



CARRERA DE DERECHO

TESIS DE GRADO

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA
DEL ECUADOR**

TEMA

**“LA INCAPACIDAD OPERATIVA DEL CÓNYUGE EMANCIPADO PARA
DEMANDAR EN JUICIO DE DIVORCIO FRENTE AL DERECHO DE
IGUALDAD Y EL DE TOMA DE DECISIONES PREVISTO EN LA
CONSTITUCIÓN Y OTRAS NORMAS ORDINARIAS”**

AUTORES

RAMÓN ALFREDO MERO MÁRQUEZ

MARYS FLORIDALBA FLORES PITA

DIRECTOR DE TESIS

AB. HÉCTOR BRAVO CASTRO

PORTOVIEJO - MANABÍ - ECUADOR

2013

CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS

Ab. Héctor Bravo Castro, tiene a bien certificar que los egresados **RAMÓN ALFREDO MERO MÁRQUEZ** y **MARYS FLORIDALBA FLORES PITA**, han realizado el trabajo de investigación titulado “**LA INCAPACIDAD OPERATIVA DEL CÓNYUGE EMANCIPADO PARA DEMANDAR EN JUICIO DE DIVORCIO FRENTE AL DERECHO DE IGUALDAD Y EL DE TOMA DE DECISIONES PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN Y OTRAS NORMAS ORDINARIAS**”.

El mismo que ha sido desarrollado bajo mi dirección, cumpliendo con eficiencia, capacidad y responsabilidad.

AB. HÉCTOR BRAVO CASTRO
DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL EXAMINADOR

TESIS DE GRADO

“LA INCAPACIDAD OPERATIVA DEL CÓNYUGE EMANCIPADO PARA DEMANDAR EN JUICIO DE DIVORCIO FRENTE AL DERECHO DE IGUALDAD Y EL DE TOMA DE DECISIONES PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN Y OTRAS NORMAS ORDINARIAS”

De los egresados **RAMÓN ALFREDO MERO MÁRQUEZ** y **MARYS FLORIDALBA FLORES PITA**

Sometida al tribunal de sustentación para su respectiva aprobación:

TRIBUNAL

.....
Ab. Jorge Luis Villacreses Palomeque
COORDINADOR DE LA CARRERA

.....
Ab. Héctor Bravo Castro
DIRECTOR DE TESIS

.....
Ab. Ignacio Falcones Ferrín
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

.....
Dra. Fátima Cañarte Cedeño
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

La investigación, procesamiento y análisis e interpretación de resultados, propuesta e inversión, conclusiones y recomendaciones, son de exclusiva responsabilidad de sus autores. Además, cedemos los derechos de autor de la presente tesis, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo.

Ramón Alfredo Mero Márquez
AUTOR DE TESIS

Marys Floridalba Flores Pita
AUTORA DE TESIS

AGRADECIMIENTO

A la Universidad San Gregorio de Portoviejo, de manera especial a los docentes que con sus sabias enseñanzas supieron guiarnos.

Al Director de Tesis Ab. Héctor Bravo Castro, quien con sus conocimientos arrumbó a que nosotros lleguemos con éxito al fin deseado.

A todas y cada una de las personas que de una u otra manera contribuyeron a la consecución de este logro.

LOS AUTORES

DEDICATORIA

A mi mamá María Julieta Márquez Molina quien apoyándome de una u otra manera no dejó que yo desmayara en este arduo camino que está llegando con felicidad a concluirse.

A mi excelentísima esposa Darlin Álava Zambrano e hijos Blanchi y Shard Mero Álava, que supieron comprender que en momentos llegué a ocupar dinero y tiempo que a la postre les correspondía a ellos y supieron disculpar porque sabían el motivo que tenía como finalidad un beneficio común para toda la familia. Que es la obtención de este título.

A mi jefe en trabajo Ausberto Oliver Vera Vera que fue el impulsor a que me arrumbara a estudiar esta carrera y él supo ceder mucho tiempo del trabajo y darme ese permiso para realizar cada una de las actividades académicas que la universidad exigía.

RAMÓN ALFREDO MERO MÁRQUEZ

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios por darme la oportunidad de vivir.

A mi madre, Angelita Pita Chica, amiga incondicional por guiarme en el camino del bien.

A mi padre (+) Víctor Manuel Flores Aveiga, que desde la eternidad está siempre a mi lado.

A Narciso García Moreira mi abnegado esposo, quien ha sido soporte para llegar a este momento.

A Jonathan, Narciso, Miguel mis hijos motor de mi existencia, la luz que me guía.

A mis hermanos que siempre me han apoyado moralmente, con sus principios y valores siempre están conmigo.

A Sergia Agustina (+) mi madre política mujer de aquilatados valores, arquitecta directa en mis estudios.

A Segundo, mi padre político, ser de gran valía que supo formar al hombre de mi vida.

