



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

Divorcio por Mutuo Consentimiento: ¿Puede Ser la Mediación un Mecanismo Idóneo?

Daniel Alejandro Córdor Saltos

2021 / 02

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2021 / 01 / 26

Difundido: 2021 / 02 / 26

Materias: derecho de familia, métodos alternativos de resolución de conflictos (MASC), derecho procesal

URL: <https://ssrn.com/abstract=3793100>

Citación sugerida: Córdor Saltos, Daniel Alejandro. “Divorcio por Mutuo Consentimiento: ¿Puede Ser la Mediación un Mecanismo Idóneo?”. *USFQ Law Working Papers*, 2021/02, <https://ssrn.com/abstract=3793100>.

© Daniel Alejandro Córdor Saltos

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

Divorcio por mutuo consentimiento: ¿Puede ser la mediación un mecanismo idóneo?¹

Divorce by mutual consent: ¿Is the mediation the ideal mechanism?

Daniel Alejandro Cóndor Saltos²
daniel159828@gmail.com

RESUMEN

Durante las últimas décadas, el número de divorcios en el Ecuador ha aumentado de manera significativa. Este fenómeno social ha generado que el sistema judicial se sobrecargue de procesos familiares. Frente a esta problemática, el legislador ecuatoriano normó la posibilidad de que los divorcios de mutuo consentimiento se tramiten en vía notarial, desjudicializando el divorcio con el fin de agilizar su trámite y descongestionar el sistema judicial. Sin embargo, el acceso al trámite de divorcio en vía notarial genera un gasto económico que muchas veces es inalcanzable para muchas familias ecuatorianas, lo cual podría suponer una violación al acceso gratuito a la justicia, y a los derechos de todos aquellos que se ven involucrados en el proceso divorcio. Este trabajo busca demostrar cómo la mediación, por sus características doctrinarias y aquellas establecidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, podría ser un mecanismo adecuado para garantizar el acceso a la justicia para todas las personas.

ABSTRACT

During the last decades, the number of divorces in Ecuador has increased significantly. This social phenomenon has caused the judicial system to become overloaded with family processes. Facing with this problem, the Ecuadorian lawgiver regulated the possibility that mutual consent divorce can be processed through a notary, de-judicializing the divorce in order to streamline the process and decongest the judicial system. However, access to divorce proceedings by notarial generates an economic expense which is often unattainable for many Ecuadorian families, which could be a violation of free access to justice right and rights of all those who are involved in the divorce process. This work seeks to demonstrate how mediation, due to its doctrinal characteristics and those established in the Ecuadorian legal could be an ideal mechanism to guarantee the access to justice for all people.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Cindy Gabriela Aguiar Lozano.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior

PALABRAS CLAVE

Acceso a la justicia, mediación familiar, divorcio de mutuo consentimiento, acta de mediación, interés superior del niño.

KEYWORDS

Access to justice, family mediation, mutual consent divorces, mediation act, child best interest.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020.
Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020.

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN.- 2. METODOLOGÍA.- 3. MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO.- 3.1. DIVORCIO.- 3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.- 3.3 EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN EL ECUADOR.- 3.3.1. VÍA JUDICIAL.- 3.3.2. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO MEDIANTE VÍA NOTARIAL EN EL ECUADOR.- 4. TEORÍAS O FUNDAMENTOS.- 4.1. MEDIACIÓN FAMILIAR.- 4.2. LA MEDIACIÓN COMO METODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ECUADOR.- 5. ESTADO DE ARTE.- 6. DESJUDICIALIZACIÓN DEL DIVORCIO.- 7. EL ACTA DE MEDIACIÓN.- 8. MEDIACIÓN Y ESTADO CIVIL.- 9. BENEFICIOS DEL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN MEDIACIÓN.- 10. CONCLUSIONES.

1. Introducción.

En el Ecuador para el año 2019 los divorcios aumentaron en un 91,7% con relación con el número de divorcios registrados en el año 2006. Según los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos³. Esto implica que la carga que la Función Judicial posee sobre cuestiones relativas a la familia también aumentó durante el mismo período. Es por esta razón que es de fundamental importancia que el ordenamiento jurídico ecuatoriano busque vías alternativas para la sustanciación del divorcio, mismas que garanticen el principio constitucional de acceso gratuito a la justicia y un proceso ágil que se acople a las necesidades sociales actuales. La búsqueda de un proceso más rápido y económicamente accesible también debe estar encaminado a garantizar el adecuado ejercicio de los derechos de cada uno de los miembros de la familia envueltos en el divorcio.

Actualmente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla tanto el divorcio contencioso, como el divorcio por mutuo consentimiento. La disolución contenciosa del vínculo matrimonial es el proceso judicial a través del cual un cónyuge busca terminar el matrimonio debido a cualquiera de las causales establecidas en el Código Civil. Por otra parte, el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, se define como la terminación del matrimonio por el acuerdo de voluntades de los cónyuges, acompañado de su respectivo trámite legal procesal⁴. El Código Orgánico General de Procesos, el Código Civil y la Ley Notarial, señalan que el divorcio de mutuo consentimiento se podrá sustanciar tanto en ámbito notarial como en vía judicial.

El divorcio de mutuo consentimiento solo podrá sustanciarse en vía judicial cuando la situación de tenencia, visitas y alimentos de hijos menores de edad o dependientes no se haya resuelto previamente. Por otra parte, la atribución notarial del divorcio por mutuo consentimiento, es exclusiva en cuanto se trate de: (i) divorcios en donde no existan hijos menores ni dependientes y (ii) divorcios con existencia de hijos menores y dependientes cuya situación de alimentos, visitas y tenencia haya sido resuelta por vía judicial o acta de mediación⁵.

Doctrinariamente, se ha establecido que la transferencia de estas atribuciones a los notarios es una consecuencia del progresivo fenómeno de desjudicialización del

³ “Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios”, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, acceso el 7 de octubre de 2015, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/matrimonios-divorcios/>

⁴ Ángel Acedo Penco, *Derecho de familia* (Madrid: Dykinson, 2013), 81.

⁵ Stalin Lucas Baque, "Evolución del divorcio en sede notarial en Ecuador y en el sistema notarial", *Opuntia Brava*12 (2020), 4.

divorcio y tiene como fin disminuir el costo personal y patrimonial, que el largo proceso de divorcio judicial causa a todos los involucrados en este⁶. En concordancia con dicho desarrollo doctrinario, el ordenamiento jurídico ecuatoriano señala dentro de los considerandos de la disposición reformativa tercera No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 517 del 26 de junio de 2019, que la atribución notarial del divorcio por mutuo consentimiento con hijos menores o dependientes, corresponde a la búsqueda de un sistema procesal que cumpla con los principios de eficacia, celeridad, simplificación y economía procesal.

En relación con esta atribución notarial es necesario entender que el legislador ecuatoriano, al atribuir el trámite del divorcio por mutuo consentimiento a los notarios, ha pasado por alto la norma del Código Civil que establece que el divorcio únicamente será válido si es expedido por sentencia. Cabe recalcar que el instrumento notarial no tiene la misma naturaleza jurídica que una sentencia ni bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ni desde de una perspectiva doctrinaria. Por lo que este hecho aparece como otra razón para afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano está evolucionando progresivamente hacia la desjudicialización del divorcio, para consecuentemente atribuir su trámite a distintos actores dejando atrás la idea de que solamente los jueces ecuatorianos son capaces de disolver el vínculo matrimonial.

Es necesario aclarar que la realidad ecuatoriana demuestra que los objetivos de la atribución del divorcio de mutuo consentimiento a los notarios no se han logrado alcanzar. El divorcio por vía notarial tiene un costo variable aproximado entre 240 a 280 USD. Esta variabilidad se genera a pesar de la existencia de la resolución del pleno del Consejo de la Judicatura No. 036-2020, la cual establece que su costo deberá ser del 39% de un salario básico unificado del trabajador, debido a que cada notaria tiene sus propios costos para los anexos habilitantes del divorcio. En consecuencia, el precio total del divorcio notarial podría contravenir el principio constitucional de acceso gratuito a la justicia debido a que su variabilidad y precio base genera que sea inaccesible para muchas familias ecuatorianas⁷. Por otra parte, hay que considerar también que el proceso de divorcio se puede tornar poco ágil en virtud de que el divorcio por mutuo consentimiento con hijos dependientes o menores de edad por vía notarial, al necesitar de una resolución judicial,

⁶ Leonardo Pérez Gallardo. “El divorcio por mutuo acuerdo en el derecho cubano”, Revista de derecho privado (2007), 68.

⁷ Fernando Medina. “Divorcios por mutuo acuerdo no tardan más 10 días ante notario”. El Comercio, 5 de mayo de 2017. <https://www.elcomercio.com/actualidad/divorcios-mutuaacuerdo-tramite-notaria-audiencia.html>

de un juez competente que determine la situación relativa a alimentos, visitas y tenencia, retrasa y finalmente alarga el tiempo para la obtención del acta notarial de divorcio.

Ante tal realidad, compuesta por problemas sociales y jurídicos, la mediación podría ser una alternativa adecuada para la tramitación del divorcio de mutuo consentimiento, que se consagre mediante un acta de mediación, misma que tiene efecto de sentencia ejecutoriada atribuida por ley. Esta solución dota al proceso de divorcio de mutuo consentimiento de agilidad procesal, en virtud de que todas las controversias ligadas a hijos menores de edad o dependientes pueden también ventilarse en una sola instancia: la mediación. Esta solución además podría garantizar el principio constitucional de acceso gratuito a la justicia, al existir centros de mediación pertenecientes a la Función Judicial gratuitos en esta área del Derecho, accesibles para todas las familias ecuatorianas. Finalmente, la sustanciación del divorcio por mutuo consentimiento en mediación vela por el cumplimiento del interés superior del niño en el proceso, al ser este un principio transversal de este método de resolución alternativo de conflictos.

