mediante matrimonio.

Que de acuerdo al Art. 107 del Código Civil dispone, que 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 medio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges.

Que el considerando anterior es una incongruencia porque el Juez no puede llevar a las partes a un avenimiento o reconciliación tal como lo ordena el Art. 115 del mismo cuerpo de leyes en la que el Juez en la audiencia de conciliación buscará el avenimiento de los litigantes.

Que la intervención de los procuradores judiciales para que lleve a cabo la audiencia de conciliación del juicio de divorcio consensual, es atentatoria al propósito de la reconciliación entre marido y mujer, por lo que es necesaria una reforma a fin de que las partes acudan personalmente a la diligencia de conciliación.

Que es indispensable la comparecencia personal a la audiencia de conciliación de los cónyuges divorciantes y no por intermedio de procuradores judiciales para así el Juez cumpla con el propósito de buscar la reconciliación de las partes en un juicio de divorcio por mutuo consentimiento.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL.

Art. 1.- Refórmese el artículo 108 inciso primero por el siguiente:

Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el Juez de lo Civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que los cónyuges divorciantes se presentarán personalmente con el objeto de que el Juez oiga a las partes y procure conciliarlas en dicha audiencia en forma reservada, 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.

Disposición Final.- Esta Reforma al Código Civil entrará en vigencia a través de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Salón Plenario de la Asamblea Nacional, en Quito Distrito
Metropolitano, a los 22 días del mes de octubre del dos mil catorce.

Gabriela Rivadeneira Burbano

PRESIDENTA

Libia Rivas Ordóñez

SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Heliasta, edición 12ª, Buenos Aires – Argentina, 1979, p. 433
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR: Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2013, Art. 68, 83
- CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 107, 108, 117, 2020, 2036, 2045, 2047
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 38, 43, 44, 45, 1010
- CÓDIGO CIVIL DE ARGENTINA:
www.utsupra.com/civil/código/civil/índice/civilhtm
- Código Civil Poder Legislativo / República Oriental del Uruguay. CÓDIGO CIVIL. (Según las modificaciones y texto aprobado por la Ley 16.603).
www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoCivil/1996/Cod_Civil.htm
- COELLO GARCÍA, Enrique: Sistema Procesal Civil; Volumen II; Las Personas y el Proceso Civil, Impreso en Talleres Gráficos de la Universidad Técnica Particular de Loja, Dic – 1997, Loja-Ecuador; p 101, 102.

- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Jurídica Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 630, 781

- ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Vocabulario Jurídico, Primera Parte, Volumen I A-H, Editado por Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 209

- ESPINOSA MERINO, Galo: La más práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 489, 584

- GARCÍA FALCONI, José: El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 13, 15, 48

- OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008, p.477, 982, p. 235, 517.

- PARRAGUEZ RUIZ, Luís: Manual de Derecho Civil Ecuatoriano; Personas y Familia; Universidad Técnica Particular de Loja; Ediciones Ciencias Jurídicas, Volumen I; Segunda Edición; Enero 1999; Loja-Ecuador; p. 270, 271, 273

- VELASCO CÉLLERI, Emilio Sistema de Práctica Procesal Civil, Segunda edición, Tomo II, Pudeleco Editores S. A. 1996, Quito-Ecuador, 1996, p. 57

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado, sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema “REFORMA DEL ART. 108 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN QUE LA CONCURRENCIA DE LOS PROCURADORES JUDICIALES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO CONSENSUAL ATENTA CONTRA EL PROPÓSITO DE RECONCILIACIÓN DE LAS PARTES”, su colaboración nos será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

1.- ¿Cree usted que es coherente que en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, para cumplir con el propósito y expresar de consuno y de viva voz su resolución de dar por terminado el vínculo matrimonial, intervengan solo los procuradores judiciales con su consentimiento, sin la presencia de los cónyuges, durante todo el trámite?

Si () No ()

Por qué.....