A mis conocidos y amigos que con su bondad y ternura me sirvió para seguir adelante en esta difícil pero no imposible carrera de estudio.

Gracias, mil gracias.

MARYS FLORIDALBA FLORES PITA

RESUMEN

La igualdad viene a ser la base fundamental en la cual están cimentados los derechos de las personas, principio elemental del sistema jurídico constitucional, condición intrínseca de la personalidad. En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador es garantista de los derechos que le asisten a la persona.

En el capítulo I se cita el marco teórico, referencial donde se procede a colocar información tomada de los libros e internet, que se relaciona con la doctrina. Mientras que el marco conceptual se hace constar conceptos relacionados con el tema de estudio.

En el capítulo II el marco metodológico implica la modalidad de la investigación, los tipos de investigación, métodos, técnicas, instrumentos, los recursos humanos materiales y económicos, sin dejar de lado la población, tamaño y tipo de la muestra, así como el proceso de recolección de información y el procesamiento de la información.

En el capítulo III consta la investigación de campo, es decir la encuesta a los Jueces Civiles de la Corte Provincial de Justicia de Manabí distrito Portoviejo y los abogados en libre ejercicio de la misma ciudad.

En el capítulo IV las conclusiones y recomendaciones que representan el pensamiento de los autores de la investigación.

ABSTRACT

Equality becomes the fundamental basis on which rights are grounded people, elementary principle of constitutional legal system, intrinsic condition of personality. In this sense, the Constitution of the Republic of Ecuador is guarantor of the rights given to the person.

In chapter I cited the theoretical framework, reference where appropriate to place information taken from books and the internet, which is related to the doctrine. While the conceptual framework is stated concepts related to the topic of study.

In Chapter II the methodological framework involves the mode of research, types of research, methods, techniques, tools, human resources and financial materials, without neglecting the population, size and type of the sample, and the process information gathering and processing of information.

Chapter III consists of field research, ie the Civil Judges survey of the Provincial Court of Justice of Manabi district attorneys Portoviejo and free exercise of the same city.

In Chapter IV the conclusions and recommendations represent the views of the authors of the research.

ÍNDICE

PÁGINAS PRELIMINARES	
CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS	ii
CERTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL EXAMINADOR	iii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
ÍNDICE	x
INTRODUCCIÓN	1
CONTENIDOS	
CAPÍTULO I	2
1. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL Y CONCEPTUAL	2
1.1. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL	2
1.1.1. LA LEY	2
GENERALIDADES	2
DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY	7
INTERPRETACIÓN DE LA LEY	14
1.1.2. LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS	16
COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL AMPARADA EN LA	
CONSTITUCIÓN	16
LA IGUALDAD EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CIVILES	17
LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO TUTELAR Y PROTECTOR	
DE LA PERSONA EN LA TOTALIDAD DE SUS ACTOS	18
MENORES DE EDAD	19
LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR	21
CAPACIDAD JURÍDICA	23
GRADOS DE CAPACIDAD DE OBRAR	23
LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DEL MENOR	24
1.1.3. MATRIMONIO	26
REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO	28
1.1.4. LA EMANCIPACIÓN	32
EMANCIPACIÓN VOLUNTARIA	32
EMANCIPACIÓN LEGAL	32
EMANCIPACIÓN JUDICIAL	33
EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN	34
DERECHO COMPARADO	34
CAPACIDAD DE LOS MENORES	34
ESPAÑA	35
TIPOS DE EMANCIPACIÓN EN ARGENTINA	35
MÉXICO	36

PUERTO RICO	37
MAYORÍA DE EDAD EN ARGENTINA	37
CHILE	38
1.1.5. FUNDAMENTACIÓN LEGAL	38
1.1.6. HIPÓTESIS	43
HIPÓTESIS GENERAL	43
HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	43
1.1.7. VARIABLES	43
VARIABLE INDEPENDIENTE	43
VARIABLE DEPENDIENTE	43
1.1.8. MARCO CONCEPTUAL	43
BENEFICIO DE MAYOR DE EDAD	44
DERECHO A LA IGUALDAD	44
DERECHO CONSTITUCIONAL	44
DIVORCIO	44
LEY	44
LEYES IMPERATIVAS	44
LEYES PERMISIVAS	44
LEYES PROHIBITIVAS	45
MAYOR DE EDAD	45
MENOR DE EDAD	45
MENOR EMANCIPADO	45
CAPÍTULO II	47
2. MARCO METODOLÓGICO	47
2.1. MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN	47
2.2. TIPOS DE INVESTIGACIÓN	48
2.3. MÉTODOS	48
2.4. TÉCNICAS	49
2.5. INSTRUMENTOS	49
2.6. RECURSOS	49
2.6.1. HUMANOS	49
2.6.2. MATERIALES	49
2.6.3. ECONÓMICOS	50
2.7. POBLACIÓN Y MUESTRA	50
2.7.1. POBLACIÓN	50
2.7.2. TAMAÑO DE LA MUESTRA	50
2.7.3. TIPO DE LA MUESTRA	50
2.8. PROCESO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	50
2.9. PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN	51