2. Metodología.

Este estudio se realizará mediante el análisis doctrinario, jurisprudencial y normativo de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, la desjudicialización progresiva del divorcio, la mediación familiar y el interés superior del niño como principio fundamental en los divorcios. Dicho análisis estará enfocado en exponer la posibilidad de la mediación como mecanismo idóneo para sustanciar los divorcios de mutuo consentimiento en el Ecuador.

Esta investigación nace como respuesta a la problemática socio-jurídica que existe alrededor de la sustanciación del divorcio consensual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto en la vía judicial como la notarial. Para contextualizar de manera adecuada este problema, se tendrá que conceptualizar jurídicamente el divorcio por mutuo consentimiento, las atribuciones notariales, el principio constitucional de acceso gratuito a la justicia y los derechos de todas las personas involucradas en un proceso de divorcio. Se realizará además un análisis comparativo del fenómeno de desjudicialización del divorcio, con el fin de analizar su impacto, ventajas, desventajas y el progreso ligado a su aplicación.

3. Marco teórico y normativo.

3.1. Divorcio.

El divorcio es concebido doctrinariamente tanto como una institución jurídica que regula una de las formas para terminar el matrimonio, como una rescisión del contrato de matrimonio. Su naturaleza está vinculada con la acepción que cada ordenamiento jurídico posee sobre el matrimonio⁸. Sara Montero define al divorcio como “la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente”⁹. Esta forma de terminación del matrimonio, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ha sufrido diversas reformas con la finalidad de acoplar su sustanciación a las necesidades sociales actuales y garantizar su adecuado proceso judicial.

En la actualidad, el Código Civil establece que dentro de las formas para terminar con el vínculo matrimonial se encuentran tanto el divorcio por mutuo consentimiento como el divorcio contencioso¹⁰. Este último se caracteriza por ser un proceso judicial, direccionado a disolver el vínculo matrimonial, accionado por un cónyuge a consecuencia del cumplimiento de cualquiera de las causas previstas en la norma civil.

Según el artículo 115 del Código Civil la sustanciación del divorcio, tanto de mutuo consentimiento como contencioso, requiere como paso previo, la resolución de todo lo relacionado con la situación económica, de visitas, tenencia y la patria potestad de los hijos dependientes o menores de edad¹¹. Una vez sustanciado el proceso de divorcio, la sentencia o en su defecto el acta notarial tendrá que inscribirse en el Registro Civil para que surta efectos¹².

3.2. Naturaleza jurídica del divorcio por mutuo consentimiento.

El divorcio por mutuo consentimiento se ha definido como el conjunto de voluntades que existe entre los cónyuges encaminado a terminar con el matrimonio¹³. Al ser un acuerdo de voluntades, es totalmente contrario a la figura del divorcio contencioso en el cual existe un conflicto manifiesto entre los cónyuges por el cual quieren poner fin a su vínculo matrimonial.

⁸ María Rodríguez Díaz, “El divorcio notarial en España”, Revista Jurídica de Asturias 41 (2018), 11.

⁹ Sara Montero, Enciclopedia Jurídica (México D.F: Editorial Porrúa, 2004), 196.

¹⁰ Artículo 105, CC.

¹¹ Artículo 115, CC.

¹² Artículo 128, CC.

¹³ Farith Simon, Manual de Derecho de Familia (Quito: Editorial Cevallos, 2020), 170.

El fundamento de este tipo de divorcio radica en que la autonomía de la voluntad de los cónyuges es suficiente para poner fin a su vínculo matrimonial. Esto es una consecuencia lógica de la propia naturaleza jurídica del matrimonio. Farith Simon en su Manual de Derecho de Familia establece que:

La tendencia actual es [considerar al matrimonio] en una doble dimensión matrimonio-acto y matrimonio institución. En la primera se busca poner énfasis en su configuración [y terminación]; en la segunda, en las consecuencias jurídicas que se derivan de su celebración, las que se encuentran mayoritariamente sustraídas a la voluntad de los contrayentes¹⁴.

La dimensión contractual del matrimonio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ve reflejada en el Código Civil, que establece que el matrimonio es un contrato solemne¹⁵. En esta línea, la Corte Nacional de Justicia manifestó que:

El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y a la luz del principio de libre desarrollo de la personalidad por lo que también para su disolución debe regir su voluntad. El Derecho no puede obligar a dos personas a vivir juntas, lo que hace es regular los efectos de la unión o de separación¹⁶.

Es por esta dimensión contractual del matrimonio, que la mayoría de ordenamientos jurídicos en el mundo permiten que el acuerdo de los cónyuges sea una forma de disolver el vínculo matrimonial. Doctrinariamente este divorcio agiliza el trámite de terminación del vínculo matrimonial y da un papel preponderante a la autonomía de voluntad de los cónyuges, respetando el principio de libre desarrollo.

3.3. El Divorcio por mutuo consentimiento en el Ecuador.

3.3.1. Vía Judicial.

El Código Orgánico General de Procesos señala que el divorcio de mutuo consentimiento se podrá tramitar a través del procedimiento judicial voluntario, frente el supuesto fáctico de existencia de hijos dependientes y en los que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentra resuelta previamente. En caso de que no existan hijos dependientes o que las situaciones previamente mencionadas se encuentren resueltas, el divorcio por mutuo consentimiento se tramitará exclusivamente en vía notarial.

¹⁴ Id., 68.

¹⁵ Artículo 81, CC.

¹⁶ Juicio No. 099- 2014, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, 19 de agosto de 2014.

Se definen hijos dependientes como aquellos miembros de la progenie que sean menores de edad y, aquellos hijos mayores de edad que posean una discapacidad que vincule a sus padres a su cuidado o que se encuentren bajo la tutela de uno de los cónyuges por incapacidad absoluta¹⁷.

Para iniciar el proceso judicial de divorcio por mutuo consentimiento, se presentará la respectiva demanda en el domicilio de cualquiera de los cónyuges frente al juez competente¹⁸. Las normas del Código Orgánico General de Procesos establecen que en el proceso voluntario el juez deberá calificar la solicitud, y consecuentemente proceder a la respectiva citación de las personas interesadas o quienes puedan tener interés en el asunto. Sin embargo, aun cuando el proceso de divorcio por mutuo consentimiento sea un procedimiento voluntario, este no requiere de citación a los cónyuges en virtud de su propia naturaleza consensual y comparecencia conjunta. Simplemente se notifica a ambos cónyuges y al curador para que se presenten en el día de la audiencia. Al respecto, cabe aclarar que en estos procesos es fundamental la participación de los curadores, quienes son personas principalmente del círculo familiar, que asumen la defensa de los intereses de los hijos dependientes en un proceso de divorcio. El juez deberá convocar a la audiencia en un término no menor a diez días y no mayor a veinte. En esta audiencia se resolverán las situaciones relativas a los hijos dependientes. De no existir un acuerdo sobre dichas situaciones, el proceso se transformará en procedimiento sumario¹⁹.

En caso de que el procedimiento se convierta en un proceso sumario, el tiempo en el cual los cónyuges disuelven el vínculo matrimonial aumenta en relación con el tiempo que conlleva el procedimiento voluntario. Así, en ocasiones, la sustanciación del divorcio por mutuo consentimiento en vía judicial suele durar alrededor de uno a tres meses²⁰.

3.3.2. El Divorcio por mutuo consentimiento mediante vía notarial en el Ecuador.

Ecuador fue uno de los primeros tres países de América Latina en contemplar el divorcio por mutuo consentimiento en vía notarial. Esta atribución notarial en el sistema jurídico ha tenido tres distintas etapas²¹.

¹⁷ Farith Simon, Manual de Derecho, 173.

¹⁸ Id.

¹⁹ Artículo 336, Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. R.O. Suplemento 506, 12 de mayo de 2015, Reformado por última vez el 26 de junio de 2019.

²⁰ Redacción Social. "Previo al divorcio en notaría se debe resolver tenencia, y alimentos de los hijos independientes". El Comercio, 27 de junio de 2019. <https://www.elcomercio.com/actualidad/divorcio-notaria-tenencia-hijos-alimentos.html>

²¹ Lucas Baque, "Evolución del divorcio", 6.

La primera etapa surgió en el año 2005 cuando mediante una reforma al Código Civil se introdujo la atribución notarial para sustanciar solamente el divorcio por mutuo consentimiento de matrimonios sin hijos menores de edad o dependientes. Esta reforma no excluía la competencia de los jueces para ventilar los divorcios de mutuo consentimiento sin hijos dependientes o menores.

La segunda etapa surgió con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos en el año 2015. En dicho cuerpo normativo se atribuyó de manera exclusiva a los notarios, la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo en caso de la inexistencia de hijos menores o dependientes²².

Por último, en el año 2019, surgió la tercera etapa, mediante la disposición reformativa al artículo 22 de la Ley Notarial. Esta disposición otorgó a los notarios, a más de las atribuciones previas, la atribución de tramitar el divorcio por mutuo consentimiento con hijos dependientes o menores de edad, siempre y cuando las cuestiones relativas a la tenencia, alimentos y visitas se encuentren resueltas por acta de mediación o resolución judicial dictada por juez competente²³.

El procedimiento del divorcio de mutuo consentimiento en la vía notarial es claro; los cónyuges que quieran divorciarse mediante vía notarial deberán presentar la petición correspondiente ante el notario. Esta petición se realiza a través de un formulario que debe ser llenado por los cónyuges, dicho documento reemplaza la antigua necesidad de una minuta para el trámite del divorcio. Consecuentemente el notario tendrá que realizar un reconocimiento de firma. Finalmente, el notario procederá a levantar el acta notarial la cual declara disuelto el vínculo matrimonial.

