

Evolución del divorcio en sede notarial en Ecuador y en el sistema notarial latino

Evolution of divorce in notarial headquarters in Ecuador and in the Latin notarial system

Stalin Javier Lucas Baque ¹ (staluc2012@hotmail.com) 0000-0001-5421-4520

José Jesús Albert Márquez ² (jj1almaj@uco.es) 0000-0001-9901-4194

Resumen

El siguiente artículo aborda una problemática que en la actualidad cobra gran significación y que afecta a la sociedad. En este sentido, el objetivo de este trabajo consiste en analizar el actual marco legal y procedimental del divorcio en sede notarial con hijos, el cambio de concepción doctrinal, en requisitos, duración, condiciones legales, así como la expansión de esta atribución de jurisdicción voluntaria a nivel de los países de sistema notarial latino. Al respecto, su aceptación y su evidente utilidad en la administración de justicia justifican la importancia de su estudio en el derecho notarial ecuatoriano y en el de los países de sistema latino. Para ello, fue necesario la utilización de los siguientes métodos: jurídicos exegetico, comparativo y el hermenéutico jurídico para el adecuado análisis e interpretación de la normativa civil y notarial pertinente del Ecuador y de los países en los que los notarios divorcian con y /o sin hijos. De manera que, el resultado es una visión histórica, evolutiva y actualizada de esta institución notarial. Su aceptación y su evidente utilidad en la administración de justicia justifican la importancia de su estudio en el derecho notarial ecuatoriano y en el de los países de sistema latino.

Palabras claves: Divorcio, sede notarial, hijos menores.

Abstract

The following article addresses a problem that currently takes on great significance and that affects society. In this sense, the objective of this work is to analyze the current legal and procedural framework of divorce in notarial headquarters with children, the change of doctrinal conception, in requirements, duration, legal conditions, as well as the expansion of this attribution of voluntary jurisdiction at the level of the Latin notary system countries. In this regard, its acceptance and its evident usefulness in the administration of justice justify the importance of its study in Ecuadorian notarial law and in that of the countries of the Latin system. For this, it was necessary to use the following methods: legal exegetical, comparative and legal hermeneutic for the proper analysis and interpretation of the relevant civil and notarial regulations of Ecuador and of the countries in which the notaries divorce with and / or without sons. So, the result is a historical, evolutionary and

¹ Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Ecuador. Docente Titular de la Facultad de Derecho. Magister en Tributación y Finanzas. doctorando de la Universidad de Córdoba – España.

² PhD. Universidad de Córdoba – España. Docente de la Facultad de Derecho.

updated vision of this notarial institution. Its acceptance and its evident utility in the administration of justice justify the importance of its study in the Ecuadorian notarial law and in that of the Latin system countries.

Key words: Divorce, notarial seat, minor children.

Breve visión histórica del divorcio consensual

La palabra **divorcio** proviene del latín *divortium*, provista del prefijo *di-/dis-* que significa separación o divergencia en diferentes sentidos, y de la raíz del verbo *verto* cuyo significado es volver, dar la vuelta, girar o hacer girar.

Sobre esta base, sus orígenes se remontan al siglo XXX antes de Cristo, así, el Código de Hamurabi establecía el divorcio de una manera más o menos restringida. Al respecto, en el primer siglo de nuestra era, Jesús hacía referencia de la existencia en la comunidad judía, según los estudios de Arroyo (2016)

En este sentido, el Diccionario Jurídico Cabanellas define “*como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos*”. Por ello, se establece la distinción fundamental entre divorcio, nulidad y otras formas de terminación de matrimonio.

En consonancia con ello, el código civil ecuatoriano establece que es una de las cuatro maneras de terminación del matrimonio y determina que disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, de acuerdo con Soto (2015).

El divorcio consensual

Al respecto, conocido también como por mutuo consentimiento y en otras legislaciones como divorcio remedio, divorcio contractual. En consonancia con lo anterior, García (1997), conceptualiza el divorcio consensual como el divorcio, en el cual marido y mujer, expresan su mutuo consentimiento en poner fin a sus obligaciones recíprocas nacidas del matrimonio.