INTRODUCCIÓN

Es algo común en nuestro país que menores de edad se unan o se casen antes de llegar a su mayoría de edad, problemática que ha incurrido en dos ocasiones en dos artículos de nuestro Código Civil, por un lado está el artículo 310 el cual manifiesta la emancipación legal, es decir que no le pone obstáculo alguno para el futuro al menor emancipado, por lo tanto el mismo artículo 310 numeral 2, nos concede la emancipación por el matrimonio, que es la base de nuestro tema.

Encontrándonos posteriormente con el artículo 109 del mismo cuerpo legal que indica que el cónyuge menor de dieciocho años emancipado necesita para el divorcio la autorización de su curador general o, a falta de éste, la de un curador especial. Contraponiéndose a lo ya establecido del artículo 310, que es estar emancipado y poder actuar por sí solo en la toma de decisiones.

Con todo lo escrito, cabe citar que la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 11 numeral 2 inciso tercero, establece que “...El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la **igualdad real** en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad...”

Mientras que el numeral 6 del mismo artículo nos manifiesta que “...Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de **igual jerarquía**...”

Y el art. 69 en el numeral 3 estipula que “...El Estado garantizará la **igualdad de derechos** en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes...”.

CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL Y CONCEPTUAL

1.1. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

1.1.1. LA LEY

GENERALIDADES

Al analizar lo que decía Santo Tomás:

Ruiz (2003)¹ en lo referente a la Ley citaba: “Santo Tomás afirmaba que es una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien está obligado a cuidar de los ciudadanos que forman la comunidad” (p. 12). Esta definición que sí, en verdad, tiene todos los requisitos para llamarse tal, no se sujeta ni se ajusta al concepto moderno - misma, como vamos a verlo. En este sentido, en el artículo 1^o, refiere: "La Ley es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite²”

La definición del artículo 1 del Código Civil permite apreciar que empieza citándose aspectos externos de la ley, debiendo haber en primer lugar la voluntad del soberano para que esta pueda entrar en vigencia, para lo cual los ciudadanos eligieron a un grupo de personas (los asambleístas) es decir hay la representación del Poder Legislativo y que la voluntad del pueblo se exprese en la Carta Magna, norma superior que precisa y ordena el proceso a seguir al momento de proceder a la creación y posterior expedición de la ley. El contenido de la ley implica mandar,

¹ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, Ecuador, p. 12

² Código Civil de la República del Ecuador. (2006). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador, p. 1

prohibir o permitir, donde las normas legales tienen implícito uno de estas características. Varas (1984)³ afirmaba que son:

Leyes imperativas. Las que mandan hacer alguna cosa y que tratándose de los actos o contratos, dispone ejecutarlos en determinadas condiciones, o llenando determinados requisitos, en estos casos tiene que apreciarse si la Ley mira al interés público o social, o sólo al interés individual. En el primer caso, el acto o contrato ejecutado en contravención a ella es nulo, con nulidad absoluta (p. 36).

Se puede citar como ejemplo, el artículo que dispone vender o la promesa de venta de un inmueble a través de escritura pública; si hay contravención invalida el acto, de manera absoluta o total. Sin embargo, en las leyes imperativas donde prima el interés privado, sean actos o contratos, debe de distinguirse si se refiere a requisitos esenciales o simplemente de aquellos que no le atribuyen esa característica especial.

Omitir los primeros requisitos, permite la nulidad absoluta del acto o contrato, por ejemplo una escritura pública de compraventa otorgada sin fijar de manera previa el precio de venta del inmueble, requisito sine qua non para que exista un contrato de compraventa. Por el contrario, la omisión de requisitos o formalidades ordenados en la legislación, ocultando la calidad o estado del mismo, o de cualquier otro aspecto que no sea esencial, produce nulidad relativa dando lugar a la rescisión del contrato.

Ruiz (2003)⁴ en relación a las leyes permisivas cita:

Leyes Prohibitivas. Son aquellas que mandan no hacer alguna cosa, se lo dice, en razones graves de moralidad, en este tipo de leyes lo que se prohíbe es el acto en forma absoluta, en atención al acto mismo. Generalmente, la misma ley sanciona con nulidad absoluta la contravención de la norma, como ocurre, por ejemplo, al prohibir hacer donación de los bienes raíces del pupilo, así exista decreto o autorización judicial que lo permita. Hay otros casos, en cambio en los que el legislador da a la contravención a la norma prohíbe un efecto distinto de

³ Varas, Alfonso Paulino. (1984). El nuevo concepto de ley en la Constitución de 1980. www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649463.pdf Recuperado el 15 de octubre de 2011.