El trámite del divorcio por mutuo consentimiento en notaria tiene costo. La resolución del pleno del Consejo de la Judicatura del 16 de abril de 2020 estableció que el trámite del divorcio por mutuo consentimiento tendrá un costo del 39% de un salario básico unificado, este incluirá la protocolización del trámite realizado²⁴. Sin embargo, en la realidad el costo de divorcio por notaria suele variar en función de la existencia de hijos menores o dependientes, en función de cada notaria y el costo de los documentos habilitantes. El costo del divorcio notarial es estandarizado por ley, pero el valor de los demás requerimientos notariales para dicho trámite, no lo son. Así el valor total de este

²² Lucas Baque, "Evolución del divorcio", 7.

²³ Disposición Reformativa Tercera, Suplemento Registro Oficial No 517, 26 de junio 2019. Esta disposición tenía como fin reformar varias normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, entre ellas el artículo 22 de la Ley Notarial con el fin de brindar celeridad procesal.

²⁴ Resolución 036 -2020, Pleno del Consejo de la Judicatura, 16 de abril de 2020.

trámite notarial varía en función del valor propio que cada notaria impone para los requerimientos obligatorios del proceso que acompañan al valor estandarizado del divorcio consensual.

Tabla 1. Costos del divorcio por mutuo consentimiento en vía notarial

Trámite de divorcio por mutuo consentimiento, con hijos menores o dependientes: 280 USD.	Trámite de divorcio por mutuo consentimiento sin hijos: 250USD,
--	---

Fuente: Elaboración propia, promedio ponderado de costos obtenidos a través de consulta de datos de las notarias 77,35,16,20,77, del Distrito Metropolitano de Quito; y de las notarías 26,47,6,55,62 del Cantón Guayaquil.

4. Teorías o fundamentos.

4.1. La mediación familiar.

La mediación es parte de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos. Éstos se caracterizan por la falta de un tercero que se encargue de resolver la controversia, por lo que son las propias partes del conflicto quienes voluntariamente han decidido resolver la controversia a través de un proceso flexible²⁵. Es importante expresar que si bien no existe un tercero que se encargue de resolver la problemática en la mediación existen profesionales denominados mediadores cuyo accionar consistirá en ayudar a que las partes alcancen un acuerdo por sí mismas²⁶.

La mediación como método auto compositivo de resolución de conflictos presenta varias ventajas frente al sistema judicial: (i) se trata de un proceso colaborativo que brinda confianza y evita la incertidumbre de los procesos judiciales, (ii) busca soluciones basadas en el mutuo acuerdo facilitando la comunicación entre las partes, (iii) tiene menores costes y mayor rapidez en la resolución del mismo, (iv) en virtud de las soluciones de mutuo acuerdo se consigue un mayor grado de cumplimiento de las soluciones del proceso de mediación²⁷.

Estas ventajas, intrínsecamente relacionadas con la naturaleza de la mediación, provocaron que en la década de 1970 aparezca la mediación familiar en Estados Unidos como una alternativa viable frente al ineficiente proceso contencioso de las cortes

²⁵ Teresa Dupla Marín, *Mediación Familiar: Aspectos teóricos, jurídicos* (Madrid: Editorial Dykinson, 2013), 13.

²⁶ Ana Botana, “Conceptos Básicos de Referencia”, en *Mediación Familiar* (Madrid: Editorial Dykinson, 2012), 28.

²⁷ Marín, *Mediación Familiar: Aspectos teóricos*, 25.

estadounidenses. A partir de ese momento a nivel familiar tuvo un gran desarrollo, por lo que su estudio y adopción normativa, se expandió a Canadá.

La mediación familiar como concepto, es inicialmente estudiada por académicos de Harvard, como una respuesta a la lentitud y colapso del sistema judicial estadounidense. Es así como Fisher y Ruy describen a este proceso familiar, en su modelo tradicional lineal denominado “Harvard”; como una forma alternativa de resolver conflictos derivados de la ruptura familiar, conflictos tales como la custodia y residencia de los hijos, el régimen de visitas del progenitor que no tiene la custodia, el pago por alimentos de los hijos y la pensión compensatoria para el cónyuge²⁸. A la par y en adelante, por su creciente desarrollo jurídico e impacto en diversos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, surgen otras definiciones de la mediación familiar. Ana Botana explica que:

El Tribunal de Montreal, por ejemplo, define a la mediación familiar como una intervención en un conflicto o una negociación por parte de una tercera persona aceptable a las partes, imparcial y neutral sin ningún poder de decisión y que pretende ayudarles a que ellos mismos desarrollen un acuerdo (una «entente») viable, satisfactorio y capaz de responder a las necesidades de todos los miembros de una familia, en particular las de los hijos e hijas²⁹.

Actualmente, se está en presencia de variadas definiciones sobre mediación familiar; sin embargo, todas ellas comparten el objetivo de garantizar un proceso de mediación en donde se priorice el cumplimiento de varios principios. Entre esos el principio del Interés Superior del Niño³⁰. Entiéndase este principio aplicado a la mediación como “la búsqueda de las partes y el mediador del bienestar de los menores teniendo en cuenta sus necesidades a la hora de alcanzar acuerdos”³¹.

Es así como la mediación familiar se configura como un instrumento del Derecho de Familia que, por sus características, beneficios y principios puede ayudar a resolver varios de los problemas que la vía contenciosa tiene para subsanar controversias de origen familiar en diversos ordenamientos jurídicos, como el ecuatoriano.

²⁸ Ana Botana, “Conceptos Básicos de Referencia”, 28.

²⁹ Ana Botana, “Conceptos Básicos de Referencia”, 30

³⁰ Marín, Mediación Familiar: Aspectos teóricos, 23.

³¹ Cristina Pereira Prado, “Aspectos Jurídicos”, en Mediación Familiar (Madrid: Editorial Dykinson, 2012), 56.

4.2. La mediación como método alternativo de resolución de conflictos en el Ecuador.

La Constitución la de República del Ecuador en su sección octava, artículo 190, reconoce a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos y especifica que este método se aplicará con sujeción a la ley, en materia transigibles³². La Ley de Arbitraje y Mediación define a este proceso como:

Un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas de un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto³³.

Es importante recalcar que la mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con una característica distintiva frente a la regulación que otros ordenamientos jurídicos tienen sobre este método autocompositivo de resolución de conflictos. El artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, así como el artículo 38 del Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial, establecen que el acta de mediación tendrá los mismos efectos de la sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo que para que opere su ejecución se aplicarán las mismas normas de procedimiento que se aplican a las sentencias judiciales con las mismas características³⁴.

El acta de mediación deberá además cumplir con varios requerimientos normativos, para adquirir el carácter de sentencia ejecutoriada. El artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que en el acta de mediación deberá constar: (i) una descripción clara de cada una de las obligaciones de las partes, por lo que cada una de estas debe estar debidamente identificada, (ii) la situación fáctica que originó el conflicto y, por último (iii) la firma de ambas partes y el mediador encargado del manejo de dicho conflicto³⁵.

Existen varios supuestos sobre los cuales la mediación en el Ecuador procede. Este método alternativo de resolución de conflictos puede solicitarse expresamente por las partes de un conflicto. También procede cuando los jueces ordinarios dispongan una audiencia de mediación ante un centro autorizado de mediación, esto siempre dependerá

³² Artículo 190, Constitución de la Republica del Ecuador. R.O. 449, 25 de julio de 2008, Reformado por última vez el 12 de marzo de 2020.

³³ Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación. R.O. 417, 29 de noviembre de 2006, Reformado por última vez el 21 de agosto de 2019.

³⁴ Artículo 39, Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial. R.O. 673, 26 de diciembre de 2013. Reformado por última vez el 17 de julio de 2015.

³⁵ Artículo 47, Ley de Arbitraje y Mediación.

de la aceptación de las partes. Por último, este método alternativo de resolución de conflictos procederá frente a la existencia de convenio escrito de las partes para resolver su disputa en mediación³⁶.

Cuando cualquiera de los supuestos mencionados se cumpla, el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece que este proceso podrá sustanciarse en los centros de mediación o con mediadores independientemente autorizados. Cabe recalcar que los centros de mediación pueden ser de naturaleza pública o privada. La Función Judicial por su parte tiene su propio Centro de Mediación al cual se remiten todas las causas judiciales que versen sobre materia transigible. Esto no excluye la posibilidad de que el Centro de Mediación de la Función Judicial pueda accionarse a solicitud de las partes de un conflicto.

El servicio público que brinda el Centro de Mediación de la Función Judicial es totalmente gratuito en temas de niñez y adolescencia y tiene como objetivo garantizar la uniformidad, fluidez y agilidad de los trámites de mediación sometidos a su conocimiento y resolución³⁷, por lo que su estructuración y normas relativas al trámite de las mediaciones tienen como enfoque garantizar la existencia de un método de resolución alternativo eficaz.

5. Estado del Arte.

Culaciati expresa que, en los ordenamientos jurídicos occidentales bajo la antigua perspectiva socio-jurídica, el matrimonio solo podía disolverse por causales específicas, así el autor previamente mencionado, expresa que el divorcio era concebido como una sanción a la mala conducta de cualquiera de los cónyuges que hiciera inviable la convivencia pacífica, que debía subsanarse bajo todos los supuestos en vía judicial.³⁸

Sin embargo, tal y como expresa Leonardo Pérez, esta visión jurídico-social ha cambiado radicalmente durante las últimas tres décadas, provocando que en la actualidad existan Estados que han reformado sus ordenamientos jurídicos para desjudicializar progresivamente el divorcio y de esta manera poder ayudar a garantizar los derechos de todos los involucrados en este proceso, y el adecuado ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva³⁹.

³⁶ Artículo 46, Ley de Arbitraje y Mediación.

