

Constitucionalidad de la tramitación de divorcios por mutuo acuerdo por parte de los notarios del Ecuador. Caso de relaciones conyugales con hijos menores de edad o dependientes

Constitutionality of the processing of divorces by mutual consent by notaries in Ecuador. Case of marital relations with minor or dependent children or dependents

Silvana Marcela Álvarez Marchan

Estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad Indoamérica, Ecuador.

silvy1807@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1885-9385>

Wilson Napoleón Del Salto Pazmiño

Magister en Derecho mención Derecho Constitucional

Docente de la carrera de Derecho de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Ecuador.

wilsondelsalto@uti.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0001-6818-0595>

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar la constitucionalidad de la tramitación de divorcios por mutuo acuerdo por parte de los notarios del Ecuador, esto para casos de relaciones conyugales con hijos menores de edad o dependientes. El tema gira alrededor de la interpretación



Imaginario Social
Entidad editora
REDICME (reg-red-18-0061)

e-ISSN: 2737-6362
julio-diciembre 2023 Vol. 6-3-2023
<http://revista-imaginariosocial.com/index.php/es/index>

Recepción: 20 de enero 2023
Aceptación: 24 de febrero 2023

1-29

Atribución/Reconocimiento-NoComercial- CompartirIgual 4.0 Licencia Pública Internacional — CC

BY-NC-SA 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>

doctrinal y legal que ha analizado y normado, respectivamente, la cuestión. Por ello, el enfoque de investigación es de tipo cualitativo-documental, donde se busca arrojar luz, desde las posturas de terceros y el propio análisis personal, sobre la pertinencia de otorgar esa competencia adicional a los notarios ecuatorianos. El trabajo permite llegar a la conclusión de que la finalidad de la función notarial es descongestionar la justicia ordinaria y, entre otros, hacer más expedita la atención de los problemas jurídicos de las partes de un matrimonio. Entonces, sería constitucional que se apruebe la atribución del notario para resolver divorcios por mutuo acuerdo específicamente cuando existen hijos menores de edad o dependientes de por medio, como una manera de reconocer y dar valor al principio de voluntariedad de las partes, reduciéndose los conflictos entre ellas y mejorando el acceso a la justicia.

Palabras clave: constitucionalidad, divorcio, mutuo acuerdo, notarios.

Abstract

The objective of this article is to analyze the constitutionality of the processing of divorces by mutual agreement by Ecuadorian notaries, this for cases of marital relations with minor or dependent children. The issue revolves around the doctrinal and legal interpretation that has analyzed and regulated, respectively, the issue. For this reason, the research approach is of a qualitative-documentary type, where it seeks to shed light, from the positions of third parties and one's own personal analysis, on the relevance of granting this additional competence to Ecuadorian notaries. The work allows us to reach the conclusion that the purpose of the notarial function is to relieve the congestion of ordinary justice and, among other things, to expedite the attention to the legal problems of the parties to a conjugal partnership. So, it would be constitutional to approve the attribution of the notary to resolve divorces by mutual agreement by the notaries of Ecuador, this for cases of marital relations with minor or dependent children, as a way of recognizing and giving value to voluntariness. of the parties, reducing conflicts between them and improving access to justice.

Keywords: constitutionality, divorce, mutual agreement, notaries.

Introducción

Según la Constitución de la República del Ecuador (2008), que de ahora en adelante será mencionada solo como CRE, los servicios notariales se establecen como parte de la Función Judicial (Art. 178). Aparte, se determina que los notarios y las notarias de la nación son los depositarios de la denominada “fe pública” (CRE, 2008, Art. 200). La escogencia de estos funcionarios es rigurosa, dado que se produce mediante la ejecución de un concurso que puede ser impugnado y controlado por la sociedad. Así, mediante oposición y mérito, los abogados profesionales con título de tercer nivel pueden optar a dichos cargos. Todo ello revela al servicio notarial como una figura de gran valor dentro de la justicia ecuatoriana, respaldada por el ejercicio profesional de personas competentes.

Los notarios de la república poseen una amplia variedad de funciones, la mayoría de ellas constantes en la Ley Notarial, que de ahora en adelante será referida como LN. Según la mencionada norma, los notarios poseen, entre sus atribuciones exclusivas, la de “tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho” (LN, 1966 Art. 18.22). No obstante, esta atribución exclusiva solo pueden ejecutarla en los casos que las personas casadas o unidas de hecho no posean un hijo menor de edad o que pueda estar en situación de dependencia. En el caso de encontrarse en alguno de estos casos, el notario solo podrá resolver la cuestión de la separación cuando exista un acta de mediación o sentencia judicial que haya resuelto la tenencia, alimentos y visitas de los menores. (LN, 1966 Art. 18.22).

Este contexto plantea un problema de cara a la solución expedita de los divorcios por mutuo acuerdo cuando no existe ningún tipo de *impasse* entre las personas que desean disolver su matrimonio o terminar la unión de hecho, más allá de que puedan existir hijos menores en la relación. Tal inconveniente, el de no permitir que los notarios puedan tramitar divorcios de mutuo acuerdo cuando existen hijos dependientes en la relación, nace del mandato constitucional en donde se exponen ciertas condiciones que se debe cumplir en el sistema procesal nacional. Como se establece en la CRE (2008), “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido

proceso” (Art. 169). En este orden de ideas, la constitución demanda que alcanzar la justicia deba enmarcarse en un proceso lo más expedito posible.

Cuando un matrimonio o una pareja unida de hecho requiere separarse de manera voluntaria y pacífica, con una resolución igualmente voluntaria y plena de todos los aspectos relacionados con la tenencia, visitas y alimentos del hijo dependiente acorde a la ley, no podría acudir a la notaría, como órgano auxiliar de la Función Judicial, para alcanzar la disolución del vínculo matrimonial, si previamente no se ha resuelto formalmente, por vía judicial o a través de la mediación como un método alternativo de solución de conflictos, los tres elementos mencionados sobre el hijo dependiente. Tal cuestión dilata la disolución del matrimonio o la unión de hecho por esa necesidad de acudir a dos instancias diferentes (mediación/justicia ordinaria, y luego servicio notarial), esto pese a existir voluntariedad y un correcto acuerdo, jurídicamente hablando, entre las partes sobre las necesidades específicas de tenencia, visitas y alimentos. Es por esta razón que la incapacidad de los notarios para resolver esta clase de separaciones cuando existe un hijo dependiente de por medio, parece ir contra la esencia simple, célere y económica que debe tener todo lo relacionado con la voluntariedad de las partes de alcanzar un acuerdo de separación no contencioso.

Sobre el problema presentado se sabe que, en efecto, existen contrariedades ya demostradas sobre la no atribución del notario de tramitar divorcios por mutuo acuerdo en el caso de que existan hijos dependientes. Velasco Serrano (2020), asevera que resulta ineficiente la imposición de ir a dos instancias diferentes en estos casos cuando la cuestión de alimentos y visitas puede resolverse mediante tablas estandarizadas de fácil aplicación (p. 33). Al saber que los notarios son depositarios de la fe pública, una función que involucra una gran responsabilidad, no tiene sentido que los notarios estén impedidos de disolver el vínculo matrimonial cuando existe un claro acuerdo entre las partes. Este impedimento se encuentra en la Ley Notarial, dado que únicamente se atribuye al notario la facultad de resolver los divorcios por mutuo acuerdo cuando no existen hijos dependientes, de ahí que, dicha norma merece una reforma a fin de que los notarios puedan disolver el vínculo matrimonial por mutuo acuerdo aun cuando existan hijos menores de edad, siempre y cuando sus derechos no

se vean conculcados por más acuerdo que exista entre las partes; dicho de otra manera, no se requerirá acta de mediación sobre la situación de los menores.