⁴ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, Ecuador, p. 13

la nulidad, y es que con arreglo a lo que dispone el artículo 9 del C.C. se presume que los actos son nulos por la prohibición de la ley, cualquiera que sea la intención del que lo ejecuta. (p. 37)

Estas no permiten determinadas conductas o actos que sean atentatorias contra el orden público y todo lo que va en contra de la moral, habiéndose creado leyes que castigan la conducta transgresora de quienes se van en contra de las normas establecidas para vivir en sociedad. Ruiz (2003)⁵ en relación con las leyes permisivas:

Leyes Permisivas. Son las que confieren un derecho obligando a respetar el derecho conferido y las consecuencias de su ejercicio. El interesado puede renunciar a este derecho, siempre que mire exclusivamente a su interés personal y no esté prohibida su renuncia. Este principio lo consagra el artículo 8 del C.C. cuando dice: cuando dice: a nadie puede prohibírsele la acción que no esté prohibida por la ley. (p. 14)

Al ser leyes que permiten realizar algún acto o conceder a una persona determinada facultad, reglamentan el ejercicio de un determinado derecho - de propiedad- o aquellas que hagan posible la celebración de un contrato. En lo tocante a la renuncia, el artículo 11 es claro cuando indica: "Podrán renunciarse los derechos conferidos, con tal de que miren al interés individual del renunciante y no esté prohibida su renuncia" (Contreras 2005)⁶.

En este sentido, la mujer no puede renunciar a los efectos que acarrea el matrimonio cuando se produce la separación de bienes, otro derecho irrenunciable también es pedir alimentos.

⁵ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. 1986. Quito: Ecuador, p. 14

⁶ Contreras Aburto, Luis. (2009) De la renuncia de la prescripción. <http://doctrina.vlex.cl/vid/renuncia-prescripcion-232057085> Recuperado el 09 de octubre de 2013.

Art. 2o. "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remite a ella"⁷. En algunos casos, es posible acordar que la costumbre es una práctica bastante utilizada, llegando a adquirir fuerza de Ley.

En la investigación que se llevo a efecto, se pudo detectar que en las legislaciones antiguas se distinguían tres clases de costumbres:

Costumbres fuera de ley, que son las aplicables a los casos no previstos en la Ley;

Costumbres según ley, que son las que interpretan o que fijan el sentido y alcance de una ley; y,

Costumbres contra ley, que son, en ciertos casos, las que vienen a derogar la Ley, por actos contrarios a ella.

El art. 3 dice: "Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren"⁸.

Este artículo puede ser interpretado de una mejor manera, si se logra detectar las diferencias entre la ley y la sentencia judicial:

Las leyes son creadas por los legisladores y son de interés general, mientras que la sentencia es dictada por el Juez respectivo; la ley tiene fuerza obligatoria para los ciudadanos del país, por el contrario, las sentencias, no tienen fuerza obligatoria, solo en los casos relacionados de las causas en las cuales se pronuncian. De igual manera, la ley norma para el futuro y la sentencia viene a solucionar asuntos del pasado.

⁷ Código Civil del Ecuador. (2006). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador, p. 1

⁸ Código Civil del Ecuador. (2006). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador, p. 1

En este sentido el asambleísta tiene la potestad para crear y dictar leyes, la misma que puede ser derogada o reformada por el cuerpo legislativo. De igual forma, la Ley solo puede ser interpretada por el legislador.

La legislación procesal del país ordena que la cosa juzgada pueda hacerse valer, por parte del demandado, como excepción, y por parte del actor como acción. Como acción, cuando se exige el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia, y como excepción, cuando se demanda a una persona que ya tuvo éxito en un juicio anterior, sobre el mismo asunto o sobre la misma materia.

La sentencia, según lo dispone el artículo 296 del Código de Procedimiento Civil, se ejecutoria en estos casos:

- 1) Por no habersele recurrido de ella dentro del término legal;
- b), por haberse desistido del recurso interpuesto;
- c), Por haberse declarado desierto el recurso;
- d) Por haberse declarado abandonada la instancia o el recurso; y
- e), Por haberse decidido la causa en última instancia.

Y el artículo 297 del mismo Código Procesal Civil establece: "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho..." (Ruiz 2003)⁹.

En referencia al tema que trata sobre la emancipación de acuerdo al artículo 310 numeral 2 del Código Civil, el cual ordena la emancipación por el matrimonio, nos

⁹ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 15

da la pauta clara que se ha ganado un derecho irrevocable, donde prácticamente podemos actuar como adultos, en base a esta sentencia no establezca límite para actuar como tal.

DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY

La promulgación es el acto por el cual el Presidente de la República da a conocer la Ley a todos los ecuatorianos, en muchos casos, el Código Civil emplea de forma indistinta las palabras promulgación y publicación, que en el fondo tienen un significado distinto.