.....

2.- ¿Indique qué consecuencias según su criterio acarrea a que solo intervengan los procuradores judiciales durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo?

Si () No ()

Por qué.....

.....

3.- ¿Cree usted que al intervenir el procurador judicial, en la audiencia de conciliación, sin la presencia de los cónyuges, atenta contra el propósito de la reconciliación entre marido y mujer?

Si () No ()

Por qué.....

.....

4.- ¿Cree usted que es necesario que los cónyuges se hagan presentes personalmente a la diligencia de audiencia de conciliación y no sea delegable a un abogado en libre ejercicio profesional, para que de este modo el Juez cumpla con el propósito a la reconciliación de los cónyuges divorciantes?

Si () No ()

Por qué.....

.....

5.- ¿Considera usted necesario incluir en el Código Civil, una disposición que faculte al juez obligando a los cónyuges comparecer personalmente en la diligencia de la audiencia de conciliación y así el juez pueda cumplir con el propósito de la reconciliación de los cónyuges divorciantes?

Si () No ()

Por qué.....

.....



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Tema:

“REFORMA DEL ART. 108 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN QUE LA CONCURRENCIA DE LOS PROCURADORES JUDICIALES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO CONSENSUAL ATENTA CONTRA EL PROPÓSITO DE RECONCILIACIÓN DE LAS PARTES.”.

PROYECTO DE TESIS
PREVIO A LA OBTENCION
DEL TÍTULO DE ABOGADO

POSTULANTE:

Ana Magdalena Arévalo Barreto

LOJA- ECUADOR

2014

1. TEMA.

REFORMA DEL ART. 108 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN QUE LA CONCURRENCIA DE LOS PROCURADORES JUDICIALES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO CONSENSUAL ATENTA CONTRA EL PROPÓSITO DE RECONCILIACIÓN DE LAS PARTES.

2. PROBLEMÁTICA.

Al establecer en el Código Civil Ecuatoriano, la comparecencia de marido y/o mujer mediante procuración judicial para que intervenga en los juicios de divorcio consensual o por mutuo consentimiento durante todo el proceso, atenta en la audiencia de conciliación contra el propósito de la reconciliación de las partes.

La audiencia de conciliación permite a cada parte litigante hacer la exposición que tuviere por conveniente hacer presentar al Juez, principalmente de las concesiones que se ofrezca para llegar a la conciliación. Se entiende que tales concesiones están subordinadas siempre a la condición de ser aceptadas en la conciliación por la contraparte, de tal modo que no implicaran, en caso alguno, reforma de cuestiones hecho y de derecho planteadas en la demanda y en la contestación.

El mandato de la Ley, consiste, que el Juez por su parte, procurara con el mayor interés que los litigantes llegaren a una conciliación.

En nuestra Legislación desgraciadamente no se prevé la necesidad de que los cónyuges se hagan presentes, personalmente a la diligencia de conciliación, como si lo disponen otras legislaciones, de este modo debe haber presentación conjunta de los esposos a esta importantísima diligencia, así esta comparecencia deberá ser personal o no delegable a un abogado en libre ejercicio profesional, para que de este modo cumpla con el propósito antes señalado.

Con la presencia de las partes el Juzgador va a observar que la demanda ha sido firmada por las partes, y con ellos se garantiza que no exista una falsificación de documentos de la presentación de la misma.

La misión de conciliar a las partes debe efectuarse en presencia del Juez de lo Civil y este no puede delegar la conciliación a persona alguna. Su misión es primero escuchar a las partes y segundo procurar conciliarlos agotando todos los medios a su alcance.

En caso de existir conciliación de las partes, se extingue el proceso de Divorcio por Mutuo Consentimiento y se pone por tal fin al juicio, se deja constancia de este particular en el acta respectiva y se dispone el archivo de la causa.