De manera que, hay que considerar que este concepto de divorcio consensual varía de acuerdo al funcionario público facultado en las diferentes legislaciones del mundo, en la que la gran mayoría está radicada aún en el órgano jurisdiccional. Asimismo, en algunos casos a funcionarios administrativos y en otros en notarios públicos.

Consecuentemente, se podría afirmar que el divorcio consensual o de mutuo consentimiento es la decisión de los cónyuges. Los mismos, dan por terminada el contrato matrimonial ante un funcionario y mediante un proceso establecido por la Ley.

El divorcio en el Ecuador

En las primeras décadas de vida republicana, la institución de divorcio no existía, en el Código Civil de 1860, y en el del 1889, decía en ambos textualmente: “*Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído*”.

En este sentido, a partir de 1895, se estableció por primera vez el matrimonio civil en el país; en 1902 se admitió el divorcio por adulterio de la mujer; en 1904 se aceptaron otras dos causales para el divorcio, esto es: adulterio de la mujer, concubinato del marido y atentado de uno de los esposos contra la vida del otro. El 30 de septiembre de 1910, se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento. Sobre esta base, desde 1935 el divorcio por mutuo consentimiento se realizaba mediante un trámite sumarisimo que duraba un día y que se practicaba ante los jefes o tenientes políticos de jurisdicción parroquia.

De manera que, otras naciones latinoamericanas comparten estas atribuciones. Al respecto, por ejemplo, en materia de divorcio notarial que la Republica de Cuba en el año 1994, fue el primer país que lo institucionalizó; después continuó Colombia en el año 2005 y luego les siguió el Ecuador en el año 2006, (Nano 1995), Brasil y Guatemala en el año 2007, Nicaragua y Bolivia en 2014; México se sumó en el 2017. Por su parte, en Europa específicamente en España en el 2015. De ahí que, es el primero de los países europeos que han incursionado el divorcio contractual sin hijos menores. En Asia, Japón y China también existe el divorcio notarial

Evolución del divorcio por mutuo consentimiento en sede notarial en el Ecuador

Actualmente, el divorcio es una de las cuatro causales de terminación de matrimonio, existiendo dos tipos el controvertido y el consensual, este último, de dos posibles procedimientos: uno en sede judicial y otro en sede notarial. El divorcio notarial ha pasado por 3 etapa plenamente diferenciada, en consonancia con Santos (2011)

Primera etapa: Atribución compartida

En el año 2005, El legislador ecuatoriano compartió la atribución de divorcio consensual de los jueces civiles, con los notarios, siempre que no haya hijos comunes menores de 18 años o dependientes, entendiéndose como la tal a adultos incapaces. El procedimiento estaba contemplado en los Art. 106 y 107 del Código Civil y tenía una duración de dos meses un día como mínimo. Sobre esta base, queda expresado que Ecuador fue uno de los tres primeros países que concedió a los notarios la atribución del divorcio consensual.

Segunda etapa: atribución exclusiva de los notarios

Con la vigencia inicial del COGEP en el 2015, se concedió de manera exclusiva a los notarios el divorcio consensual sin hijos menores ni dependientes, pero no se modificó los plazos, mientras que los divorcios consensuales con hijos menores o dependientes en sede judicial, tendrían una duración de 11 días a 20 días. No obstante, el legislador corrigió el plazo con la Ley reformativa a la Ley Notarial del 30 de diciembre del 2016, redujo el plazo del divorcio en sede notarial en un mínimo de 2 a 10 días; y se agregó la facultad de disolver las uniones de hecho.

En este sentido, el procedimiento actual estuvo contemplado en el Art. 22 reformado de la Ley Notarial y en el Art. 106 y 107 Código Civil como norma supletoria.

Requisitos:

- Que sea de mutuo consentimiento.
- Que no hayan hijos menores de edad, ni hijos dependientes
- Que los comparecientes soliciten conjuntamente y ratifique en la audiencia de conciliación. Los solicitantes cónyuges o convivientes en unión de hecho podrán comparecer directamente o a través de procuradores.