En el mismo orden de ideas, de conceder legalmente esta atribución a los notarios se solventará el problema de la ineficiencia procesal que implica la asistencia a dos áreas extrajudiciales diferentes para una misma controversia que, aparte, afecta el interés superior del menor. Con relación a ello, Patrón Bazurto (2018) aseguró que los notarios, por competencias y por atribuciones constitucionales otorgadas, podrían resolver los puntos relacionados al interés superior del menor, sin que ello implique algún riesgo para este, mejorando la satisfacción directa e inmediata de sus necesidades (p. 43). Nuevamente, la figura del notario se perfilaría como suficiente para atender los casos de divorcios por mutuo acuerdo con hijos dependientes.

Todo lo planteado anteriormente deja en evidencia que existe un problema de doble tramitación en las separaciones matrimoniales y de uniones de hecho, cuando estas son voluntarias, por la imposibilidad de que los notarios puedan dar fe de ellas cuando existe un hijo menor de edad dependiente. Si se tiene en cuenta que la determinación de alimentos se hace por una tabla estandarizada de sencilla interpretación y obligatorio cumplimiento, y que lo relacionado con la tenencia y visitas también puede regularse de esta misma manera, imposibilitar a los notarios a dar fe pública de estas cuestiones luciría innecesario, y es ello lo que se desea demostrar en este trabajo. Debe tenerse en cuenta que el trabajo versará en exclusiva sobre el servicio notarial en el aspecto problémico mencionado, sin caer en análisis de ningún tipo sobre figuras como los centros de mediación.

Así, con la presente investigación se pretende determinar de manera precisa, a partir de principios doctrinales y jurídicos, la constitucionalidad de atribuir a los notarios la capacidad de tramitar divorcios por mutuo acuerdo en el caso de existir hijos dependientes. Lo que se gana con este estudio es de gran valor académico, dado que se arrojará más luz sobre el tema controvertido, dándose así mayor claridad a las oportunidades y potenciales limitaciones constitucionales que puedan estar involucradas al problema. Aparte, lo que aquí se logre tendrá un gran valor como punto de partida/referencia para futuros trabajos que planteen soluciones al mismo

problema que aquí se analiza. Por ello, resulta pertinente y necesario el abordaje jurídico de este problema.

Desarrollo

Con la finalidad de crear un marco teórico concreto que permita estructurar parte de la discusión de resultados, se presenta en esta sección los preceptos teóricos básicos que permitirán el tratamiento objetivo y riguroso del problema objeto de estudio. Se definen un total de cuatro subtemas a tratar, siendo estos los siguientes: los derechos del hijo dependiente, las obligaciones de los cónyuges, la constitucionalidad normativa y la teoría de la fe pública.

Derechos del hijo dependiente: Uno de los principales problemas relacionados con la disolución de divorcios por mutuo acuerdo, cuando existen hijos dependientes, es la preservación de los derechos del o los niños y de su interés superior, en especial, el derecho a la pensión alimenticia que puede ser vulnerado por parte de uno de los progenitores, cuando el acuerdo implique un monto inferior al determinado en la tabla de pensiones. Esto es así porque las normas ecuatorianas presentan a los menores de edad, así como a las personas discapacitadas (en el caso de hijos dependientes) como sujetos que pertenecen al grupo de atención prioritaria. En la Constitución de la República del Ecuador (2008) se presentan a los niños, niñas y discapacitados como personas que deben ser atendidos de manera especializada en el ámbito público y privado (Art. 35). Así, sería posible extender esa necesaria especialidad a cualquier ámbito de la vida del menor, como lo es el establecimiento de pensiones alimenticias, tenencia y visitas nacientes de los divorcios por mutuo acuerdo que bien podrían ser atendidos en sede notarial.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), que de ahora en adelante será denominado CONA, es la normativa que debe ser tenida en cuenta cuando se trata de abordar derechos relacionados con los niños. Estos derechos deben ser protegidos conforme a la aplicación expedita de los principios constitucionales y, en especial, acorde al principio de interés superior de la niñez y adolescencia (Art. 1). La finalidad de ello es la preservación de los derechos de los niños antes que la de los adultos, y de ahí que sea el CONA una norma que ha de considerarse de manera perenne en

cualquier tipo de pretensión en donde se puedan afectar algunos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En general, el CONA presenta criterios relativamente imprecisos a la hora de resolver los tres derechos en casos de divorcio. Para determinar el régimen de visitas, por ejemplo, el CONA da prioridad al acuerdo al que hayan llegado los padres del niño, o que sea el mismo juzgador que determine el régimen a favor de los derechos del niño según criterios como el cumplimiento de las obligaciones parentales (Art. 123).

En el mismo orden de ideas, el niño tiene derecho a mantener relaciones afectivas con sus padres de manera regular (Art. 21), pero no se especifica sobre esta regularidad o los criterios periódicos de la misma. Incluso, esta regularidad no podría determinarse de manera precisa por un juez especializado porque las necesidades y realidades del niño serían únicas en cada caso.

La determinación de la tenencia es un poco más clara, dado que se exponen reglas precisas sobre cómo se debe confiar en uno de los padres el ejercicio de la patria potestad. En el CONA se expone que “se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija” (Art. 106.1). Así, esta exposición genera una solución bastante sencilla y expedita para la resolución de la tenencia en el caso de mutuo acuerdo entre las personas que se separan de su relación conyugal. Incluso, como explica Zaidán Albuja (2016), darle prioridad a tal indicación ayudaría a evitar situaciones discriminatorias al momento de establecer la tenencia, como la ya discutida y condenada preferencia a la madre y que perpetúa la visual tradicionalista de las relaciones filio-parentales (p. 51).

El último derecho que se discute en un proceso de divorcio y que afecta al hijo dependiente es el vinculado con los alimentos. En el CONA se presentan parámetros específicos sobre cómo se deben fijar las pensiones alimenticias y la obligación del juzgador de respetarlas y no establecer valores por debajo de ellas (Art. 15). Junto a esto, la misma norma deja en claro que, además, el alimentado tendría derecho sobre subsidios legales que reciba el alimentador, pensiones alimenticias adicionales en el año y un porcentaje de las bonificaciones legales percibidas (Art. 16). En este sentido, un profesional del Derecho no tendría mayores dificultades, incluso sin tener

especialidad en temas de familia, para establecer estas pensiones de manera adecuada para el interés superior del niño.