Obviamente los consortes de común acuerdo pueden poner fin a sus desavenencias, ya por el hecho de volver a cohabitar sin necesidad de intervención judicial, ya mediante declaración expresa ante el Juez de lo Civil donde se tramita el proceso de divorcio consensual.

3. JUSTIFICACIÓN

Mi tema de tesis para el grado de abogado titulado REFORMA DEL ART. 108 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN QUE LA CONCURRENCIA DE LOS PROCURADORES JUDICIALES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO CONSENSUAL ATENTA CONTRA EL PROPÓSITO DE RECONCILIACIÓN DE LAS PARTES, lo justifico por las siguientes consideraciones.

En el ámbito jurídico, se demuestra la necesidad de reformar el Art. 108 EL Código Civil, en relación a establecer la comparecencia de los cónyuges a la audiencia de conciliación en el juicio de divorcio consensual, porque la presencia de los procuradores atenta contra la reconciliación de las partes.

En el ámbito social, es justificable la presente problemática porque el juez en el juicio de divorcio llama a las partes a reconciliarse, y los procuradores al ser meros mandatarios, no puede el juez llevar a cabo la reconciliación de las partes.

Desde el punto de vista académico, la presente investigación permite conocer, el ámbito de aplicación de las leyes, para lo cual justifica que su realización se cumpla con los parámetros que determina la Universidad Nacional de Loja y pueda sustentarse en el informe final de la investigación de la necesidad de reformar el Art. 108 inciso primero Código Civil en cuanto a la comparecencia de los cónyuges para llevar a cabo la audiencia de conciliación.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario sobre la concurrencia de los procuradores judiciales en la audiencia de conciliación del juicio de divorcio consensual señalada en el Código Civil

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un estudio crítico en lo concerniente a la procuración judicial en los juicios de divorcio consensual.

- Demostrar las consecuencias que acarrea la procuración judicial durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo.

- Proponer una reforma al Art. 108 inciso primero Código Civil en cuanto a la comparecencia de los cónyuges para llevar a cabo la audiencia de conciliación.

5. HIPÓTESIS

La intervención de los procuradores judiciales para que lleve a cabo la audiencia de conciliación del juicio de divorcio consensual, es atentatoria al propósito de la reconciliación entre marido y mujer, por lo que es necesaria una reforma a fin de que las partes acudan personalmente a la diligencia de conciliación

6. MARCO TEÓRICO

El doctor José García Falconi en su manual de práctica procesal civil, El Juicio de Divorcio Consensual o por Mutuo Consentimiento, define al divorcio consensual expresando que: *“Es el divorcio, en el cual marido y mujer, expresan su mutuo consentimiento en poner fin a sus obligaciones recíprocas nacidas del matrimonio”*³⁸.

El divorcio consensual se refiere a que no es posible el sostenimiento del matrimonio y que por la voluntad de ambos cónyuges dan por terminado sus obligaciones como marido y mujer.

Luís Parraguez Ruiz en su Manual de Derecho Civil Ecuatoriano manifiesta que la modalidad del divorcio consensual o por mutuo consentimiento señala que: *“No constituye un homenaje a la voluntad de los cónyuges, ni tampoco un mecanismo cómodo y fácil para disolver el vínculo matrimonial. No es*

³⁸ GARCÍA FALCONI, José: **El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento**, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 13

necesariamente un divorcio sin causa, es simplemente un divorcio sin causa determinada por la ley y aprobada por los jueces”³⁹

La opinión del tratadista Parraguez implica que a pesar del consentimiento mutuo de los cónyuges de divorciarse se encuentran una o más causas que motivan su disolución y que estas no desempeñan ningún papel en el procedimiento judicial, porque no se los plantea, no se los analizan ni se los califica.