A diferencia del divorcio en sede judicial que de acuerdo al COGEP determinaba que: los cónyuges o a los convivientes a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial.

Procedimiento

- Los cónyuges o convivientes solicitantes presentaban una petición conjunta en un formulario único disponible en la página del Consejo Nacional de la Judicatura, patrocinada por uno o más abogados, en él debían manifestar bajo juramento y de “consuno y viva voz, y en virtud que es nuestra voluntad definitiva terminar con el matrimonio”, que no tenían hijos menores o bajo dependencia y que la mujer no se encontraba en estado de embarazo. Agregaban la partida de matrimonio o declaratoria de unión de hecho, copias de la cédula de ciudadanía y de votación.
- El notario examinaba la petición y los documentos adjuntos y elaboraba un acta de reconocimiento de firmas y rúbricas, fijaba fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo entre uno a diez días,
- En el día de la audiencia los cónyuges o convivientes (o sus procuradores) debían ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse.
- El notario levantaba un acta de la diligencia en la que declara disuelto el vínculo matrimonial o la terminación de la unión de hecho.
- El notario protocolizaba el acta y otorga dos copias certificadas que debía ser llevados a inscribirlo en el Registro Civil.
- El notario notificaba a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación en el plazo establecido en el Art 19 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.
- Si no realizaba la audiencia en la fecha señalada por el notario, los cónyuges o conviviente podrían solicitar una nueva fecha y hora dentro del plazo de cinco días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse; si no se lleva a cabo la audiencia por inasistencia. el notario archivaba la petición.

Tercera etapa: atribución exclusiva de divorcio con hijos menores de edad

En este sentido, en Cuba, Colombia, Perú y ahora el Ecuador son los países que incursionaron en el divorcio notarial con hijos. Para ello, se establece el 16 de abril de 2019 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 517 del 26 de junio del 2019. Este, refiere que el legislador ecuatoriano, reforma el numeral 22 del mencionado artículo 18 y dispuso el divorcio consensual con hijos, siempre que su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente.

Sobre esta base, esta reforma fue mucho más allá de facultar al notario a divorciar con hijos. De ahí que, el numeral en mención, fue sustituido, y con ello derogó consciente o inconscientemente el procedimiento y el tiempo de convocar la audiencia de conciliación. Esto, conllevó a que se entendiera al divorcio que duraba entre dos a diez días, se le llegue a realizar en el mismo momento o día.

En consonancia con lo anterior, con esta reforma, en materia de divorcio notarial, Ecuador se pone a tono con legislaciones como la cubana y la peruana que fueron pioneras en estas atribuciones y al mismo tiempo sirve como referencia para otras legislaciones que actualmente están analizando esta posibilidad.

Discusión

Al respecto, el divorcio forma parte de un conjunto de atribuciones que los legisladores de los países del notariado latino han traspasado de la competencia del Juez al fedatario público llamado notario; y que toman el nombre de atribuciones de jurisdicción voluntaria.

Consecuentemente, estas transferencias de atribuciones se las realiza con el objetivo de liberar a la Administración de Justicia de aquellos asuntos en los que no exista controversia y que no exijan la intervención de un juez que evita así agravar su carga de trabajo con materias que no son propias de su función.

De manera que, se puede concluir que el propósito del legislador ecuatoriano de trasladar al notario el divorcio por mutuo consentimiento, primero sin la presencia de hijos y actualmente con hijos, a primera vista, persigue este propósito, de aligerar la gran cantidad de carga procesal al juez. Lo anterior, deja puntualmente claro que el notario no juzga, ni resuelve, peor sentencia, sino solemniza la voluntad unísona de los cónyuges que ha decidido previamente dar por terminado su vínculo matrimonial.

No obstante, a la luz de un análisis más profundo, sobrepasa esta intención, pues lo que ha hecho el legislador ecuatoriano en el año 2015 y luego en el 2019, tiene un efecto que va más allá de trasladar una atribución más al notario público. Por tanto, se ha reducido a la mínima expresión y finalmente desapareció el término legal de duración este tipo de divorcio en sede notarial.