Algunos estudios han criticado la imposibilidad de que un notario pueda resolver la fijación de alimentos por considerarlo un acto que, cuando se presenta por voluntad de las partes, debe ser reconocido a partir del principio de voluntariedad. En efecto, Orozco (2015) demuestra que los acuerdos notariales sobre pensión de alimentos no solo dan pie al reconocimiento del principio de voluntariedad, sino que también permiten evitar el surgimiento de conflictos que pueden darse en instancias judiciales (p. 439). Esto tiene sentido a la luz de los sistemas judiciales adversariales, donde el tratamiento de los litigios se enfoca en una constante contrariedad entre las partes, algo que no debería trasladarse de forma obligatoria a cualquier materia judicial.

Este punto teórico presenta una perspectiva sobre los derechos de los niños que no solo radica en la eficaz protección de estos beneficios, sino que también implica una actuación celer y eficiente por parte de quienes deben velar por dichos derechos. En los casos de divorcio, ciertamente se pone en riesgo los derechos del niño respecto a la tenencia, visitas y alimentos, pero esto puede no ser así si se presentan acuerdos voluntarios y pacíficos entre los cónyuges vinculados a estas cuestiones. En estos casos, cuando existe pertinencia y celeridad sobre la forma de resolver estas vicisitudes, las instancias de justicia deberían servir como aval de las conductas volitivas, evitándose con ello que ineficacias procesales dilaten el aclaramiento de la situación de los derechos en riesgo.

Obligaciones de los cónyuges

Las personas que se unen mediante el matrimonio tienen como finalidad vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente; por tal razón, el Estado ecuatoriano, es quien debe proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, y que favorezca el alcance de dichos fines. Si los cónyuges han decidido mutuamente disolver el vínculo matrimonial y han determinado la mejor manera de distribuir los asuntos relacionados con la tenencia, visitas y alimentos para su hijo/s en estado de dependencia, se debería favorecer esta voluntariedad de las partes única y exclusivamente ante los notarios, quienes darán fe pública de dicho acuerdo y

precautelando los derechos de los menores, esto con la finalidad de que no sea necesario acudir a un centro de mediación para obtener, por una parte, una acta de mediación sobre la tenencia, visitas y alimentos de los menores, y, por otra parte, acudir a la notaría para que se disuelva el vínculo matrimonial, lo cual implica gastos económicos para las partes pudiendo resolver dicha cuestión ante la notaría, siendo que esta es un órgano auxiliar de la Función Judicial, que si bien no tiene la facultad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, tiene facultad para dar fe pública de la voluntad de las partes; mientras que, los centros de mediación, como su nombre lo indica, están para mediar los conflictos, es decir, que será un tercero imparcial el que procure que las partes lleguen a un acuerdo en medio del conflicto, lo que no ocurre en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, dado que, los cónyuges de manera voluntaria han acordado dar por terminado el vínculo matrimonial, lo que implica además, el común acuerdo sobre los derechos de sus hijos, es decir, que no existe conflicto alguno como para que se deba solucionar en un centro de mediación, sin embargo, de existir conflicto será necesaria dicha acta de mediación y en caso de no poder llegar a un acuerdo, será necesario que el conflicto lo resuelva un juez.

Lo dicho anteriormente, se encuentra positivizado en el Código Civil (2005), que de ahora en adelante será denominado como CC., el cual establece que “es requisito indispensable [para divorciarse] que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos” (Art. 115). Así, si existe un acuerdo entre los padres para solucionar esta necesidad vinculada a su hijo, no debería haber una condición adicional de orden judicial o como método de solución de conflictos, refiriéndose en particular a la sentencia judicial o al acta de mediación, que busque avalar este acuerdo si el mismo cumple con los requisitos mínimos legales para ser considerado como valedero. Esto no quiere decir que la mediación o la justicia ordinaria no sean necesarias, pues si existe un acuerdo de voluntades entre los cónyuges y que el mismo sea puro, claro y sobre todo que precautele los derechos de los hijos dependientes específicamente en el tema de la patria potestad, visitas y alimentos, no debería haber necesidad de que esta voluntariedad sea atendida por mediación o justicia ordinaria, dado que los notarios podrían dar fe pública de dicho acuerdo.

Sobre esto último, cabe destacar que se suele tener en cuenta que los padres son las personas más indicadas para tomar decisiones sobre el futuro de sus hijos, esto a razón de que son quienes conocen de manera específica y completa las necesidades del menor. Como afirma Herrera (2020), los padres que voluntariamente acuerdan sobre el futuro de sus hijos al momento de decidir divorciarse, deberían gozar del derecho pleno de que se reconozca tal acto de mutuo acuerdo (p. 7). Esto sería importante como una forma de mantener la predominancia de la decisión paterna como la adecuada para asegurar el futuro de los hijos, siempre y cuando no quede duda razonable de la pertinencia de la decisión.

Dentro de los derechos generales que poseen los cónyuges, se encuentra lo relacionado con el expedito acceso a la justicia y el tratamiento oportuno a los litigios que requieran resolver, entre los que se destaca el divorcio. Chamorro (2019) menciona que los cónyuges tienen el derecho de no ver obstaculizada o ralentizada su pretensión de separación en el caso de poseer hijos al verse forzados a judicializar el trámite que han acordado de manera pacífica (p. 34). Esto tendría un mayor sentido en los casos en donde ya hay un acuerdo entre las partes respecto al divorcio, pero no se ha podido llegar a un acuerdo sobre tenencia, visitas y alimentos de sus hijos, lo que amerita ser resuelto, como se dijo en líneas anteriores, ante un centro de mediación o ante un juez competente, para luego proceder con el divorcio por mutuo acuerdo.

Constitucionalidad normativa

Cuando se diseña una norma para regular algún tema de la vida pública, es necesario que esta se ajuste a ciertos criterios o máximas de funcionamiento dentro del ordenamiento jurídico-legal del Estado donde se emana. En el caso de las naciones con supremacía constitucional, como el Ecuador, cualquier norma que se genere debe cumplir con la necesidad de ser constitucional. Según Al Huizar Ríos (2016) para que una norma sea declarada como constitucional es necesario que la misma sea perfectamente compatible con los preceptos constitucionales que regulan el funcionamiento de una regulación de orden legal (p. 3). En este sentido, una norma sería declarada inconstitucional si esta no cumple con las demandas de la carta fundamental.

Si se desea establecer una disposición normativa específica sobre un tema ya regulado, una manera de determinar su constitucionalidad normativa es a través del denominado test de proporcionalidad. Para Aldana (2018), a partir de lo expuesto por Vázquez (2016), “el test de proporcionalidad consiste en dar herramientas argumentativas que, por medio de criterios como la idoneidad o adecuación o el estudio de la necesidad, permitan analizar cuestiones de derecho, asuntos de hecho y la combinación de ambas” (p. 251). Según este autor, son siete elementos los que se deben tener en cuenta en este test, siendo los siguientes: legalidad, legitimidad, necesidad del objetivo democrático, racionalidad causal, necesidad, proporcionalidad y no anulación de derechos.