El divorcio consensual, es aquel decidido por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y declarado por sentencia judicial. Esta modalidad se encuentra contemplada en el artículo 107 del Código Civil, 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 medio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

- 1o.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;*
- 2o.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,*
- 3o.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.”⁴⁰*

³⁹ PARRAGUEZ RUIZ, Luís: Manual de Derecho Civil Ecuatoriano; Personas y Familia; Universidad Técnica Particular de Loja; Ediciones Ciencias Jurídicas, Volumen I; Segunda Edición; Enero 1999; Loja-Ecuador; p. 271

⁴⁰ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 107

De este modo podemos decir el divorcio consensual, es un acto absolutamente libre de los cónyuges quienes lo deciden y concretan, dar por terminado el matrimonio, que se caracteriza como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que procede en virtud de sentencia judicial.

Los cónyuges que deciden dar por terminado el matrimonio, lo realizan por mutuo consentimiento para evitar escándalos entre los cónyuges y la circunstancia de no establecer al culpable, pero no surte efecto legal sin aprobación judicial dictada en sentencia por el Juez de lo Civil competente, pues de lo contrario sería nulo.

La naturaleza del divorcio consensual según el Dr. José García Falconi en su obra el Juicio de divorcio consensual expresa que: *“se caracteriza por asimilar el matrimonio a los contratos, admitiendo su ‘rescisión por mutuo consentimiento’, Pothier al respecto decía ‘El matrimonio es el más excelente y el más antiguo de los contratos’, pues el matrimonio es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades.”*⁴¹

Es así que el tratadista señor doctor García Falconi, expone que si el matrimonio nace del libre consentimiento de las partes; y, las cosas en ciencia jurídica se deshacen de la misma manera como se hacen, es el divorcio la forma de terminar el contrato matrimonial.

⁴¹ GARCÍA FALCONI, José: El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 15

Así el mismo tratadista anteriormente citado, manifiesta que: *“Muchos son los criterios a esta especie de divorcio y así tenemos que si bien Planiol y Ripert aceptan la teoría contractual, le asignan el matrimonio el carácter de institución, Tilín y Capitant señalan que el matrimonio no es un contrato como los otros”*⁴²

Considero que el divorcio consensual es de origen enteramente individualista, este sistema se basa en que el matrimonio se deshace como se hace, puesto que en un contrato; desde el momento en que los esposos estén de acuerdo con la terminación del matrimonio, esto se lleva a cabo mediante su formalización, la intervención del juez, que se limita únicamente a verificar la autenticidad de la voluntad de los cónyuges.

Mientras los seguidores de esta clase de divorcio, señalan que el matrimonio civil son los contrayentes los que celebran el contrato, los que constituyen y disuelven, mediante su mutuo consentimiento el vínculo jurídico que les une. De este modo el divorcio consensual es el resultado de aquella cláusula de derecho de las obligaciones. “Lo que libremente se ha contraído entre las partes, puede también libremente rescindirse”.

El divorcio por mutuo consentimiento tiene sus semblantes indudablemente beneficiosos, que depende de la acertada regulación jurídica, sin facilismos, más aun vivir una situación conflictiva en pareja, resulta más traumático que el

⁴² GARCÍA FALCONI, José: El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 15

rompimiento, parece que algo de sustanciación tiene el concepto de que todo matrimonio enfermo merece morir, sin desconocer que son evidentes las bondades del matrimonio sostenido en la fidelidad conyugal y la estabilidad de la familia.

Pues, la decisión de dar por terminado el matrimonio por mutuo acuerdo, se da porque existe algún tipo de problemas en pareja, que no quieren exteriorizarlo; acaso, en un matrimonio donde existe el amor, la comprensión, la fidelidad, el respeto van a decidir los cónyuges de la noche a la mañana a divorciarse. Indudablemente no.

La procuración judicial responde a la libre manifestación de una persona que con plena capacidad jurídica procesal, no desea participar directamente de su acción y prefiere hacerlo a través de un representante que se llama mandatario o procurador.