³⁷ Artículo 2, Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial.

³⁸ Martín Miguel Culaciati, "Razones y sin razones que demoran la desjudicialización del divorcio", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de México (2015), 3.

³⁹ Leonardo Pérez Gallardo, "Un fantasma que recorre Latinoamérica en este siglo: El divorcio de mutuo acuerdo en sede notarial", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (2009), 219.

Diversos países latinoamericanos y europeos han permitido únicamente la desjudicialización del divorcio por mutuo consentimiento dejando la posibilidad de sustanciar el divorcio contencioso en vía judicial. Otros han establecido la disolución sin causal, en donde cualquiera de los cónyuges por su propia voluntad puede accionar un proceso no judicial para divorciarse. Este fenómeno de sustanciación del divorcio extrajudicialmente demuestra claramente que la desjudicialización de esta separación por mutuo consentimiento, se concibe actualmente como una alternativa viable para solucionar los problemas que el divorcio en vía judicial presenta⁴⁰.

El ordenamiento jurídico cubano fue el pionero en desjudicializar el divorcio a nivel global. En su decreto-ley No. 154/1994 de 6 de septiembre, el legislador cubano atribuyó al notario la capacidad de disolver matrimonios de mutuo consentimiento⁴¹. A partir de ese momento, más países latinoamericanos y europeos se han sumado al continuo proceso de desjudicialización del divorcio. Colombia desjudicializó el matrimonio, mediante la ley No. 962/2005 y el decreto No. 4436, atribuyendo el trámite del divorcio por mutuo consentimiento al notario. Brasil, de manera similar atribuyó a los notarios el divorcio consensual mediante la ley No. 11411/2007 de 4 de enero, que modifica su código de procedimiento civil. Perú, mediante la ley No. 29227/2008, atribuyó tanto a los notarios, como a las municipalidades, la capacidad de tramitar la separación no contenciosa y el divorcio ulterior⁴². Finalmente, el ordenamiento jurídico español, introdujo la posibilidad del divorcio consensual notarial mediante la ley de jurisdicción voluntaria.

Se debe indicar, que la desjudicialización del divorcio en todos los países previamente mencionados, están estrechamente relacionados con la posterior atribución del trámite a la función notarial. Sin embargo, la atribución notarial de esta disolución no es una consecuencia necesaria del fenómeno de desjudicialización, así lo expresa Leonardo Pérez en su artículo sobre el divorcio mutuo acuerdo en sede notarial⁴³. Un claro ejemplo de esto es Francia, que ha regulado la desjudicialización del divorcio de mutuo acuerdo de una manera totalmente alternativa. La ley No. 2016-1547, de 18 de noviembre de 2016 de modernización de la justicia del siglo XXI, establece que el divorcio por mutuo acuerdo será refrendada por un abogado y solo se tiene que acudir al

⁴⁰ Aníbal Guzmán Avalos, “El Divorcio en el Derecho Mexicano”, en *El Divorcio en el derecho ibero americano* (Buenos Aires: Zavalía, 2009), 43-460.

⁴¹ Leonardo Pérez, “Un fantasma que recorre Latinoamérica”, 216.

⁴² Leonardo Pérez, “Un fantasma que recorre Latinoamérica”, 221.

⁴³ Id.

notario para dar fe pública de dicho documento, por lo que sería erróneo afirmar que el notario francés es quien divorcia a los cónyuges. Por otra parte, el Código Civil portugués atribuye la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento a una autoridad del Registro Civil⁴⁴.

Es así como el fenómeno de desjudicialización del divorcio de mutuo acuerdo se acopla a cada ordenamiento jurídico de diferente manera y no es consecuencia necesaria su atribución al notariado. Se puede entonces afirmar que, frente al problema de un largo y tortuoso proceso de divorcio contencioso, pueden existir variadas soluciones tal y como lo demuestra el derecho comparado.

El fenómeno de la desjudicialización del divorcio está en continuo desarrollo, por lo que cabe analizar de manera adecuada si el divorcio por mutuo consentimiento ante notario, previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cumple con las exigencias sociales actuales y con todos los preceptos normativos, para de esta manera buscar alternativas viables para su sustanciación y trámite, en las cuales se pueda garantizar un divorcio ágil y que beneficie a todos sus involucrados.

6. Desjudicialización del Divorcio.

En el mundo occidental este procedimiento aparece por primera vez después de la Revolución Francesa. Antes de este acontecimiento histórico, la disolución del matrimonio era imposible. Este fenómeno de imposibilidad era causado por la gran influencia que el cristianismo tenía dentro de las normas que regulaban la sociedad y, por ende, la familia y el matrimonio. La premisa era “lo que Dios ha unido, no lo puede separar el hombre”, sin embargo, los ideales de libertad que surgieron en la sociedad occidental durante el proceso revolucionario en Francia del siglo XVIII generaron que el legislador recoja dentro de las normas jurídicas al divorcio, dejando atrás la imposibilidad de disolver el vínculo matrimonial⁴⁵.

La evolución social y todos los cambios dentro de las interacciones humanas a lo largo del tiempo modifican como el ordenamiento jurídico regula el comportamiento humano. Es por esto por lo que la regulación del divorcio ha ido evolucionando a la par de la sociedad.

⁴⁴ Código Civil Portugués, Decreto de Ley No. 43- 344 de 25 Noviembre de 1966, reformado por última vez en 2006.

⁴⁵ Johanna Ponce Albuquerque, Familia, Conflictos familiares y mediación (México: Editorial Ubijus, 2017), 93.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el divorcio aparece por primera vez como causal de disolución del vínculo matrimonial por infidelidad de la mujer. En el año 1908 el legislador ecuatoriano recoge dentro del ordenamiento jurídico nacional, tanto el divorcio por mutuo consentimiento, como el divorcio contencioso por más causales⁴⁶. A lo largo del tiempo hasta la actualidad, han existido constantes reformas al divorcio. En estos días se presentan normas que establecen la posibilidad tanto de un divorcio contencioso por diversas causales recogidas en el Código Civil, como de un divorcio por mutuo consentimiento que puede ser sustanciado o tramitado por vía judicial o por vía notarial.

Ecuador fue de los países pioneros en las décadas pasadas en desjudicializar el divorcio de mutuo consentimiento para consecuentemente atribuir su trámite, en casos específicos, al notario. Culaciati expresa que “la desjudicialización constituye el paso siguiente en la evolución del divorcio”⁴⁷. Este proceso en un determinado ordenamiento jurídico debe estar encaminado a “cuidar los bienes más valiosos, el bienestar y la paz familiar”⁴⁸. Así la desjudicialización del divorcio aparece como una vía para solucionar los problemas del proceso judicial de divorcio, los cuales inciden directamente en el bienestar y paz de los cónyuges y de sus hijos.

En esta línea, Leonardo Pérez en el libro *Separaciones y Divorcios ante Notarios*, expresa que:

[La externalización del divorcio] de sede judicial [...] supondría la reducción del conflicto familiar al que los hijos se ven expuestos; reduciendo los costos económicos, psicológicos y emocionales a los estrictamente ocasionados por el quiebre afectivo, sin añadir los propios del proceso judicial⁴⁹.

El fundamento de la desjudicialización del divorcio tiene un claro propósito y es “la búsqueda de vías más expeditas, más dúctiles, [más baratas], que ofrezcan cierta celeridad [al] proceso de divorcio”⁵⁰. Está claro que estos beneficios procesales además influyen positivamente dentro del bienestar familiar, por lo que es de fundamental importancia verificar si la vía notarial para el trámite de los divorcios de mutuo consentimiento es la vía más idónea para cumplir con los beneficios de la

⁴⁶ Id.,95.

⁴⁷ Miguel Culaciati, “Razones y sin razones que demoran la desjudicialización del divorcio en Argentina”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de México* (2015), 364.

⁴⁸ Leonardo Pérez Gallardo, “Separación y Divorcio Notarial a la española: Una visión de derecho comparado”, en *Separaciones y Divorcios* (Sevilla: Editorial Reus, 2016), 25.

⁴⁹ Id., 19

⁵⁰ Leonardo Pérez, “Separación y Divorcio”, 366.

desjudicialización del divorcio, que como ya se ha expresado, es un fenómeno latente en el Ecuador.

El Código Orgánico General de Procesos establece que el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento será voluntario. El objetivo del legislador de atribuir dicho procedimiento específico al divorcio es aligerar el proceso y dotar a las partes de un divorcio rápido. Sin embargo, la existencia de procesos especiales, como el voluntario dentro del sistema de justicia ecuatoriano, no evita que las partes tengan que atravesar por un proceso judicial que multiplica rencores, frustraciones y que esta supeditado a la verdadera celeridad que un determinado sistema jurídico ostenta para sustanciar distintas causas judiciales⁵¹.

El sistema judicial ecuatoriano se ha caracterizado, dentro de la realidad, por no ser ágil. Específicamente dentro de la sustanciación de divorcios de mutuo consentimiento en vía judicial, el sistema judicial suele tardarse entre dos a tres meses en expedir la sentencia de divorcio. Esto, en virtud de que antes de disolverse el vínculo matrimonial se tendrán que resolver las visitas, alimentos y tenencia de los hijos menores o dependientes del matrimonio.

Por otra parte, el sistema judicial ecuatoriano se ha visto sobrecargado de procesos judiciales familiares en los últimos años. En esta línea, Johanna Ponce expresa en su libro *Familia, conflictos familiares y mediación* que:

Según el informe de la Defensoría Pública, en el año 2014 los conflictos de familia superaron en número a otro tipo de conflictos, como los laborales o penales. De este modo, solamente en ese año atendió a 81.245 causas de familia, mientras que las causas penales fueron 79.307 y las laborales 43.431⁵².