En el caso de la constitucionalidad de las normas que pueden afectar la vida de los niños, niñas y adolescentes, estas deben ajustarse más que al mero cumplimiento de los preceptos constitucionales. Para algunos autores, como Patrón Bazurto, es necesario que el interés superior del niño sea protegido a partir de esta constitucionalidad y elementos asociados. Así, las leyes relacionadas a los derechos de los menores de edad deben ajustarse a los principios constitucionalidad, los derechos humanos y los derechos concretos de los niños, de tal forma que se garantice el cumplimiento de estos (Patrón Bazurto, 2018, pág. 31). Entonces, una norma puede ser constitucional y afectar a los derechos de los niños, pero, aparte de ello, debe ser lógica para la garantía de los derechos particulares de ellos.

No obstante, estas constitucionalidades han de trascender los modelos familiares tradicionalistas, los cuales han generado diferentes problemas de orden constitucional al momento de tratar normativas relacionadas a este tema. Según Zaidán (2016) hoy día existen diversos tipos de familia, diferentes formas de concebir las relaciones entre padres e hijos, y una necesidad de no sobre responsabilización de uno de los padres respecto al cumplimiento de las necesidades de sus hijos (p. 16). Así, las normas que regulen las cuestiones sobre los derechos de los niños, como aquellas relacionadas con los divorcios, deben tener en cuenta estas nuevas necesidades y dinámicas sociales que no se pueden encasillar en la visión tradicional y monótona de la familia.

Fe pública: la fe pública es uno de los elementos básicos que conforman la seguridad jurídica detrás de las actuaciones de corte jurídico-legal relacionadas con las personas

naturales. Orozco (2015) expone que la fe notarial (notarios como depositarios de la fe pública) consolida su validez en el acuerdo, la voluntariedad, la certeza y la verdad, todo ello garante de la seguridad jurídica detrás de la actuación del notario (p. 421-422).

Por supuesto, el servicio notarial consolida de manera plena su validez en el caso en donde hay un acuerdo pacífico y natural entre las partes, esto por encima de las otras dos posibilidades: la inferencia, y la guerra y desacuerdo (Orozco Gadea, 2015, pág. 421). A partir de la interpretación de la postura del mencionado autor se puede inferir lo siguiente: si la primera ocurre, la seguridad jurídica del acto notarial, de la fe pública, alcanza una plena condición de seguridad jurídica.

En este orden de ideas, cabría duda razonable de la posible problemática en la seguridad jurídica que pueda existir detrás de una actuación que pretenda avalarse mediante fe notarial si existe en ella una inferencia o una confrontación de por medio. Es por ello que, como se infiere del trabajo de Chamorro (2019), la fe pública es el aval que da el Estado, mediante la figura del notario, a acuerdos en donde no existe presencia alguna de la esencia contenciosa que, por necesidad, se resuelven en instancias jurídicas ordinarias (p. 28). Entonces, cuando hay acuerdo de voluntades y este acuerdo no denota ningún tipo de efecto negativo para terceros, la fe pública es la vía expedita para resolver las pretensiones en dichos casos. Utilizar la justicia ordinaria sería llevar a lo adversarial algo de origen no contencioso.

Respecto a esa dualidad de ambientes, notarial y justicia ordinaria, algunos autores han aseverado que no puede pretenderse dar mayor valor a la justicia común que a la fe notarial cuando hay acuerdo de voluntades. Pérez (2009) expone que en casos de divorcios donde hay niños dependientes, no se puede pretender que la justicia ordinaria sería la vía expedita sobre la fe pública, porque ambos tienen las mismas capacidades de brindar garantías a los derechos del niño (p. 332). Esto es así porque, según el autor, la fe pública nace del acuerdo de voluntades y, por ende, la fe pública reviste y consolida la seguridad jurídica bajo este acuerdo entre las partes (p. 338). Así, sobreponer a la justicia común sobre la fe pública, en tales casos, carece de sentido al desconocer con ello la naturaleza de la función notarial.

Otra de las razones por las cuales la fe pública se consolida como una necesidad a la que no se le pueden establecer limitantes sin una motivación realmente sólida, radica en los problemas que ello puede generar al progreso social. Brito (2022) destaca que la fe pública nace de la búsqueda de dar validez a la confianza mutua entre las partes, esto como una consolidación de las relaciones sociales que ayuden al beneficio común y, por ende, al progreso social (p. 31). En este sentido, si la fe pública es una manifestación de la existencia de la confianza inherente a ciertas relaciones comunitarias (p, 31), querer deslindar a esta fe notarial de actos netamente voluntarios y de confianza trasgrede la funcionalidad del notario, poniendo en duda así su funcionalidad social.

El análisis del problema desde el apartado teórico debe transcurrir, al menos, bajo el enfoque de dos elementos imprescindibles sobre la potencial constitucionalidad de que el notario pueda conocer y resolver los divorcios de mutuo acuerdo cuando existe un hijo dependiente. Estas discusiones están relacionadas con las competencias del notario, la constitucionalidad de la nueva atribución, la constitucionalidad de la reforma que sería necesaria y los posibles problemas jurídicos constitucionales que se puedan presentar a futuro. Todo ello permitirá reconocer la constitucionalidad o no de la adjudicación de la atribución estudiada al notario. Todo ello se discute en los siguientes apartados.

Competencia del notario en divorcios donde hay hijos dependientes: Una excusa común que suele utilizarse para justificar la incompetencia de los notarios para resolver cuestiones como los derechos de los menores de edad en caso de existencia de acuerdo entre los padres al momento del divorcio, es la valoración que darían al asunto controvertido. Los notarios, como se infiere del trabajo de Borges (2018) están capacitados para certificar la existencia y validez de pruebas, como serían los mensajes instantáneos enviados entre personas, lo cual involucra un análisis pormenorizado de la pretensión para dar fe pública de la validez de la prueba (p. 543). Así, si un notario es competente para dar fe pública de la existencia de pruebas, sería notoria su competencia respecto a la posibilidad de evaluar correctamente asuntos previamente acordados por las partes de un divorcio.

Aparte, ha de recordarse que los notarios, por ser profesionales del Derecho, en teoría son competentes para atender las atribuciones que se les encomiendan sin que ello suponga una afectación a los derechos de quienes acuden a sus servicios. Como afirma Velasco Albán (2018) el notario podría conocer y discernir las peticiones de las partes que se divorcian, esto sin vulnerar los derechos de ninguna de las partes involucradas, dado que será su labor el certificar que, en efecto, hay voluntariedad en lo acordado (p. 1). De la misma manera, el notario sería competente para reconocer qué acuerdos entre los cónyuges que se separan pueden suponer un riesgo para el interés del hijo dependiente. Todo esto demostraría la competencia del notario en caso de divorcios mutuamente acordados.

Sobre la atribución específica de divorcio por mutuo acuerdo cuando existen hijos dependientes, la competencia del notario tendría que enmarcarse en una filosofía no tradicionalista del Derecho de familia. Velasco (2020) considera que

... la competencia del notario, en dichos casos, debe comprender el divorcio de la pareja, así como el establecimiento de la tenencia, visitas y pensiones relacionadas según lo que se exija en la ley. El notario, no obstante, solo podría realizar tal determinación cuando exista confianza sobre el acuerdo de voluntades puesto sobre la mesa por las partes, donde la celeridad partiría justamente de dicho consentimiento expreso (p. 33). Si no existe voluntad o no hay confianza del notario sobre esta, su atribución no aplicaría para el divorcio.