Asimismo, desde la perspectiva procesal jurídica, es un evidente efecto positivo, pero desde el punto de vista socio jurídico y familiar el efecto es adverso. Lo anterior, es resultado de que se debilita sustancialmente a la institución matrimonial y con ello a la familia.

Al respecto, cuando se presenta la infidelidad en un sistema familiar, la pareja debe comprender y asimilar que el vínculo que los une se encuentra en un punto decisivo. De ahí, que sea de culminación o de revaloración; en la mayor parte de los casos, cuando se desea reconstruir el lazo afectivo. Para ello, sólo un miembro de la pareja intenta mantener la relación y adopta el rol complaciente basado en necesidades económicas, estatus social, o incluso por su propio bienestar y el de sus hijos, Verdesoto, Villacís y Franco (2019)

Sobre esta base, la experiencia como fedatario permitió identificar los matrimonios que asisten a la notaria con la voluntad conjunta de los cónyuges de dar por terminado pueden agruparse en: 1) Cónyuges que llevan años separados, generalmente tiene otros compromisos, incluso con hijos recientes en algunos casos; 2) Matrimonios que llevan meses separados, se han dado oportunidades de reconciliación o han transcurrido tiempo prudente para reflexionar, sin embargo, confirmar su deseo de disolver su compromiso matrimonial, por lo que acuden a la notaria; y, 3) Jóvenes parejas cuyo dolor de separación está presente y llevados por emociones, puede percibirse que hay duda.

Consecuentemente, la posibilidad de que un matrimonio joven que se ha separado recientemente se reconcilie es muy alta, lo cual el matrimonio express imposibilita la reconciliación posterior. De manera que, el divorciarse en un lapso de una hora en una notaría, no da el tiempo de reflexión, más bien da la pauta a tomar decisiones irreflexivas.

En relación a los requisitos para el divorcio con hijos, debe tener resuelta vía resolución judicial o acuerdo en centro de mediación sobre tenencia, visitas y alimentos de los menores; la resolución judicial es expedida por el juez de la familia, que conoce, sustancia y resuelve en muchos casos todo al mismo tiempo o en varias resoluciones, mientras que el acuerdo relacionados al pago de pensiones alimenticias, régimen de visitas y tenencia, debe ser expedida por los centros de mediación autorizados de conformidad con la Constitución de la Republica, Código Orgánico de la Función Judicial, Código de la Niñez y Adolescencia, El Código Orgánico General de Procesos, Ley de Arbitraje y mediación.

Sin embargo, del Art. 294 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, los Arts. Innumerados 1, 2, 6 y demás de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el Régimen de Visitas o Derecho a Visitas, aunque puede realizarse dentro de una misma audiencia tiene que acordarse en actas separadas. Esto es, un acta que fija las pensiones de alimentos y en otra acta que regula el régimen de visitas.

Al respecto, esto último genera una dificultad porque los usuarios generalmente quieren presentar una sola acta en la que se ha resuelto solamente la situación de alimento o la tenencia. Por tanto, no reúnen los requisitos que exige la ley para realizarse un divorcio en sede notarial.

En consonancia con ello, desde la óptica del derecho Familiar y de la Niñez y Adolescencia, el divorcio express, realizado de manera precipitada, trae consecuencias jurídicas respecto a los hijos menores de edad, en temas como la tenencia, patria potestad, alimentos y visitas. De ahí que, estos quedan temporalmente resuelto con las actas de mediación o resoluciones judiciales. Sin embargo, el problema subsistirá durante el tiempo en que existan hijos menores de edad. Socialmente las secuelas son más evidentes y dolorosas.

Consecuentemente, el divorcio en sede notarial, es una de las múltiples atribuciones de jurisdicción voluntario o de procesos no contenciosos que han sido traspasadas en forma exclusiva a los notarios públicos ecuatorianos. Estos, han sido útiles dentro del sistema de administración de justicia, descargando a los jueces de estas causas. Al respecto, solo en el año 2008, en Ecuador, se realizaron 5536, lo cual significa ese mismo número menos de cargas para los jueces ecuatorianos.