Es por estas razones que el procedimiento “expedito” planteado por el legislador para sustanciar el divorcio por mutuo consentimiento no cumple con la necesidad social y familiar de una disolución ágil y rápida, dicha insatisfacción además genera un desgaste progresivo dentro del bienestar de la familia.

Por otra parte, cabe recordar además que el divorcio por mutuo consentimiento en vía notarial tienen un costo económico para las familias ecuatorianas como se detalla en el punto 3.3.2. Es importante entender que dicho costo contraviene el principio constitucional de acceso gratuito a la justicia. El derecho fundamental humano de acceso a la justicia se ha definido como “la posibilidad de que cualquier persona tenga la puerta

⁵¹ Id., 21.

⁵² Ponce, *Familia, conflictos familiares y mediación*, 99.

abierta para acudir a los sistemas de justicia [...] a sistemas, mecanismos e instancias para la determinación de derechos y resolución de conflictos”⁵³. Está claro que la sola posibilidad de acudir a los sistemas de justicia no garantiza el adecuado ejercicio del derecho al acceso a la justicia. En esta línea se manifiesta la Corte IDH en el caso *Maritza Urrutia vs Guatemala*, en donde expresa que para garantizar el derecho al acceso a la justicia “no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados”⁵⁴.

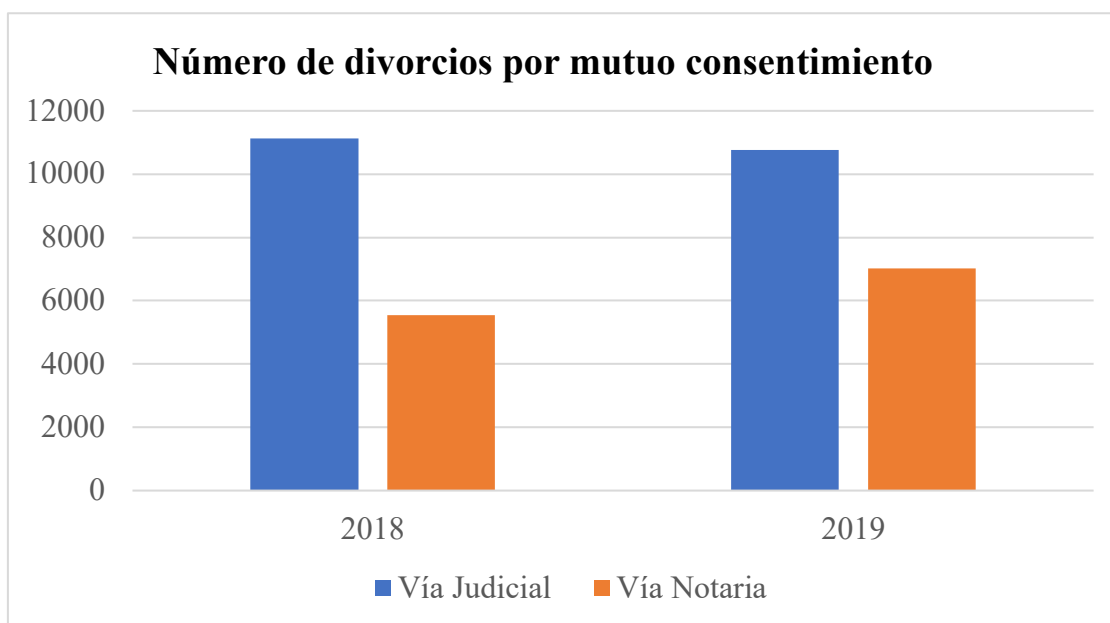
El costo económico que las personas deben procurar para poder alcanzar la resolución de sus conflictos puede constituir una barrera para el adecuado ejercicio del derecho al acceso a la justicia. Es por tal razón que el ordenamiento jurídico establece, como principio constitucional, que el acceso a los distintos sistemas de resolución de conflictos debe ser gratuito, de esta manera el legislador quiso garantizar el adecuado acceso a la justicia para todas las personas.

Dicho presupuesto, no se cumple en la realidad ecuatoriana, el costo del divorcio por mutuo acuerdo en vía notarial limita el número de parejas que acuden a esta vía, generando así que el objetivo de la desjudicialización de este proceso no se cumpla, además del incumplimiento del principio constitucional de acceso a la justicia. Esto se puede ver reflejado claramente en que el número de divorcios por mutuo consentimiento en vía judicial, en los años 2018 y 2019, supera al número de divorcios de mutuo consentimiento tramitados en vía notarial.

⁵³ Alejandra Díaz Alvarado, “El derecho al acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: construcción doctrinal y jurisprudencial”, *Prospectiva Jurídica UAEM* (2017), 50.

⁵⁴ Caso *Maritza Urrutia c. Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de Noviembre de 2003.

Tabla 2. Estadísticas divorcios por mutuo consentimiento.



Fuente: Elaboración propia a partir de Registro Estadístico de Divorcios, 2019; Base de datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.⁵⁵

Estos datos son un claro indicador de que aún frente a la existencia de la vía notarial para la tramitación de divorcios de mutuo consentimiento, la mayoría de las personas siguen acudiendo a la vía judicial para disolver el vínculo matrimonial de manera consensual. Dicho indicador es relevante, aún más teniendo en cuenta que la mayoría de las familias en el Ecuador tienen ingresos mensuales en promedio de 700 USD⁵⁶. Por lo que el costo del divorcio por mutuo consentimiento se vuelve inaccesible para muchas parejas en el Ecuador, debido a que sus ingresos tienen que priorizar la canasta básica, educación, salud y satisfacción de otras necesidades básicas humanas.

Frente a esta realidad social, es necesario entender que la vía alternativa que ha planteado el legislador a la hora de desjudicializar el divorcio está resultando ineficaz para resolver los problemas de sobrecarga del sistema judicial. Así, es necesario estudiar alternativas idóneas para solucionar esta problemática social y de esta manera lograr un trámite ágil, accesible y expedito del divorcio.

⁵⁵ "Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios", Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, acceso el 27 de octubre de 2029, https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2019/Boletin_tecnico_MYD_2019.pdf

⁵⁶ "Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo", Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, acceso el 28 de octubre de 2020, https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2018/Junio-2018/201806_Pobreza.pdf

7. El acta de mediación.

El Código Civil establece que el matrimonio puede disolverse únicamente mediante sentencia de divorcio dictada por el Juez competente en ejercicio de su jurisdicción⁵⁷, esta norma es una clara manifestación de la ya superada idea de que esta disolución solo puede sustanciarse en vía judicial. Es de gran sorpresa como aun cuando esta norma permanece vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el legislador ha atribuido al Notario la capacidad de disolver el vínculo matrimonial.

El instrumento notarial no tiene naturaleza jurídica similar a la sentencia. Doctrinariamente se define al instrumento notarial como “un documento público escrito expedido por un notario en ejercicio de sus funciones”⁵⁸. Este documento público se presume totalmente veraz, en virtud de que es fruto de la fe pública otorgada a los notarios para controlar la legalidad de ciertos actos, esta atribución notarial se basa en el concepto de seguridad jurídica preventiva⁵⁹, dicha definición es totalmente distinta a la que la sentencia posee. Por tal razón parecería inadecuado pensar que jurídicamente el instrumento notarial podría terminar con el vínculo matrimonial.

La sentencia es el acto más importante de la función jurisdiccional, toda vez que constituye el punto culminante de todo proceso, que consiste en aplicar el derecho al caso sometido a la consideración de los órganos encargados de la misma, es la decisión que corresponda en la relación procesal, y constituye el resultado entre la acción intentada que dará satisfacción en su caso a la pretensión del juicio⁶⁰.

Por otra parte, los notarios ecuatorianos tal y como expresa la Ley Notarial “son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de las partes, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes”⁶¹. Es por esto que sería erróneo llegar a la conclusión de que los notarios están investidos de jurisdicción para emitir sentencias. Por lo que, finalmente tanto de manera doctrinaria como en consonancia con la normativa ecuatoriana, los notarios no podrían emitir una sentencia o un instrumento con valor de sentencia que disuelva el vínculo matrimonial, aún frente a este obstáculo el legislador ecuatoriano atribuyó al notario el trámite del divorcio de mutuo consentimiento.

⁵⁷ Artículo 129, CC.

⁵⁸ Diego Lafferriere, Curso de Derecho Notarial (Nogoya: Lulu, 2008), 23.

⁵⁹ Alvaro Rengifo, Dilemas contemporáneos del Derecho Notarial (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2019), 10-20.

⁶⁰ Antonio Rumoroso Rodríguez, “Las sentencias”, Logos: Revista de Filosofía 38 (2010), 118.

⁶¹ Artículo 6, Ley Notarial. R.O. Decreto Supremo 1404, 11 de noviembre de 1966, Reformado por última vez el 26 de junio de 2019.

Por lo que se puede concluir que el sistema jurídico ecuatoriano se ha transformado hacia una progresiva desjudicialización del divorcio, con el fin de atribuir su sustanciación a otros actores, superando, de esta manera, el esquema antiguo en el cual solo mediante sentencia emitida por el juez competente se podía disolver el vínculo matrimonial.

Frente a la normativa vigente en el Ecuador que establece que solo una sentencia puede disolver el vínculo matrimonial, la mediación podría verse como una vía oportuna para el trámite del divorcio de mutuo consentimiento. Esta atribución, en principio, encajaría perfectamente en la disolución del vínculo matrimonial en virtud de que el acta de mediación en el Ecuador tiene carácter de sentencia ejecutoriada de última instancia. Así lo expresa la Ley de Arbitraje y Mediación cuando establece que el acta fruto de cualquier proceso de mediación tendrá el carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada⁶².