En primer lugar, la promulgación se puede entender como el acto por el cual el presidente de la República legitima la existencia de la Ley; mientras que la publicación se constituye en el medio material para que se conozca la Ley a todos los ecuatorianos. Mas, para que la Ley sea obligatoria, no basta su publicación en el Registro Oficial, sino que es indispensable que transcurra el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella, tal como estipula el artículo 6 del Código Civil.

Ruiz (2003)¹⁰ ha habido, casi siempre, dos sistemas, en cuanto a la promulgación:

El uniforme y el progresivo, el primero es aquel en que la Ley obliga al mismo tiempo en toda la República, y el segundo es aquel en que la Ley comienza a obligar en forma progresiva en los diversos lugares del país, es decir, primero en la capital de la República, después de seis días contados desde la fecha de su publicación, y después en los cantones más distantes, a razón de un día más por cada veinte kilómetros de distancia entre las cabeceras de ambos cantones, según lo dispone el artículo 6. Del Código Civil. Sin embargo, puede restringirse o ampliarse este plazo en la misma Ley, designándose otro especial. (pp. 17, 18)

¹⁰ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, pp. 17, 18

Con todo lo citado, se entiende que una vez vencido estos plazos, se presume de derecho que la Ley es de conocimiento por todos los habitantes de la República del Ecuador y no se podrá alegar desconocimiento en su propio favor.

Efectos de la ley. Se deben tener en cuenta los dos aspectos que conllevan los efectos de la Ley en lo relativo al tiempo, así como las consecuencias de la ley relacionada al territorio, tomando en consideración que la ley está limitada por dos elementos: tiempo y espacio, o tiempo y territorio. Ruiz (2003)¹¹ cita que:

Efectos de la Ley en cuanto al tiempo.- Para una mejor comprensión de los conceptos que contiene este enunciado, su estudio se ha dividido en tres aspectos:

- 1) Tiempo comprendido entre la publicación y la derogación de la Ley;
- 2) Tiempo anterior a la promulgación de la Ley; y
- 3) Tiempo posterior a la derogación de la Ley.

Si la ley, según estipula el artículo siete del Código Civil dispone sólo para lo venidero, y si toda la fuerza la tiene durante todo el tiempo de su vigencia, es natural que esa fuerza dure desde su promulgación hasta el día de su derogación. (p. 19)

Mas, el problema surge cuando se trata de la aplicación de la Ley a los hechos anteriores a su promulgación, aquí es donde se tiene que tratar del efecto retroactivo de la Ley, ya que no siempre ocurre que los actos se inicien y se cumplan dentro de la vigencia de una Ley, debido a que generalmente sucede que actos ejecutados bajo la vigencia de una Ley, tienen que producir sus efectos y consecuencias bajo el imperio de otra ley. Ruiz (2003)¹² nos dice que:

El principio de la no retroactividad de la Ley, para unos comentaristas, se basa en la razón natural, porque siendo la ley el resultado de un proceso natural y lógico, sólo puede aplicarse a los actos posteriores a su promulgación, sin afectar a la validez de los actos celebrados bajo el imperio de una Ley anterior que imponía otra cosa. Otros comentaristas encuentran la razón de ser de la no retroactividad de la Ley, en el interés

¹¹Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 19

¹²Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 19

económico, porque, al realizar una transacción, se lo hace en la confianza de ser respetada en el futuro, al menos en su parte sustancial. (p. 19)

Por lo expuesto, cabe afirmar que será retroactiva una ley cuando destruye el valor de los actos realizados bajo el imperio de una ley anterior, o atacando, diremos de otro modo, la parte sustancial de aquello que se llama derecho adquirido. El término derecho adquirido, es algo que ha entrado ya en el patrimonio personal, en virtud de una facultad legal ejercido normalmente, así sería, por ejemplo, el derecho adquirido sobre un inmueble, que se lo transfirió de conformidad a la ley vigente al tiempo de su contratación.

Frente al derecho adquirido está la mera expectativa, que es un derecho que aun no lo hemos ejercitado, o una ventaja que aun no nos pertenece, o una posibilidad que aun no se ha hecho realidad, como sería, por ejemplo, el derecho que tiene una persona para heredar a otra, que no pasa a ser derecho adquirido sino cuando ha fallecido la persona a quien se va a heredar y ésta ha dejado bienes que heredar, que son, sencillamente, los dos presupuestos para poder heredar, diremos nosotros.

Por lo mismo, si la mera expectativa no constituye derecho, cualquier ley posterior puede exigir nuevas formas y nuevos requisitos que no exigía la ley anterior para adquirir un derecho, sin que esto altere o afecta la situación en el orden jurídico. En síntesis, se dirá que una ley tiene efecto retroactivo, cuando ataca la parte sustancial de un derecho adquirido y no lo tiene, en cambio, cuando ataca a las expectativas o al libre ejercicio de un derecho adquirido, sin alterar la parte sustancial del mismo.