Por supuesto, el notario, a partir del otorgamiento de tal atribución en el caso de matrimonios con hijos, deberá asumir roles adicionales que permitan la seguridad y homogeneidad de los actos de divorcio. Velasco (2018) afirma que la competencia del notario, en tales casos, deberá tener en consideración los controles, formalidades y verificaciones de hechos necesaria para que se pueda dar fe pública al divorcio entre las partes (p. 29).

Esta generación de nuevas responsabilidades, que se asociarían con su competencia en la tramitación de divorcios, buscaría mejorar la seguridad jurídica detrás de la actuación notarial. Con ello, como explicó Velasco Albán (2020) se evitaría situaciones

contenciosas que, aparte de dañar el interés superior del menor, contravengan la celeridad y acto expedito que se busca realizar (p. 29). Al analizarse la postura de este autor se puede comprender que la idea de dar tales atribuciones al notario no solo sería una cuestión de mejoría al acceso expedito a la fe pública, sino también para evitar la mutación de una pretensión inicialmente voluntaria a una, por esencia, contenciosa.

Un último problema en los argumentos que buscan reducir la capacidad y competencia del notario para resolver divorcios de mutuo acuerdo cuando existen hijos menores, es lo denominado como criterio funcional de competencia. Según Orozco (2015) este criterio determina que no se puede acudir a una instancia de grado superior o de mayores atribuciones si antes existe una que es competente para resolver el asunto controvertido que da origen al litigio que se busca resolver (p. 432). Bajo este criterio, el acudir a una instancia diferente a la notarial, para regular la situación de los hijos menores de edad ante la disolución del vínculo matrimonial por mutuo acuerdo, puede ser considerado como un problema en la aplicación del criterio de atribuciones jurídicas, algo que ocurre en el caso que se estudia en este trabajo.

Así, es comprensible que si la cuestión básica de todo el asunto es el acuerdo mutuo que busca solucionar una necesidad compartida, esto es, decidir divorciarse de mutuo consentimiento, la instancia expedita avalada por la ley es el servicio notarial, por lo que resulta impertinente tener que acudir a un centro de mediación o una instancia superior (entiéndase esta como la justicia ordinaria) para regular la situación de los hijos menores, si existe una inferior o auxiliar perfectamente capaz para dar fe de los acuerdos a los que llegan las partes, siempre y cuando no se vulneren los derechos de los menores. Es ahí en donde el servicio notarial, por su naturaleza, basada en la fe pública y en la potenciación del acuerdo de voluntades, debería prevalecer en todos los casos que puedan ser sometidos a su competencia, sin que esto signifique estar por encima de los juzgados comunes, dado que el servicio notarial es dar fe pública y autorizar los acuerdos a los que llegan las partes, incluso en los casos de divorcio por mutuo consentimiento donde existen hijos menores de edad o que dependan de sus padres.

Sobre la constitucionalidad de la nueva atribución

El punto anteriormente discutido demostró que los notarios, en efecto, pueden adquirir la competencia de divorciar a parejas que, por mutuo acuerdo y de manera pacífica, han decidido separarse, esto incluso en los casos en donde dicha pareja pueda tener hijos dependientes. Si bien la competencia en términos esenciales es posible (por la investidura de la fe pública del notario, la necesidad de hacer prevalecer la voluntariedad como forma de progreso social, entre otros), resulta necesario evaluar la constitucionalidad detrás de esa competencia, algo que necesariamente depende de la evaluación de la restricción actual a través del test de proporcionalidad.

Es de recordar que, una de las cuestiones que permitió el nacimiento de la actividad notarial como forma de resolver los divorcios de mutuo consentimiento, fue la de ayudar a los cónyuges a acceder de manera oportuna y eficaz a la justicia (Brito Galarza, 2022, págs. 67-68). Según la CRE, los vínculos jurídicos son las figuras básicas que permiten la aparición y constitución de las familias (Art. 67). Si se tiene en cuenta que la principal finalidad humana de la familia es la de procrear (Moliner Navarro, 2012, pág. 104), carecería de sentido restringir la función del notario a casos donde, aun habiendo acciones volitivas por parte de los cónyuges para alcanzar la separación, se les prohíba acceder a ella de manera expedita a través del servicio notarial en el caso de tener hijos dependientes.

Por otra parte, se debe tener en cuenta los precedentes sobre las atribuciones de los notarios que ya estaban relacionadas con los derechos de los menores de edad y que, hasta ahora, no han representado inconvenientes constitucionales. En la Ley Notarial, se permite que los notarios autoricen la salida del país de los menores de edad al amparo del principio de voluntariedad (Art. 18.2.2), acción que, a todas luces, puede comprometer de manera importante los derechos y el interés superior del niño. Aun así, se ha dado esta atribución al notario como una manera no solo de responder a una necesidad civil de manera oportuna y rápida, sino que aparte demuestra la competencia de estos funcionarios para resolver sobre cuestiones tan delicadas como aquellas que, de alguna u otra forma, pueden afectar los derechos de los menores dependientes.

Con todos estos puntos esenciales aclarados, y a partir de cada uno de los preceptos teóricos previamente formulados, se procede a realizar el test de proporcionalidad sobre la futura nueva competencia de los notarios ecuatorianos para resolver divorcios de mutuo acuerdo cuando existen hijos dependientes en la relación conyugal, esto mediante la evaluación de la constitucionalidad de la restricción actual que no les permite atender esta clase de solicitudes. Entonces, se analizarán los siete criterios mencionados anteriormente por Aldana y que deben cumplirse en su totalidad para declararse la constitucionalidad de la medida:

Legalidad: La restricción de la competencia de los notarios para resolver los divorcios por mutuo acuerdo, cuando existen hijos dependientes en el vínculo matrimonial que se pretende disolver, está legalmente avalada tanto en el sentido formal como material de la ley que impone tal restricción. Esto es así porque, si bien en la CRE se especifica que, los niños, niñas y adolescentes deben ser atendidos en base al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (Art. 44), la Ley Notarial por su parte, busca proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto a los divorcios por mutuo acuerdo, restringiendo a los notarios esa facultad de disolver matrimonios con hijos dependientes. Esto permite analizar que dicho trámite se vuelve burocrático al solicitar un respaldo sobre la situación de los hijos, sea de mediación o de justicia ordinaria. De ahí que, la esencia de la restricción a los notarios se torna constitucional por el hecho de hacer prevalecer los derechos de los hijos dependientes, más allá de que esto pueda representar una restricción al derecho que tienen los cónyuges de tramitar su divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial.

Legitimidad: A nivel internacional, sobre la niñez y adolescencia, se ha establecido que la legitimidad de las medidas restrictivas de derechos es válida siempre y cuando esto implique un beneficio para el menor de edad (Nogueira Alcalá, 2015, pág. 212). Es por ello que, la no atribución del notario para resolver divorcios en caso de existencia de hijos dependientes es legítima con base al principio constitucional del interés superior del niño. Internacionalmente la legitimidad exige la inclusión de la opinión del niño en el proceso de divorcio, esto como parte de la idoneidad y justificación de la medida. A nivel nacional, el interés superior del niño se presenta como un elemento legítimo

para la interpretación de la ley (CONA, 2003, Art. 11), por lo que las medidas restrictivas que buscan asegurar su bienestar pueden considerarse legítimas.