Una sentencia ejecutoriada tal y como la define el Código Orgánico General de Procesos, es aquella que “surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva como identidad objetiva”.⁶³ Por otra parte el carácter de cosa juzgada permite al acta de mediación, poner fin jurídicamente a una controversia, en la cual no existan medios de impugnación existentes con el fin de que no pueda volver a ser discutido⁶⁴, por lo que, en principio, todas las actas de mediación surten efectos irrevocables, excepto en aquellas actas que traten sobre asuntos que involucren temas de niñez y adolescencia.

Cabe recalcar el hecho de que sí bien el acta de mediación en el Ecuador tiene carácter de sentencia ejecutoriada, esta naturaleza no viene dada por ninguna de las teorías doctrinarias que justifican la naturaleza de sentencia del acta de mediación. La teoría procesalista expresa que, si la mediación es una etapa procesal judicial, entonces el acta de mediación debería tener el carácter de sentencia⁶⁵, dicha teoría no es aplicable, ya que el ordenamiento jurídico ecuatoriano en virtud de que la mediación no es una etapa más del proceso judicial, la Ley de Arbitraje y Mediación define a la mediación como un método de resolución de conflictos extrajudicial, por lo que el acta de mediación no es la

⁶² Artículo 47, Ley de Arbitraje y Mediación.

⁶³ Artículo 101, COGEP.

⁶⁴ Ver, Ximena Bustamante Vascones, El acta de mediación (Quito: Editorial Cevallos, 2009), 132.

⁶⁵ Id., 48.

conclusión de ningún proceso judicial. Por otra parte, no es aplicable la teoría jurisdiccional, porque los mediadores ecuatorianos no están investidos de jurisdicción y por lo tanto el acta de mediación no es una sentencia, debido a que no fue emitida por una facultad inexistente⁶⁶.

La naturaleza de sentencia del acta de mediación se la atribuye el mismo ordenamiento jurídico ecuatoriano. Al acta de mediación al tener este carácter de sentencia, podría acreditar en principio, a la mediación como una vía alternativa extrajudicial, en la cual se puedan tramitar los divorcios de mutuo consentimiento en concordancia a lo establecido en el Código Civil.

Ximena Bustamante, establece que los mediadores en el Ecuador cumplen “un papel de control de legalidad de los acuerdos alcanzados, más que una administración de justicia”⁶⁷, esta función a más de asemejarse a la labor realizada por los notarios en el trámite del divorcio de mutuo consentimiento, encuadra perfectamente dentro del concepto jurídico del divorcio consensual en sí. Se debe recordar que este tipo de divorcio es un acuerdo entre cónyuges, el cual necesita estar reafirmado en un instrumento público o sentencia para poder inscribirse en el Registro Civil. Es necesario ligar esta característica del divorcio por mutuo acuerdo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con la naturaleza del acta de mediación, la cual es un acuerdo de voluntades, que tiene carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, sobre el cual el mediador debe realizar un control de legalidad⁶⁸, por lo que es concluyente afirmar que los mediadores ecuatorianos podrían velar también por el cumplimiento de legalidad en el trámite del divorcio por mutuo consentimiento.

Es importante entender que el control de legalidad por parte de los mediadores evitará que dentro de la sustanciación del divorcio por mutuo consentimiento en mediación, y por ende el acta de mediación, exista cualquier tipo de afectación a los derechos recogidos en el ordenamiento jurídico. Entiéndase control de legalidad como la verificación del apego de ciertos actos a las normas de un determinado marco legal⁶⁹. Por lo tanto, si bien las partes son quienes acuerdan su propia solución en mediación, éstas no pueden violar las normas ecuatorianas, por lo que no podrían vulnerarla irrenunciabilidad e intransigibilidad del estado civil.

⁶⁶ Bustamante, El acta de mediación, 51.

⁶⁷ Id., 125.

⁶⁸ Id., 99.

⁶⁹ Roberto Islas Montes, “Sobre el principio de legalidad”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2009), 100.

8. Mediación y Estado civil.

El estado civil está definido en el Código Civil como “la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones”⁷⁰. La concepción del estado civil ha ido evolucionando progresivamente desde su aparición como concepto en el primer Código Civil ecuatoriano. Díez- Pícaso define al estado civil como “una determinante de una diferente capacidad de obrar de las personas, y en consecuencia fuente de derechos y obligaciones”⁷¹.

El artículo 332 del Código Civil expresa que el estado civil de casado, divorciado, viudo, unión de hecho, padre e hijo se probarán con las respectivas copias de las actas del Registro Civil ⁷², por lo que se puede deducir que el estado civil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se refiere específicamente a la posición que ocupa cualquier persona natural dentro de sus lazos familiares, por la cual se la atribuye determinados derechos y obligaciones.

Luis Guillermo Salas expresa que:

El estado civil implica numerosas consecuencias de derecho privado; concretamente, determina el aumento o disminución de la cantidad de derechos y obligaciones de que puede ser sujeto la persona. Así, quien se haya situado dentro de una familia, tiene mayores responsabilidades de adquirir en ella herencia y pensión alimentaria que quien no lo está, [...] quien es padre o madre tiene derechos de crianza, educación y establecimiento, e incluso a veces de alimentos, de quien no lo es⁷³.

El matrimonio, como institución jurídica de origen contractual, es una fuente de cambio del estado civil de las personas. El cambio de soltero a casado genera efectos personales y patrimoniales para ambos cónyuges los cuales vienen conectados con determinados derechos y obligaciones. El divorcio, al ser la disolución del vínculo matrimonial, tiene como efecto el cambio de estado civil de soltero a divorciado y la “disolución de derechos personales y patrimoniales”⁷⁴.

El estado civil doctrinariamente ha sido concebido como irrenunciable e indisponible, “la renuncia se constituye y se articula a través de una declaración de

⁷⁰ Artículo 331, CC.

⁷¹ Díez Picazo, Sistema de Derecho Civil (Madrid: Editorial Tecnos, 2003), 25

⁷² Artículo 332, CC.

⁷³ Luis Guillermo Salas, “Aplicación de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia sobre el Estado Civil en la Unión Marital de hecho”, Revista Jurídica Pielagus 16 (2017), 185.

⁷⁴ Ponce, Familia, conflictos familiares y mediación, 109.

voluntad unilateral de sentido abdicativo”⁷⁵, mientras que su indisponibilidad se refiere a la incapacidad de transmitir o ceder el estado civil por un acto voluntario⁷⁶. El fundamento de su irrenunciabilidad e indisponibilidad radica en el hecho de que, al ser, el producto de la posición que una persona natural tiene dentro de una familia, su libre disposición y renuncia conllevaría una serie de afectaciones negativas a los miembros de este núcleo familiar, terceros y finalmente al orden público. Esta consecuencia es totalmente lógica porque el ceder o renunciar el estado civil, acabaría con las obligaciones y derechos que una persona tiene en relación con otras. Es por esta razón que el Código Civil ecuatoriano, para garantizar el adecuado ejercicio de los derechos ligados al estado civil, establece que no se podrá transigir sobre el estado civil⁷⁷.

Uno de los requisitos fundamentales de la mediación es que la materia, en cuestión, sea transigible. Éste se contempla como un requisito de la esencia del acta de mediación, mas no implica que el acta de mediación deba ser un contrato de transacción como diversos doctrinarios lo afirman⁷⁸. En esta línea Ximena Bustamante afirma que el negocio jurídico que contiene el acta de mediación no es un contrato de transacción como tal, aun cuando posean ciertas similitudes su naturaleza jurídica es totalmente distinta⁷⁹.

Tabla 3. Diferencias entre el contrato de transacción y acta de mediación.

Tabla de diferencias y similitudes entre el acta de mediación y contrato de transacción.
Similitudes:
1.- Buscan resolver una controversia extrajudicialmente. 2.- Son mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos. 3.- Deben versar sobre materia transigible dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.
Diferencias:
Contrato de transacción: 1.- No hay intervención alguna de un tercero. 2.- Es de naturaleza exclusivamente negocial. 3.- Debe tener la calidad de contrato bilateral.
Acta de mediación:

⁷⁵ Luz Pacheco, “Características de la Irrenunciabilidad de los derechos laborales en el Perú y en el derecho comparado”, Trabajo y Seguridad Social: revista de doctrina, jurisprudencia y legislación. 9 (2011), 5.

⁷⁶ Id., 8.

⁷⁷ Artículo 2352, CC.

⁷⁸ Nazareth Ramos Rosas, “El daño ambiental Per Se como objeto de mediación” (Trabajo de titulación de posgrado, Universidad San Francisco de Quito, 2017), 30.

⁷⁹ Bustamante, El acta de mediación, 79.

- 1.- Este acuerdo es la intervención de un tercero llamado a controlar la legalidad.
- 2.- El acta de mediación es un acuerdo derivado de un procedimiento de resolución de conflictos.
- 3.- No necesariamente tiene que ser bilateral.

Fuente: Elaboración propia a partir del capítulo 3.2.2 del libro Acta de mediación de Ximena Bustamante.⁸⁰

Es importante remarcar el hecho que el acta de mediación, al contrario del contrato de transacción, no necesita ser una renuncia o concesión de derechos bilaterales para que surta efectos. En esta línea Ximena Bustamante afirma que:

El acuerdo de mediación puede equivaler a una convención bilateral o unilateral, en la medida en que puede crear, modificar o extinguir, o simplemente reconocer derechos y obligaciones; mientras que el contrato de transacción debe tener siempre la calidad de contrato bilateral⁸¹.

En consecuencia, la idea de una renuncia mutua no es necesaria para el acuerdo de mediación, por lo que ambas partes pueden llegar a un acuerdo sin haber sacrificado nada acerca de sus pretensiones, satisfaciendo sus intereses personales. Es adecuado entonces afirmar que mientras que el contrato de transacción tiene naturaleza netamente negocial, el acta de mediación contiene un acuerdo entre las partes⁸².