El artículo 7o. antes indicado, dice: La ley no dispone sino para venidero; carece de efecto retroactivo, y si entran en conflicto una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes, que son veintitrés en total, y veamos, a continuación, siquiera en síntesis, el lo retroactivo de algunas leyes a que se refieren

las veintitrés reglas, cuando existe conflicto entre una ley anterior y una ley posterior.

Así también Ruiz (2003)¹³

Respecto del estado civil de las personas, las leyes que establece para su adquisición condiciones diferentes a una ley anterior, prevalecen sobre éstas desde el momento en que empiecen a regir, en cambio, el estado civil adquirido conforme a una ley vigente al tiempo de su constitución, subsistirá, aunque esa ley deje de regir, pero los derechos y obligaciones inherentes a él. Se subordinan a la ley posterior. (p.20)

En el mismo principio anterior dice: El hijo que hubiere adquirido derecho de alimentos seguirá gozándolos de la misma manera que se dé posteriormente. En lo tocante al goce y extinción de este derecho, se seguirán las reglas de la ley posterior; igual ocurre: las personas que al amparo de la ley hubieren conseguido la condición de hijos conservarán esa condición, gozarán de todas las ventajas y estarán sujetas todas las obligaciones impuestas por otra ley posterior.

Así también Ruiz (2003)¹⁴:

El que según las disposiciones de una ley hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá aunque otra posterior prescriba nuevas condiciones para adquirirlo; pero la continuación y ejercicio del derecho se sujetará a la nueva ley. Y en cuanto a los guardadores y más administradores de bienes ajenos constituidos válidamente según una ley anterior, siguen ejerciendo sus cargos conforme a la Ley posterior, pero en cuanto a sus funciones y remuneración, y en cuanto a sus incapacidades y excusas supervenientes se sujetarán a la nueva ley. (p. 79)

En lo que respecta a las leyes que tratan de la posesión, cuando se la ha adquirido según una ley anterior, no se la retiene, pierde o recupera bajo el imperio de la nueva ley, sino con los medios y requisitos establecidos en ésta; pues que no puede ser de

¹³ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 20

¹⁴ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 21

otra manera, si la retención, pérdida o recuperación constituyen hechos futuros, que caen bajo el imperio de la nueva ley.

En lo relativo a los derechos conferidos o deferidos bajo condición, cuando, según la nueva ley, puede ser considerada fallida de no realizase dentro de cierto plazo, subsisten bajo el imperio de ésta, pero sólo por el tiempo que señala la ley precedente, salvo que excediere del plazo que fija la ley posterior, contado desde la fecha en que ésta empieza a regir; pues que, en tal caso, si dentro de él no se cumpliera la condición, se mirará como fallida.

Cuando una nueva ley prohíbe la Constitución de varios usufructos sucesivos, y expira el primero antes de que comience a regir y hubiese empezado a disfrutar de la cosa alguno de los usufructuarios siguientes, éste tiene que continuar usufructuándola bajo el imperio de la nueva ley, por el tiempo autorizado por su título.

En cuanto a la prueba de los actos y contratos válidamente celebrados marca la pauta, ante lo cual nos refiere Ruiz (2003)¹⁵: "Los actos y contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse por los medios que aquella establecía para justificarlas; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere".

En este sentido, en cuanto al territorio, es un principio fundamental, en este aspecto, es el de que todo Estado ejerce soberanía dentro de su territorio y, por consiguiente, sus leyes obligan a todas las personas que en él residen, a todos los bienes que en él

¹⁵ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p 22

existen y a todos los actos que en él se ejecutan o celebran. Sobre los conflictos cita Ruiz (2003)¹⁶

Los conflictos que producían en la práctica la variedad de legislaciones dieron origen a la teoría del Estatuto Personal y del Estatuto Real. El Estatuto Personal es el conjunto de leyes que se refieren a las personas únicamente, estas leyes miran principalmente a todo lo que se relaciona con el estado civil, la capacidad y las relaciones de familia. Tratándose de las Leyes relativas al Estatuto Personal, tienen la validez donde quiera que esté el individuo, porque le siguen, como decían los romanos, como la sombra al cuerpo. Las leyes reales, en cambio, no lo obligan al individuo sino dentro del territorio en el cual están ubicados los bienes (p. 24).

Al hablar de la aplicación de la Ley en cuanto al territorio, se tiene que considerar que los efectos de la ley dentro del territorio, o lo que se llama la territorialidad de la Ley, así como los efectos de la ley fuera del territorio o sea la extraterritorialidad de la Ley. Y sobre las leyes personales Ruiz (2003)¹⁷ comenta:

Leyes personales.- En virtud de lo que dispone el artículo 14 del Código Civil, la ley ecuatoriana obliga a los ecuatorianos fuera de su territorio:
1), En lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejercer ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador;
2), En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y de sus parientes ecuatorianos (p. 25).