Necesidad del objetivo para la democracia: Este es el primer punto donde la restricción de la competencia del notario empieza a carecer de sentido. Según la CRE el Estado debe “garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción” (Art. 3.8). Se debe entender que esa democracia no hace referencia al sistema político, sino al social. Este sistema social, por definición, es aquel en donde la libertad y la igualdad se respeta en todo momento, así como las personas pueden tomar decisiones sobre su vida. Esto se asocia directamente con una cultura de paz, donde todos tienen derecho a no verse involucrados en situaciones que generen confrontaciones. El sistema judicial civil ecuatoriano inicia mediante demandas, donde se ingresan pruebas y se determinan obligaciones, todo ello con una esencia confrontativa que trasgrede ese derecho a no verse inmiscuido en situaciones. Así, forzar a que una familia no pueda utilizar el servicio notarial para resolver todos los asuntos conyugales y relacionadas al interés superior del niño mediante la fe pública afecta no se asocia con un objetivo realmente democrático, lo que hace que la medida restrictiva para el notario carezca de sentido.

Racionalidad causal: La restricción de que el notario no pueda resolver los divorcios por mutuo consentimiento en el caso de hijos dependientes no resulta idónea para proteger el derecho de los menores de edad o de los hijos dependientes, ni tampoco se adecúa a una solución expedita con base a la esencia de la familia y la paz que debe emanarse de las medidas de este estilo. Aparte, la medida resulta irracional porque, en esencia, uno de los fines básicos de la familia es la de procrear, por lo que restringir el acceso a la fe pública para la separación conyugal para quienes tienen hijos dependientes carece de sentido al ser potencialmente la mayoría de familias poseedoras de, al menos, un hijo. Así, la restricción es excesiva, dado que abarca a todas las familias y no solo a casos particulares que, por ejemplo, por falta de voluntariedad, no cabrían en estos casos de atención notarial. Así, la restricción es irracional en términos causales, poco idónea para lo que se pretende defender y no se adecúa respecto a la esencia de la familia y la fe pública.

Necesidad: Se comprende que, para negar la atribución notarial de divorciar a personas con hijos dependientes, y por ende la restricción a estas personas a acceder a la vía expedita de la fe pública como una manera rápida de conseguir su fin, pasaría por la inexistencia de mecanismos alternativos que, adheridos al servicio notarial, puedan defender los intereses superiores del menor. Si se tiene en cuenta que los requisitos para ser notario o juez de la república no se alejan demasiado entre sí, las funciones de observación del respeto a los derechos del niño bien podrían ser analizados y protegidos por el propio notario de manera competente. Aparte, y como ya ocurre, se pueden establecer reglas y criterios estándares que apoyen al notario para tomar una decisión mejor fundamentada sobre cómo analizar los acuerdos alcanzados por cónyuges en relación a la tenencia, visitas y alimentos de sus hijos. En última instancia, se podría capacitar al notario para que maneje los criterios de mediación familiar, esto con la finalidad de reconocer mejor la pertinencia e idoneidad de las decisiones voluntariamente tomadas por los padres. Todas estas medidas, que no representan todas las posibles, demuestran que la restricción de acceder a la fe pública en dichos casos no es necesaria.

Proporcionalidad estricta: Restringir que las parejas que por mutuo acuerdo desean divorciarse accedan a la fe pública para proteger el interés superior del niño es una medida desproporcionada. No puede pretenderse restringir el derecho al acceso a la justicia por el servicio notarial por un riesgo hipotético a los derechos del niño. Aldana Mota (2018) explica que la proporcionalidad estricta demanda que el riesgo sea cierto y actual (p. 256), algo que es imposible de aseverar en los casos donde el matrimonio ha acordado pacíficamente no solo divorciarse, sino también cómo se resolverá la tenencia, visitas y alimentación. Si lo acordado se apega a lo establecido en la ley, estas personas no tienen por qué ser afectados por una medida que no se ajusta a una protección realista de un derecho a todas luces no vulnerado.

Anulación de derechos: Aunque la restricción de la competencia notarial para resolver divorcios en casos de matrimonios con hijos dependientes aleja a las personas de acceder al servicio notarial en esos casos, no vulnera su derecho de acceso a la justicia porque existen otras vías para alcanzar su fin. En este sentido, no se anula

completamente este derecho, sino que se condiciona para resolver antes, por justicia ordinaria, todo lo relacionado con tenencia, visitas y alimentos.

Discusión y resultados

Con todo lo expuesto, se pudo demostrar que el artículo 18.22 de la Ley Notarial es inconstitucional. Por lógica, si se declara inconstitucional dicho artículo, la limitación que actualmente existe sobre los notarios respecto a no poder dar fe pública de las separaciones de matrimonios o uniones de hecho por voluntariedad cuando existen hijos dependientes desaparecería. Al desaparecer tal limitación, los notarios podrían dar fe de esta clase de divorcios, lo que evitaría la doble tramitación que se planteó como el problema central a tratar al inicio de este trabajo.

La declaración de inconstitucionalidad del artículo 18.22 de la Ley Notarial no sería ajena a la evolución que ha mostrado el Derecho en el Ecuador, en especial en lo que respecta a los servicios notariales. En el trabajo de Égüez Valdivieso y Durán Chávez (2023) se afirmó que las atribuciones del notario en el servicio notarial ecuatoriano han venido expandiéndose a medida que evoluciona la sociedad y el propio Derecho, potenciándose las atribuciones del notario para el beneficio de los usuarios (p. 108). Bajo la interpretación de esta perspectiva, es posible vislumbrar no solo la lógica detrás de la atribución del notario para conocer divorcios de mutuo acuerdo cuando existen hijos dependientes respecto al Derecho, sino también su pertinencia de cara al avance de la disposición del servicio notarial a pleno favor de la sociedad.

Otra de las ventajas que acarrearía el reconocimiento de la atribución del notario para conocer divorcios por mutuo acuerdo cuando existen hijos dependientes es que podría solucionar la inconsistencia relacionada con la limitación de los notarios que, irónicamente, es inversamente proporcional a la limitación de otras figuras como la de los centros de mediación. Esto parte del postulado de Égüez Valdivieso y Durán Chávez (2023), quienes señalan lo siguiente:

“Ciertamente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se denota inconsistente puesto que, por una parte, se acepta que los centros de mediación, debidamente acreditados por el Consejo de la Judicatura, puedan conocer solicitudes para fijar alimentos, determinar el régimen de visitas y establecer la tenencia, pero

no es posible que a través de la mediación se acuerde el divorcio por mutuo consentimiento, quedando de esta manera incompleto el servicio que se brinda al usuario. Por otro lado, se faculta al notario para que tramite el divorcio por mutuo consentimiento, pero no se le faculta para conciliar en alimentos, tenencia y visitas. Por tanto, para poner a disposición de los ciudadanos varios espacios para soluciones no adversariales, convendría dotar a los centros de mediación y a los notarios de las atribuciones necesarias para que puedan concluir todas las etapas de este proceso de familia de frecuente ocurrencia”. (p. 113)

Ahora, si bien la declaratoria de inconstitucionalidad es una de las opciones posibles para eliminar la restricción de que los notarios den fe pública a los divorcios por mutuo acuerdo en el caso que la pareja posea hijos dependientes, esta no es la única vía de solución del problema. También se puede optar por la reforma de la Ley Notarial, específicamente en el artículo 18.22, esto a través de un proyecto de reforma que, por pertinencia, debería ser interpuesto ante la Asamblea Nacional de la República del Ecuador por parte de la Defensoría del Pueblo o por quienes estén facultados para hacerlo conforme a la Constitución y la ley. Este proyecto de reforma deberá enfocarse, concretamente, en que se elimine la restricción del mencionado artículo de la Ley Notarial.