Así lo manifiesta la Corte Nacional de Justicia de Colombia,

Quizás la única diferencia perceptible reside en que el elemento sustancial de la transacción es la renuncia recíproca a pretensiones en aras del arreglo, la que no ocurre necesariamente en la modalidad que la ley denomina conciliación [o mediación] pues en esta es factible que una de las partes se pliegue íntegramente a las pretensiones de otra⁸³.

Es en virtud de estas características intrínsecas al acta de mediación, que ésta es capaz de extinguir, crear o modificar derechos y obligaciones, mediante un acuerdo de parte. Por lo que su naturaleza encuadra perfectamente con la naturaleza jurídica del divorcio por mutuo consentimiento. Se debe recordar, como se ha expresado previamente en el punto 3.2, que el divorcio consensual es una manera de terminar con el vínculo matrimonial mediante el reconocimiento del acuerdo de los cónyuges, el cual tiene como

⁸⁰ Id.

⁸¹ Bustamante, El acta de mediación, 80.

⁸² Id., 81.

⁸³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 12 de diciembre de 1991 citada en Ximena Bustamante Vascones, El acta de mediación (Quito: Editorial Cevallos, 2009), 132.

⁸³ Id., 48.

resultado la extinción de ciertos derechos y obligaciones relacionados con el vínculo matrimonial. Por lo que es adecuado concluir, en principio, que el acta de mediación puede contener el acuerdo de dos cónyuges encaminado a disolver el vínculo matrimonial y extinguiendo sus efectos patrimoniales y personales.

No obstante, frente a este hecho, cabe recordar que el código civil establece que el estado civil no es transigible⁸⁴, lo cual en principio limitaría la sustanciación del divorcio consensual en mediación. La intransigibilidad del estado civil está fundamentada en su irrenunciabilidad y su indisponibilidad, esto en virtud de que, como se expresó previamente, su libre disposición afectaría a terceros y al orden público. Es importante entender que cuando la norma ecuatoriana se refiere a materia transigible, ésta se refiere a que “los asuntos deban versar sobre aquello que es disponible para las partes”⁸⁵.

Sin embargo, el legislador ecuatoriano ha establecido la posibilidad de sustanciación de asuntos relativos al derecho de visitas, tenencia y derecho de alimentos en mediación, derechos que se caracterizan por ser irrenunciables e indisponibles y además estar contenidos en el ejercicio activo de la Patria Potestad. En principio se puede afirmar que estos derechos al ser irrenunciables, no podrían ser materia transigible porque su libre disposición, renuncia o cesión afectarían a terceros y consecuentemente al orden público. Sin embargo, sí “son disponibles algunos efectos, concretizaciones o consecuencias de [estos] derechos [irrenunciables e indisponibles]”⁸⁶, así lo manifiesta Maria Nazareth Ramos al afirmar que “se puede transar sobre cuestiones relativas a derechos irrenunciables siempre que esto no implique su renuncia o vulneración”⁸⁷.

El acta de mediación, que engloba tanto el régimen de visitas, el valor económico de los alimentos y la tenencia, no contiene una renuncia o acto de disposición que vulnere el derecho como tal. Se esta pactando, con el control de legalidad correspondiente, sobre ciertas situaciones relativas o concretizaciones de dichos derechos. Es decir que el acuerdo de las partes sobre estos puntos en mediación debe respetar el principio de legalidad y no contravenir ninguna norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así no se podrá pactar renuncia o cesión alguna de derechos irrenunciables o indisponibles y tampoco se podría pactar cualquier tipo de tenencia que contravenga las normas, ni valor económico de alimentos menor al mínimo requerido por la ley.

⁸⁴ Artículo 2352, CC.

⁸⁵ Ramos, “El daño ambiental Per”, 33.

⁸⁶ Juan Carlos Río frío, “Efectos de constitucionalización del arbitraje, Revista Internacional de Arbitraje”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje 2 (2013),8.

⁸⁷ Ramos, “El daño ambiental Per”, 31.

El divorcio es una concretización de la posibilidad de un cambio legítimo en el estado civil, mas no la pérdida, renuncia, cesión o vulneración del mismo. La renuncia de un derecho según Pla Rodriguez se conceptualiza como “un acto voluntario dentro de la categoría de negocio jurídico unilateral que determina el abandono de un derecho”⁸⁸. Por otra parte, la cesión es la transmisión de un derecho a otro sujeto.

La disolución consensual del matrimonio, no implica el abandono del estado civil, ni tampoco una transmisión de esta situación jurídica a otro particular. Si así fuera, el divorcio consensual como tal, podría encuadrar en una vulneración a la no transigibilidad del estado civil. Por todo lo anteriormente dicho, la mediación podría ser una vía idónea para disolver el vínculo matrimonial de mutuo acuerdo, en virtud de que este proceso voluntario de ambas partes no implica la renuncia del estado civil sino un pacto legítimo para acabar con el matrimonio, lo cual podría estar contenido dentro de un acta de mediación con valor de sentencia.

Es importante expresar que la sustanciación del divorcio por mutuo consentimiento en mediación solo será posible cuando el legislador ecuatoriano realice una reforma, al igual que en el artículo pertinente al derecho de alimentos y al artículo que establece la intransigibilidad del estado civil. En esta reforma se podría establecer por las razones previamente mencionadas que, si bien el estado civil es irrenunciable e indisponible, será transigible el divorcio por mutuo consentimiento a efectos de lograr su sustanciación en mediación.

Esta atribución es totalmente viable desde una perspectiva constitucional, esto en virtud de que su artículo 167 establece que la “potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial”⁸⁹. Es importante expresar que dentro de los órganos de la Función Judicial se encuentra la mediación, la cual constituye una forma de administrar justicia.⁹⁰ Así, la mediación y por ende los mediadores están envueltos de la potestad constitucional de administrar justicia, y por ende podrían disolver el vínculo matrimonial.

Finalmente, el acuerdo de mediación solo podrá estipular la disolución del vínculo matrimonial de mutuo acuerdo en cuanto los cónyuges hayan llegado previamente en la misma mediación a un acuerdo sobre la tenencia, visitas y alimentos de su progenie.

⁸⁸ Pla Rodriguez, Los principios del Derecho de Trabajo (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1998), 118.

⁸⁹ Artículo 167, Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁹⁰ Artículo 17, Código Orgánico de la Función Judicial, R.O 544, 09 de marzo de 2009, reformado por última vez 07 de septiembre de 2020.

9. Beneficios del divorcio por mutuo consentimiento en mediación.

La mediación, aparte de ser una vía para la resolución de conflictos “alivia los aspectos emocionales que se derivan de la ruptura de vínculos familiares”⁹¹. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como se establece en el punto 3.1, previo a recibir la sentencia o acta notarial de divorcio, en caso de existencia de hijos, se tiene que resolver los asuntos relativos a tenencia, alimentos y visitas. Estas cuestiones relativas al trámite del divorcio se pueden resolver en mediación, así lo expresa nuestro ordenamiento jurídico.

Los beneficios de la mediación como vía alternativa de resolución de conflictos son variados. Se debe mencionar que este proceso de resolución de conflictos extrajudicial ayuda a que las partes lleguen a un acuerdo “hecho a la medida, tomándose para ello aspectos tanto legales como extralegales, por lo tanto, se cumplirán voluntariamente”⁹². Es decir que la probabilidad de que las partes cumplan con las obligaciones que nacen del acta de mediación es más alta. Esto tiene un beneficio directo sobre la carga de los juzgados, debido a que frente a una mayor proporción de actas de mediación cumpliéndose, la carga para ejecutarlas se reduce.

El hecho de que las partes hayan acordado dicha solución a la controversia hace que la sienta más justa y por ende estarán más predispuestos a ejecutar sus obligaciones evitando así incidentes negativos posteriores relativos a los hijos dependientes y consecuentes daños emocionales a los hijos conocido como el Síndrome de Alienación Parental y es fruto de muchos procesos litigiosos en materia de Derecho de Familia. Este síndrome se da por la imposición de una solución externa a un problema familiar, es decir, la decisión judicial muchas veces provoca que los padres no interioricen dicha solución por diversas razones, generando un incumplimiento continuo. La mediación familiar aparece como un mecanismo en el cual “los mediadores [focalizan sus intervenciones] en el bienestar de los hijos menores de edad [o dependientes], para paulatinamente a lo largo del proceso ir incorporando algunas técnicas dirigidas a que [los cónyuges] asuman un grado de responsabilidad y conciencia del daño que generan estas conductas de [alienación parental]”⁹³.

⁹¹ Ponce, Familia, Conflictos familiares y mediación, 113.

⁹² Lisandra Suarez, “La mediación familiar, una necesidad impostergable para lo solución de conflictos familiares”, Revista Chilena de Derecho y Ciencias, 4 (2013), 150.

⁹³ María Donoso Díaz, Mediación familiar: conflictos severos pos divorcio (Buenos Aires: Espacio Editorial, 2013), 24

El proceso además genera una alta probabilidad de que las relaciones interpersonales entre los excónyuges se mantengan amistosas, lo cual a su vez repercutirá directamente en la esfera emocional de sus hijos⁹⁴. Este beneficio intrínseco a la mediación familiar es sumamente importante. La buena relación de los padres es un factor de suma preponderancia para el cumplimiento de rol paternal o maternal. De la calidad de la relación interpersonal, depende la ayuda mutua y la colaboración en el desarrollo de los hijos.

La mediación familiar también “permite elaborar formas distintas de resolución [...] lo cual potencia nuevas formas de relación entre los padres y sus hijos potenciándolas positivamente”⁹⁵. La forma en que los padres acuerdan aspectos económicos, visitas y tenencia, también influirá dentro de la relación interpersonal que éstos mantienen con sus hijos. Como se mencionó previamente, la mediación aumenta la posibilidad de que los padres cumplan con sus obligaciones y deberes como padres, por lo que, se asegura de cierta manera la presencia de ambos padres y su convivencia con sus hijos, lo cual influye de manera positiva a la familia en general.