En este sentido, el matrimonio rápido en notaria, si constituye múltiples soluciones de carácter jurídica a matrimonios con mucho tiempo separados: 1) Se obtiene la libertad civil para contraer nuevas nupcias o formalizar la actualmente existente; 2) La libertad patrimonial, tantos en la adquisición de bienes individuales, como de la capacidad de ser sujeto de crédito; 3) Extinción de derechos sucesorios por causa de muerte como la porción conyugal y del derecho conyugal en calidad de heredero del cónyuge sobreviviente ante la inexistencia de descendencia en las sucesiones intestadas; 4) La liberación de la obligación de proporcionar alimentos al cónyuge entre las personas que por ley están llamadas a prestarla. 5) e inclusive la liberación de la presunción de que todo hijo del otro cónyuge, nacido mientras siga casado pueda ser inscrito como hijo propio.

De ahí que, Ecuador es el cuarto países en América Latina en facultar a los notarios a divorciar, aunque existan hijos menores de edad. Lo cual indica que en un futuro otros países del notariado latino se van a ir añadiendo.

En consonancia con ello, el divorcio express, en sede notarial tiene múltiples beneficios, tanto jurídicos, procesales, como patrimoniales, filiales y sociales. Beneficiando tanto al sistema de administración de justicia, a los cónyuges, aun a los futuros herederos.

Referencias

Arroyo, E. (2016). Divorciarse ante notario: una opción rápida al alcance de todos, *Revista [Escritura pública](#)*, 97.

- Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*, Décimo séptima edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- Carrión, A. (2015). Divorcio y separación en el código civil tras la reforma por ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria". *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*", 15, pp. 395-412.
- [Diccionario Etimológico](http://etimologias.dechile.net/?divorcio). Recuperado el 22 de noviembre de 2019 de: <<http://etimologias.dechile.net/?divorcio>>
- García, J. (1997). *El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento*, 3ra. Edición Aumentada y Actualizada, Quito
- Lucas, S. J. y Albert, J. J. (2018). Las jurisdicciones voluntarias en el desarrollo de los sistemas notariales latinos de España, Ecuador e Iberoamérica. En R. Passailaigue, III *Congreso Científico Internacional "Sociedad del Conocimiento: Retos y Perspectivas"*. Congreso llevado a cabo en la Universidad Ecotec de Guayaquil, Ecuador. Recuperado de: http://ecotec.edu.ec/content/uploads/2017/09/investigacion/congresos/MEMORIA_S_CIENTIFICAS_2018.pdf
- Movilla, R. (2016). Divorcio incausado, *Derectum*, vol. 1, no 2. p. 51-66.
- Núñez, A. (2015). Apuntes sobre Divorcio ante Notario y su Naturaleza, *Revista Jurídica*, 2,4 (octubre-diciembre).
- Ordelin, J. (2016). Dos décadas de divorcio notarial en cuba: ¿hacia dónde vamos?", *Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 4-5, pp. 15-42
- Posteraro, S. L. N. (2010). Intervención notarial en asuntos no contenciosos. Presente y futuro en Iberoamérica. *XIV Jornada Notarial Iberoamericana Tema 3*.
- Rodríguez, A., Montoya, G., Nolasco, D., Silva-Ruiz, P. F., de Arhancet, M. R., Guzmán, A., ... y Martínez, T. (2009). *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Editorial Reus.
- Santos, R. (2011). La reforma del Estado y el matrimonio, el divorcio y la declaración de concubinato en sede notarial: su eficacia internacional. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay* 1, pp. 163-184.
- Soto, I. (2015). El matrimonio y divorcio en sede notarial. *Revista de la Facultad de Derecho de México* 65.264 (julio-diciembre), pp. 119-150.
- Verdesoto, J., Villacís, M., y Franco, X. (2019). Impacto emocional de la infidelidad en las relaciones de pareja. Importancia de su conocimiento para el psicólogo clínico. *Opuntia Brava*, 11(4), 349-361. Recuperado a partir de <http://opuntiabrava.ult.edu.cu/index.php/opuntiabrava/article/view/883>