Esto se traduce claramente que el ciudadano ecuatoriano está regido por las leyes ecuatorianas relativas a su estatuto personal, de modo que bien pudiera acogerse a las leyes de otro país, para ejecutar actos que no tengan efecto en el Ecuador, y que, en cuanto a las relaciones de familia, respecto de parientes extranjeros, el ecuatoriano fuera del país no queda sometido a la Ley ecuatoriana.

¹⁶ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p 24

¹⁷ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p 25

Sobre las leyes reales Ruiz (2003)¹⁸ cita que la disposición relativa a los bienes se encuentra en el artículo 15 del Código Civil, que dice:

Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación. Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera Pero los efectos de estos contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas. (p. 25)

En el artículo citado, la ley consagra el principio de la territorialidad respecto de los bienes, sin hacer distinción entre bienes muebles e inmuebles, y al referirse a los bienes de toda clase de personas.

En lo que respecta a los actos, cabe distinguir la forma o los requisitos externos, de aquellos que son o constituyen requisitos internos. Ruiz (2003)¹⁹ hace referencia: “Las leyes relativas a la forma de los actos, acuerde a lo establecido en el artículo 16 del Código Civil, son las del lugar en que se ejecutan esos actos (locus regit actum)”.

En el caso de la prueba de autenticidad en lo relativo a los actos celebrados en cualquier país del extranjero, la reglamenta el Código de Procedimiento Civil, cuerpo legal que fija las formalidades de cómo proceder para autenticar los documentos celebrados en el país extranjero.

En lo que respecta a los requisitos internos, relativo a la capacidad que tienen las partes, objeto y causa del acto y su consentimiento que no tendrán efecto en el país, se sujetarán a las leyes del país donde si surtirá efecto tales situaciones.

¹⁸ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 25

¹⁹ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 24

INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Cabe decir que por regla general, interpretar es explicar, es declarar el sentido de alguna cosa, es determinar su alcance, es fijar su objetivo, es descubrir el contenido de alguna cosa, o de alguna idea que parece oscura y como puede surgir alguna duda en la interpretación de la Ley, o en la interpretación de una sentencia, o de un contrato, o de un testamento, tenemos que recurrir, entonces, a las reglas de interpretación que señala el artículo 18, que comienza sosteniendo el principio de que a los jueces se les tiene prohibido suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En estos casos, es decir cuando hay falta u oscuridad de ley, los jueces tienen que juzgar atendiendo a una de las siete reglas que allí se mencionan.

Saber la ley, no es simplemente saber la letra de ella, ni saber re-| liarla, sino comprender su verdadero sentido, lo aseguraba, en otros términos, Justiniano.

Barros Errázuriz nos dice, al respecto, que el Juez, para interpretar la ley, deberá tener presente cuatro elementos:

El gramatical, que estudia el lenguaje del que se vale la ley;

El lógico, que estudia la relación que debe existir entre las diversas partes de la Ley, para fijar su intención o espíritu;

El histórico, que estudia la historia del establecimiento de una Ley, para poder precisar algún cambio introducido en ella, tomando de legislaciones anteriores, y

El sistemático, que recurre al espíritu general de la legislación, estudiando la relación de la ley que se va a interpretar con las demás instituciones y leyes, para determinar el

sistema en su conjunto, o, por mejor decir, para formar un concepto cabal y totalizado del mismo.

Ruiz (2003)²⁰ hace notar que al haber citado los cuatro elementos lo hace porque:

Porque el Código Civil también los contempla, como se verá a continuación: el gramatical, en la regla primera que dispone que, cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá a su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Por lo mismo, la ley hay que interpretarla y aplicarla, por dura que sea en la forma como está escrita, a diferencia de los contratos y de los testamentos, en los que debe atenderse a la intención de las partes, o testador, más que a lo literal de las palabras. (p. 26).

Y lo confirma cuando ordena que: las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero que, cuando el legislador las haya definido expresamente, para ciertas materias, se les dará ese significado. Y respecto de las palabras técnicas de toda ciencia o arte, hay que darles el sentido que les dan quienes profesan dichas ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

El histórico, es el consignado en la parte final del inciso segundo de la Regla primera cuando hace referencia de la historia fidedigna de su establecimiento, es decir del origen de la ley y de todo el proceso que ella ha seguido a lo largo del tiempo.