Reformar la Ley Notarial para ampliar las funciones del notario es una cuestión perfectamente realizable si se analizan los antecedentes en el caso del Ecuador. Por ejemplo, en el estudio de Pérez Gallardo (2009) se hizo mención a la reforma de la Ley Notarial en el Ecuador, realizada en el año 2006, que facultó a los notarios para que pudieran dar fe pública de los procesos de divorcio por mutuo acuerdo (p. 349). La mención de este antecedente es importante porque revela que si bien la modificación de la Ley Notarial puede afectar un elemento relacionado con el Derecho de Familia (como lo es separar a dos personas en matrimonio), esto ya se ha realizado antes.

Un punto fundamental en esta reforma es que se debe evitar hacer daño a cualquier tercero asociado al matrimonio que, de forma común, serían los hijos menores. En efecto, se ha explicado en trabajos previos como el de Pérez Gallardo (2009) que los notarios, cuando conocen divorcios por mutuo acuerdo en donde hay hijos

dependientes, el profesional debe ser capaz de sensibilizarse y reconocer posibles vulneraciones a los derechos de terceros (p. 353). Esta sensibilización debe asociarse a puntos como el interés superior del menor, la imparcialidad al momento de discernir sobre los efectos del divorcio, entre otros. Todo ello impulsaría que la reforma se asocie con un fin generalista, no solo enfocada a la mera satisfacción del divorcio mediante vía notarial.

La reforma a la Ley Notarial deberá contener una serie de protocolos que apoyen la actuación del notario al momento de resolver las cuestiones de la patria potestad, tenencia y alimentos. En el caso de los alimentos ya existe una tabla de pensiones alimenticias estandarizada con base al salario del alimentante, por lo que el notario solo deberá ser capacitado para utilizarla. Respecto a la patria potestad y la tenencia, se podrían desarrollar protocolos de apoyo, similares a la tabla de pensiones alimenticias, de tal forma que el notario pueda apoyarse en dichos instrumentos para evaluar la pertinencia del acuerdo voluntario al que habrían llegado los padres.

Conclusiones

A lo largo del trabajo se pudo constatar que la restricción a la facultad del notario de dar fe pública de los divorcios por mutuo acuerdo cuando existen hijos menores o dependientes es desproporcionada en el sentido estricto. Esta restricción desproporcionada se relaciona con la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, cuyos cimientos se relacionan con la homogeneidad de los principios, estructura del aparato normativo y, sobre todo, coherencia entre las normas establecidas. La inseguridad pasaba por el hecho de la restricción al notario, dado que ella hace imposible que las personas casadas con hijos dependientes puedan optar por divorciarse por vía no adversarial.

Se presentó la postura de diversos autores en donde se explicaba que ralentizar las pretensiones voluntarias de los cónyuges respecto al divorcio afectaba directamente al acceso a la justicia, contrariándose además principios como el de la celeridad y economía procesal. Forzar a una pareja que desea solucionar todo lo relacionado con su divorcio de manera voluntaria y mediante fe pública a asistir hasta a dos instancias diferentes (mediación y notaría, o juzgado y notaría), lucía claramente innecesario,

incluyéndose así una instancia o figura judicial por mera desconfianza sin fundamento a la capacidad del notario para resolver todo lo relacionado con el divorcio. Así, afectar al derecho a la seguridad jurídica a través de la limitación del notario de dar fe pública de los divorcios por mutuo acuerdo cuando hay hijos dependientes resulta desproporcionado bajo un criterio riguroso de análisis constitucional.

La inconstitucionalidad en términos de afectación o vulneración de derechos también se demostró con lo relacionado a la cultura de paz. La Constitución de la República del Ecuador establece que es un derecho de los ciudadanos a vivir, desarrollarse y actuar en un ambiente de paz.

Entonces, al ser inconstitucional la restricción realizada al notario que le impide resolver divorcios por mutuo acuerdo cuando existen hijos dependientes, abre la puerta al reconocimiento de esta atribución y, por ende, declarar constitucional (de manera directa mediante una resolución de la Corte Constitucional del Ecuador o indirecta mediante una reforma) dicha capacidad. El ejercicio analítico de la constitucionalidad de dicha facultad se asoció fundamentalmente por la necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva. Esta, como se expuso en el apartado teórico y discusión de este trabajo, no tenía asidero.

Esta constitucionalidad surge por la demostración que se hizo sobre la no necesidad de que se restrinja la atribución del notario para autorizar el divorcio por mutuo acuerdo aun cuando existan hijos dependientes. La restricción actual podría catalogarse como inconstitucional porque afecta el derecho de una oportuna resolución de los divorcios de mutuo acuerdo cuando hay hijos dependientes, estableciendo una medida desproporcionada para el fin que se pretende alcanzar y que, en general, no representa la única medida que se puede tomar para asegurar la protección de los derechos de los niños. Así, la impertinencia de la restricción actual para el notario abre el camino a que se le permita resolver estos casos de divorcio, sin que se vea comprometido el interés superior del menor si se toman las acciones correctas para evitar esta clase de problemas.

Uno de los puntos clave que avalaría la competencia del notario para resolver los divorcios por mutuo acuerdo para casos de relaciones conyugales con hijos menores

de edad o dependientes fue el de analizar la capacidad de estos profesionales para atender con suficiente criterio estos casos. Como se explicó en líneas anteriores, existe poca distancia entre las capacidades de un notario con relación a las propias capacidades de un juez, por lo que no existían suficientes razones reales para alejar esta atribución del servicio notarial. Además, si el notario autoriza cuestiones tan delicadas como los permisos de salida de los niños del país, no tendría sentido alegarse que el notario no es lo suficientemente capaz de dar solución expedita a los divorcios bajo las condiciones mencionadas.

Aparte de los elementos básicos mencionados, también se demostró que limitar al servicio notarial es impertinente porque se trasgrede la esencia y naturaleza de la fe pública. El acuerdo de voluntades, la resolución pacífica de las necesidades, y el reconocimiento del valor de la acción pública democrática son los pilares de la fe notarial, los cuales permiten el progreso social y dan sentido a la existencia del servicio en cuestión. Así, se evidenció que carecería de sentido mantener la restricción a los notarios para tramitar divorcios por mutuo acuerdo para casos de relaciones conyugales con hijos menores de edad o dependientes. Permitirlo, por el contrario, potencia y mejora el servicio notarial al resolver las desavenencias de los cónyuges de manera pacífica.