Sobre el mandato el Código Civil en su artículo 2020 define que: “ *Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*

La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.”⁴³

De esta definición se desprende que el Mandato es un encargo que una persona hace a otra, para la ejecución de un negocio que ha de entenderse

⁴³ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 2020

realizado no por el que realmente lo ejecutó sino por el que hizo el encargo. Y que el mandatario es la persona que se hace cargo de uno o más negocios ajenos por cuenta y riesgo de la persona que encarga la gestión o negocio.

El mandato puede ser general y especial, entendida la extensión de los negocios confiados al mandato. La regla de ejecución del mandato comprende, no solo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo.

El mandato general son las atribuciones que confiere el mandante general, que está reglada en los términos prescritos en el Art. 2036 del Código Civil, que norma: *“ El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado. ”*⁴⁴

El legislador ha cuidado de señalar algunos casos en los que es indispensable el otorgamiento de poder especial. Entre los actos que requiere poder especial tenemos:

⁴⁴ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 2036

1.- Un poder especial es necesario para transigir. El Art. 2350 del Código Civil, norma que: Todo mandatario necesitará de poder especial para transigir, con especificación de los bienes, derechos y acciones, sobre que debe versar la transacción.

2.- El Art. 44 del Código de Procedimiento Civil, estatuye que: El procurador especial debe atenerse a los términos del poder, y necesita de cláusula especial para transigir; compromete el pleito en pleito, en árbitros; desistir el pleito, absolver posesiones y definir al juramento decisorio; y, recibir la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella.

Al mandato se lo conoce generalmente como poder o procuración. Por él una persona encomienda a otra la ejecución de un negocio cierto o determinado, o todos los negocios comprendidos dentro del giro ordinario.

En cuanto a la procuración judicial, en la más Práctica Enciclopedia Jurídica del doctor Galo Espinosa define que el procurador judicial es: *“el mandatario que tiene poder para comparecer en juicio por otro”*⁴⁵ La procuración judicial solo la pueden ejercer los abogados en libre ejercicio profesional por disposición de la Ley de Federación de abogados. En el proceso, las partes pueden comparecer personalmente, o por medio de su representante legal, de su mandatario, procurador o apoderado. De ahí que la intervención de este sustituto de la parte litigante debe estar rodeada de los requisitos formales establecidos por la

⁴⁵ ESPINOSA M., Galo: **La Más Práctica Enciclopedia Jurídica**, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editado por Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 584

ley y contener, la expresión sine qua non, de su designación en el proceso, lo que tiene por consecuencia una operación procesal especial, que se denomina legitimación de personería, que envuelve una de las solemnidades especiales del juicio, cuya omisión es causa de nulidad procesal, según el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil.

Siendo la procuración judicial un mandato especial, cuyo ámbito consiste en actuar a nombre del mandante en los procesos y diligencias judiciales en general. O en procesos o diligencias específicos, por los juicios en que éste fuese actor o demandado, y especial cuando se le encargue la representación en una causa o en una diligencia o acto determinados.

7. METODOLOGÍA.

Para el desarrollo del presente proyecto de abogado aplicaré el método científico, así como los métodos inductivo, deductivo, y procesos de análisis y síntesis. Al aplicar el método deductivo, este me ayudará a partir desde conocimientos generales hasta llegar a conocimientos particulares.

Utilizaré también el procedimiento de la observación el cual me ayudará a darme cuenta de una manera superficial lo que sucede en el lugar de la investigación, en donde obtendré la información para las interrogantes del respectivo sondeo. Al estudiar los datos lo haré analíticamente lo que me permitirá descomponer cada una de las preguntas facilitándome así la síntesis

para la verificación de las hipótesis y el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones.

Seguidamente en el transcurso de la investigación me apoyaré en fuentes bibliográficas tales como: códigos, libros, revistas, periódicos; para lo cual utilizaré la técnica de fichaje la misma que me permitirá sintetizar y organizar el informe final; por capítulos, temas y subtemas; estos conocimientos obtenidos podrán ser utilizados cuando lo necesite para la presente tesis.