Se puede dilucidar, que muchos de los beneficios de la mediación familiar están intrínsecamente relacionados con la relación y el cuidado de los cónyuges con sus hijos. Esto en virtud de que, como se mencionó en el punto 4.1, uno de los principios rectores doctrinarios de la mediación familiar es el Interés Superior del Niño.

El Interés Superior del Niño es definido, en la observación general No. 14 del Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas, como:

El derecho sustantivo del niño a que su interés superior sea una consideración fundamental que se evalúe y tenga en cuenta a la hora al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida [...] que afecte a un niño⁹⁶.

Con el fin de dar cumplimiento el Interés Superior del Niño, la Convención sobre los Derechos de los niños del cual Ecuador es parte, establece que los países deberán respetar y tomar las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para respetar el Interés Superior del Niño⁹⁷. Es así como el proceso de mediación familiar,

⁹⁴ Id., 31.

⁹⁵ Henri Bouché, *Mediación familiar* (Madrid: Editorial Dykison, 2009), 45-46

⁹⁶ Observación general No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Observación, Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

⁹⁷ Convención sobre los derechos de los niños, 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador el 23 de marzo de 1990.

tanto desde una perspectiva doctrinaria como normativa, siempre estará enfocado en la protección de los hijos menores o dependientes, cuidando de esta manera el adecuado cumplimiento de los más indefensos dentro del proceso de divorcio⁹⁸. En esta línea el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece que la mediación procederá siempre y cuando no se vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia. El mismo código normativo define al Interés Superior del Niño como:

Un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento⁹⁹.

En virtud de este artículo, se establece que tanto los mediadores de la función judicial como los mediadores privados, tienen que velar por el control de legalidad correspondiente con el fin de que los acuerdos alcanzados por ambos padres estén encaminados a cumplir con el Interés Superior del Niño, garantizando su participación en todo el proceso y su derecho a ser escuchados, generando de esta manera actas de mediación que respetan el desarrollo progresivo de los derechos de los hijos menores de edad y dependientes. Respetando además las necesidades individuales de cada uno de los miembros de la familia, es decir, se humaniza el proceso de divorcio tomando en consideración las necesidades particulares de cada familia.

Como se remarcó, la posibilidad de mediar cierto tipo de conflictos familiares derivados del divorcio está vigente en el Ecuador, sin embargo, dentro de la realidad y actualidad jurídica ecuatoriana hay que recordar que en el trámite del divorcio por mutuo consentimiento con hijos, el acta de mediación de tenencia, alimentos y visitas solo será funcional siempre y cuando los cónyuges tengan la posibilidad de cancelar el valor notarial correspondiente. Como se explicó en el punto 6, el divorcio por vía notarial es inaccesible para muchas familias ecuatorianas, debido a su costo.

Así, actualmente los beneficios de mediación de la tenencia, visitas y alimentos en el Ecuador son solo para aquellos que tienen la posibilidad económica de acudir a un notario, lo cual podría conformar una violación hacia el derecho de acceso a la justicia,

⁹⁸ Inmaculada García Presas, La mediación familiar: una alternativa en el proceso de separación y divorcio (Madrid: Editorial La Ley, 2009), 2009.

⁹⁹ Artículo 11, Código orgánico de la niñez y adolescencia R.O. 737, 03 de enero de 2003, Reformado por última vez el 29 de julio de 2019.

limitando así, a quienes no poseen la capacidad económica de pagar el trámite notarial, a un proceso judicial extenso que agudiza el fenómeno de confrontación entre los cónyuges.

Por lo que es importante entender que el permitir a la mediación, como vía de trámite del divorcio de mutuo consentimiento, garantizaría el acceso gratuito a la justicia en virtud de la existencia de centros de mediación sin costos en la función judicial. Dicha consecuencia también ayudaría a reducir la carga de divorcios que el sistema judicial tiene que sustanciar. Finalmente, se estaría brindando, a todas las familias la posibilidad de acceder a los beneficios familiares que la mediación ofrece.

De esta manera, se cumpliría con el objetivo fundamental del fenómeno progresivo de la desjudicialización del divorcio, encontrando un proceso de menos coste que se adecue a las necesidades sociales actuales y que ayude a descongestionar el sistema judicial de un país.

La mediación además de garantizar el acceso a la justicia para todas las familias ayuda a garantizar la posibilidad de obtener una sentencia de divorcio en menor tiempo, generando así resultados que beneficien a la familia.

Finalmente, el proceso de divorcio de mutuo consentimiento a través del notario no prevé la posibilidad de interponer acciones que favorezcan el Interés Superior del Niño en los efectos patrimoniales que el divorcio genera. En vía judicial, el curador ad litem, encargado de proteger el interés de los niños, niñas y adolescentes, se encarga de pedir al juez acciones encaminadas a que los efectos patrimoniales del divorcio no afecten a los niños de ninguna manera. Así podría pedir que un bien inmueble, que se encontraba dentro de la sociedad conyugal, sirva de vivienda para los niños, en caso de que crea que el divorcio les privaría de vivienda. De permitirse el divorcio de mutuo consentimiento en mediación, el mediador podría estipular dentro del acta de mediación, a petición de uno de los cónyuges, cualquier acción encaminada a proteger el Interés Superior del Niño. Recordemos que, como mencionamos previamente, la mediación familiar tiene como uno de sus principios fundamentales la protección al Interés Superior del Niño, por lo que esta problemática que surge del trámite de la disolución del vínculo matrimonial podría subsanarse de atribuirse dicho trámite a mediación. Este último beneficio es inexistente dentro del trámite del divorcio por mutuo consentimiento en vía notarial. Esto debido a que los notarios no pueden disponer medidas en relación a los efectos patrimoniales post divorcio.

10. Conclusiones.

El divorcio ha aumentado significativamente en las sociedades modernas. Atrás ha quedado ya la idea de un divorcio- castigo, por lo que el desarrollo normativo esta focalizado en generar vías expeditas, y ágiles las cuales generen un divorcio rápido que se caracterice por dar mayor importancia a la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Así en países, tanto latinoamericanos como europeos el divorcio se ha desjudicializado, atribuyendo su trámite a distintos actores como el notario u otros actores.

Cabe recalcar, sin embargo, que las vías expeditas y ágiles siempre deben procurar cumplir con los derechos y normas establecidas en el marco normativo. No se puede sopesar un divorcio ágil y expedito sobre los derechos de los cónyuges y fundamentalmente los derechos de sus hijos. El divorcio además debe procurar el adecuado cumplimiento del Interés Superior del Niño.

El divorcio por mutuo consentimiento en vía notarial, fue planteada por el legislador ecuatoriano como un proceso rápido por el cual los cónyuges podían disolver su vínculo matrimonial, sin necesidad de acudir a vía judicial, bajo el supuesto de que ambos cónyuges estén de acuerdo en la terminación del matrimonio. Sin embargo, el costo que dicho trámite tiene en el Ecuador podría generar una vulneración al principio constitucional de acceso gratuito a la justicia debido a que muchas familias en el Ecuador tienen ingresos que no les permiten acceder a dicha proceso. Provocando que el sistema judicial siga siendo la vía más utilizada para disolver el vínculo matrimonial de mutuo acuerdo. Por lo que el objetivo del legislador, de disminuir la carga de divorcios consensuales en vía judicial, no se ha cumplido.

Actualmente la mediación familiar en el Ecuador esta permitida bajo ciertos supuestos. Para poder divorciarse frente a un notario, la pareja que tenga hijos menores o dependientes, podrán acudir a un centro de mediación con el fin de resolver la situación relativa a tenencia, alimentos y visitas. Es por tal razón que se puede afirmar que este método alternativo de resolución de conflictos ha adquirido mayor importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La sustanciación del divorcio por mutuo consentimiento en mediación ayudaría a que el fenómeno de desjudicialización en el Ecuador, cumpla con el objetivo de encontrar un proceso ágil y accesible que disminuya la carga de la Función Judicial. El acta de mediación puede contener el acuerdo de los cónyuges para disolver su vínculo matrimonial, en virtud de su calidad de sentencia ejecutoriada. Cabe recalcar que el acta

de mediación no es un contrato de transacción, por lo que las partes no deberán obligatoriamente renunciar a un derecho para alcanzar el divorcio.

Es así, como la sustanciación del divorcio por mutuo acuerdo por mediación no equivaldría a una renuncia o cesión del estado civil. La existencia de una norma que impide la transacción del estado civil no implica que las partes no puedan divorciarse. Su fundamento se basa en evitar una renuncia de este estado por la sola voluntad de una persona. El divorcio consensual es un acuerdo que no implica renuncia alguna al estado civil, es una concretización legítima de éste. Por lo que el acuerdo de disolución del vínculo matrimonial hecho por los cónyuges en mediación podría no ser una vulneración al artículo que norma al estado civil como intransigible al ser un pacto legítimo de disolución del vínculo matrimonial.

Finalmente, la disolución del vínculo matrimonial en mediación ayudaría a aligerar el proceso de divorcio generando un espacio alternativo al lento proceso judicial. Esta atribución a los mediadores además crearía un espacio gratuito al alcance de todas las familias ecuatorianas brindándoles la oportunidad de obtener los beneficios que la mediación familiar posee por su naturaleza. El Interés Superior del Niño también se ve protegido, ya que el mediador además podría velar por su cumplimiento dentro de los efectos patrimoniales y personales post divorcio. Por lo que la mediación podría ser una vía idónea para la sustanciación del divorcio de mutuo consentimiento en el Ecuador que garantice los derechos de todos los involucrados en el proceso.