Una última conclusión a la que se llegó con este trabajo es que el servicio notarial, en el caso de permitírsele tramitar los divorcios por mutuo acuerdo para casos de relaciones conyugales con hijos menores de edad o dependientes, deberá adecuarse a posibles retos jurídicos que puedan surgir. Esto ameritaría una serie de medidas adicionales que ayuden al notario a reconocer problemas en el acuerdo de voluntades y, en todo momento, mantener a resguardo el interés superior del niño.

Por todo lo expuesto anteriormente, se propone una posible reforma al artículo 18.22 de la Ley Notarial, esto considerándose un criterio simplista en donde se confía plenamente en la fe pública y la competencia del notario que, con su criterio y accionar, revestiría a la fe notarial de la seguridad jurídica necesaria. La reforma, entonces, quedaría así:

REFORMA A LA LEY NOTARIAL

Artículo 18.22. Tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y la terminación de la unión de hecho, incluso en los casos en que existan hijos menores de edad o bajo su dependencia según lo previsto en la ley. De haber hijos dependientes, cuando su situación con relación a tenencia, visitas y alimentos haya sido resuelta por acuerdo voluntario entre los progenitores, el notario deberá evaluar que todos estos puntos hayan sido resueltos conforme a lo establecido en la ley, y con observancia perenne al interés superior del niño, incluyéndose la consulta al hijo dependiente, de ser posible, sobre su conformidad respecto a los acuerdos alcanzados por sus padres.

El principal problema jurídico que puede surgir en el caso de que se aprobara la atribución del notario para resolver divorcios de mutuo acuerdo cuando existen hijos dependientes, sería el relacionado con la incorrecta actuación del notario. Como explican Zea Dávila y otros (2019), el notario, al no estar sometido a una vigilancia como la que se da en los juzgados ordinarios, puede ser susceptible a dar pie a problemas de solemnidades, declaraciones y otros errores que pueden dañar a las personas atendidas (pp. 459-460). Estos errores, si bien derivan de una mala praxis y no de cuestiones normativas, pueden afectar de manera notoria a los hijos dependientes y, por ende, transgredir el interés superior del niño.

Otro problema jurídico puede asociarse con la posible falta de enfoque humanista y social de la función notarial. Como afirma Pérez Gallardo (2009), el notario debe ser un profesional que, más allá de sus amplias competencias jurídicas, debe ser racional, humano, recto y humanista, de manera que sus decisiones no afecten a la sociedad y, generalmente, sean un punto de apoyo para esta (p. 257). En este sentido, al ser el servicio notarial del Ecuador uno en donde la finalidad es la de apoyar a la Función Judicial y no tanto así a la propia sociedad, se pueden presentar problemas de atención y servicio en la sede notarial cuando se deba atender aquellas situaciones de divorcio en donde el notario, por obviedad, deba trascender a la mera aplicación de leyes y apearse a la búsqueda de la protección de los derechos de los niños.

Un último problema jurídico que se podría presentar sería el de la falta de voluntariedad real por parte de los cónyuges, lo que podría afectar no solo al interés

superior del niño, sino también al derecho de la persona que no ha accedido por su propio deseo al acto y al acuerdo sobre la tenencia, visitas y alimentos. Estos casos pueden presentarse por la rapidez de la acción notarial, lo que podría poner en riesgo estos intereses mencionados. Tal problema podría solucionarse con la imposición de ciertas condiciones específicas para dar pie al divorcio, como la presencia obligatoria de un cierto número de testigos o alguna medida que permita al notario determinar la posible falta de voluntariedad en alguna de las personas participantes en el acto de divorcio.

Referencias bibliográficas

- Al Huizar Ríos, J. (2016). *Ensayo sobre la Constitucionalidad del Incidente de Cumplimiento Sustituto en Amparo*. Diputados Locales del Estado de México. Instituto de Estudios Legislativos.
- Aldana Mota, P. (2018). Discriminación constitucional: mexicanos de segunda. Reflexiones de la sentencia SUP-JDC-1171/2017. *Revista Justicia Electoral*, 1(22), 241-268.
- Borges Blázquez, R. (2018). La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea. *Revista Boliviana de Derecho*, 1(25), 536-549.
- Brito Galarza, R. G. (2022). *La disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento en sede notarial, cuando hay hijos menores*. Editorial Ebooks Ecuador.
- Chamorro Pepinosa, D. H. (2019). *El divorcio por mutuo consentimiento en sede notarial [Trabajo de fin de máster publicado]*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Código Civil [CC], Registro Oficial del Ecuador, 8 de julio de 2019 (Congreso Nacional del Ecuador, 24 de junio de 2005).
- Código de la Niñez y Adolescencia [CONA], Registro Oficial del Ecuador, 29 de abril del 2022 (Congreso Nacional del Ecuador 3 de enero de 2003).
- Constitución de la República del Ecuador [CRE], Registro Oficial del Ecuador, 25 de enero del 2021 (Asamblea Nacional Constituyente, 20 de octubre de 2008).
- Égüez Valdivieso, E., y Durán Chávez, C. (2023). El notario como promotor de soluciones no adversariales en materia de divorcio: su rol de conciliador en la actividad notarial. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 6(1), 106-114.
- Herrera, V. (2020). *La intervención del mediador en juicios familiares y divorcio incausado cuando se afecten derechos de menores [Trabajo de fin de máster publicado]*. Centro Universitario de Ixtlahuaca.

- Ley Notarial [LN], Registro Oficial del Ecuador, 3 de febrero del 2022 (Congreso Nacional del Ecuador 11 de noviembre de 1966).
- Moliner Navarro, R. (2012). Adopción, familia y derecho. *Revista Boliviana de Derecho*, 1(14), 98-121.
- Nogueira Alcalá, H. (2015). Los estándares de la CIDH sobre niños en situación de riesgo como grupo vulnerable que requieren de medidas especiales de protección por parte del Estado. *Pensamiento Constitucional*, 1(20), 185-215.
- Orozco Gadea, G. A. (2015). Comentarios al artículo 326 del Código de Familia (acuerdo notarial sobre pensión de alimentos). *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 9(36), 419-440.
- Patrón Bazurto, R. A. (2018). *Divorcio por mutuo consentimiento, determinación de tenencia y regulación de visitas a menores mediante vía notarial [Trabajo de fin de máster publicado]*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Pérez Gallardo, L. B. (2009). Un "fantasma" recorre latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 1(23), 214-262.
- Velasco Albán, M. B. (2018). *El divorcio por mutuo consentimiento ante notario público, cuando existen hijos menores de edad o bajo dependencia [Trabajo de fin de máster publicado]*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Velasco Serrano, J. O. (2020). *Divorcio por mutuo consentimiento en sede notarial cuando existan hijos menores de edad y fijar una pensión alimenticia voluntaria de acuerdo a la tabla pensiones alimenticias mínimas [Trabajo de fin de máster publicado]*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Zaidán Albuja, S. M. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa [Trabajo de fin de máster publicado]*. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Zea Dávila, F. J., Sola Iñiguez, M. L., y Serrano Iñiguez, R. G. (2019). Aportes teóricos sobre el divorcio unilateral o divorcio exprés en la atribución notarial en Ecuador. *Dominio de las Ciencias*, 5(Extra 2), 446-463.