Posteriormente realizaré la investigación de campo en la ciudad de Quito, en donde obtendré la información directa y documental de los casos de que se ha dado procuración judicial para tramitar juicios de divorcio consensual; a través de 30 encuestas dirigidas a profesionales del derecho.

Los resultados recopilados durante mi investigación serán expresados en la tesis, la misma que contendrá la recopilación bibliográfica y el análisis de resultados los cuales serán expresados mediante cuadros estadísticos. Finalmente realizaré la comprobación de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada. Esta fase se concretará con la formulación de las conclusiones, recomendaciones y proyecto de reforma encaminado a la solución del problema planteado.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

AÑO 2014

ACTIVIDADES	Mayo	Junio	julio	Agosto	Sep.	Oct.
	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4
Selección de Tema y aprobación	x x					
Elaboración del proyecto	x					
Aprobación del proyecto	x					
Acopio de la información bibliográfica		x x x	x x			
Investigación de campo			x x	x x x x		
Conclusiones, Recomendaciones					x x	
Redacción del Informe Final					x x	
Presentación del Informe Final						x x

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. Recursos Humanos:

- Director de Tesis: Por consignarse
- Investigador: Ana Magdalena Arévalo Barreto

9.2. Recursos Materiales

Recopilación de bibliografía	\$ 200 ⁰⁰
Materiales de escritorio	\$ 100 ⁰⁰
Digitación del texto	\$ 200 ⁰⁰
Edición de tesis	\$ 300 ⁰⁰
Movilización	\$ 50 ⁰⁰
Encuadernación	\$ 50 ⁰⁰
Imprevistos	\$ 100 ⁰⁰
TOTAL	\$ 1000 ⁰⁰

9.3. Financiamiento

Los un mil dólares americanos, previstos para la elaboración del presente trabajo investigativo serán financiados y cubiertos en su totalidad por el investigador.

10. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- AGUILAR, Mariano. Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Francisco Seix S.A.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edición, 1997, Editorial Heliasta S.R.L.
- CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito – Ecuador; 2014;
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; El Forum Editores; Quito - Ecuador; 2014
- LARREA HOLGUÍN, Juan: Derecho Civil del Ecuador, III, Filiación, Estado Civil y Alimentos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Guayaquil – Ecuador, 2008
- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Guayaquil – Ecuador, 2010

ÍNDICE

PORTADA	i
CERTIFICACION	ii
AUTORIA	iii
CARTA DE AUTORIZACION	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
TABLA DE CONTENIDOS	viii
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. Abstract.	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA	8
4.1. MARCO CONCEPTUAL	8
4.1.1. Procurador judicial	8
4.1.2. Audiencia de conciliación	9
4.1.3. Juicio	11
4.1.4. Divorcio Consensual	12
4.1.5. Reconciliación	13
4.1.6. Marido	14
4.1.7. Mujer	14
4.2. MARCO DOCTRINARIO	15
4.2.1. La procuración judicial en los juicios de divorcio consensual.	15

4.2.2. Consecuencias que acarrea la procuración judicial durante el trámite de divorcio por mutuo acuerdo	19
4.3. MARCO JURÍDICO	21
4.3.1. Constitución República del Ecuador	21
4.3.2. Código Civil	22
4.3.3 Código de Procedimiento Civil	31
4.4 LEGISLACION COMPARADA	37
4.4.1 Argentina	37
4.4.2 Uruguay	40
5. MATERIALES Y MÉTODOS	43
6. RESULTADOS	46
6.1. Resultados de la encuesta	46
7. DISCUSIÓN	56
7.1. Verificación de objetivos	56
7.2. Contrastación de hipótesis	56
7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma	57
8. CONCLUSIONES	64
9. RECOMENDACIONES	65
9.1. Propuesta de reforma	67
10. BIBLIOGRAFÍA	70
11. ANEXOS	72
ÍNDICE	91