Según Ruiz (2003)²¹ afirma que:

El sistemático es aquel al que se refiere el inciso segundo de la Regla cuarta que dice que los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto, afirma a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos, y no habiéndolas, se recurrirá a los principios de legislación universal. (p. 27)

²⁰ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p 26

²¹ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 27

Posteriormente dispone, que lo favorable u detestable de una disposición no se tomará en consideración para la ampliación o restricción su interpretación, guardando relación esto con el artículo 19 del Código Civil que, cuando hay falta o obscuridad de ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar, que es lo que deben hacerlo siempre, consultarán a la legislatura, a través de la Corte Suprema, a fin de tener una norma cierta para los casos se vayan dando. Es por esto que los administradores de justicia, en muchos casos, para obtener una interpretación justa y que este acorde a la Ley, puede consultar la jurisprudencia de los tribunales.

1.1.2. LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS

COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL AMPARADA EN LA CONSTITUCIÓN

En la obra Sistema de Derechos Fundamentales, del tratadista Luis María Díez-Picazo (2005)²², al referirse a la evolución histórica del principio de igualdad ante la ley, manifiesta:

Desde las primeras declaraciones de derechos a finales del siglo XVIII, el principio de igualdad ante la ley ha sido siempre uno de los postulados básicos del constitucionalismo. Se trata, en sustancia, de la igualdad de todos los ciudadanos ante los derechos y deberes previstos por el ordenamiento jurídico (p. 91).

Nuestra Constitución en su artículo 1 establece que el Estado ecuatoriano es un país de derecho y de justicia social; y luego el art. 11 de nuestra carta magna establece lo que se llaman la indiscriminación, es decir de acuerdo con su interpretación constitucional, todos los seres humanos que habitamos dentro del territorio ecuatoriano somos iguales ante la ley, sin discrimen de religión, raza, sexo y otros.

²² Díez-Picazo, Luis María. (2005) Sistema de Derechos Fundamentales. Editorial Aranzadi. S.A. Argentina, p. 191

Por lo que de acuerdo a lo manifestado y que hacemos relación al tratadista Luis Marín Díez-Picazo, existe la igualdad de derecho y obligaciones para todos, reiterando sin discriminación de ninguna naturaleza.

LA IGUALDAD EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CIVILES

En la clasificación bastante extensa del Derecho se puede encontrar los llamados derechos civiles, los cuales corresponden en forma exclusiva a la persona, dando paso al derecho privado, dentro de estos derechos civiles están los que guardan relación con la personalidad, la familia y el patrimonio.

El artículo 1453 del Código Civil, con esta normativa jurídica nace el cuarto libro que trata de las obligaciones en general y de los contratos, señalando en forma expresa cuales son las fuentes de las obligaciones; y entre ellas dicen, ya: “por disposición de la ley como entre los padres y los hijos de familia”, es decir que son derechos personales que nacen de manera expresa por disposición de la ley y los hijos de familia; derechos personales que solo pueden reclamarse a ciertos y determinadas personas, por un hecho o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimento, conforme así lo establece el art. 596 del Código Civil.

Del análisis e interpretación legal de esta normativa jurídica, conforme así lo señala expresamente el art. 18 del Código Civil, son derechos que están intrínsecamente ligados a la personalidad y a la capacidad legal de una persona para obligarse por un acto de voluntad, derechos que tienen relación en forma directa a quien debe cumplir una obligación exigida por la ley.

Este tipo de Derecho está ya desaparecido y vale recalcar que tenía efectos negativos para la sociedad, para los tratadistas Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga (2006)²³ "las reglas sobre la personalidad miran a la persona en sí misma y no en sus relaciones con los demás, sean relaciones patrimoniales o familiares; disciplinan la existencia, individuación y capacidad de las personas físicas y morales o jurídicas".

Lo arriba escrito, lo podemos entender como la materialización de los derechos para que las personas puedan realizar actividades sin que haya ningún condicionamiento, solo aquel enmarcado al margen de la ley.

LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO TUTELAR Y PROTECTOR DE LA PERSONA EN LA TOTALIDAD DE SUS ACTOS

Un resumen general de lo que hemos analizado de las ideas expuestas nos permiten concluir que la igualdad es la base fundamental sobre la que se cimentan los derechos del individuo. Sin este principio básico que nutre todas sus ramificaciones y se proyecta a los actos propios del individuo y la sociedad sería imposible hablar de igualdad y mucho menos de un sistema jurídico constitucional que la proteja. Ruiz (2003)²⁴ nos cita:

El valor de la norma constitucional está ya previsto en los estudios del tratadista Kelsen a quien se debe la formulación de la denominada pirámide de Kelsen. Eso significa que las leyes exhiben un valor jerárquico según la ubicación y prevalencia en una sociedad. (p. 114)

Esto significa que en la cima está la norma constitucional, siendo esta norma suprema, ante la cual, las demás disposiciones vienen a ser subalternas y secundarias.

²³ Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. (2002) Curso de Derecho Civil. Edit. Nascimento. Santiago de Chile, p. 5

²⁴ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003. Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 28

A continuación siguen los tratados internacionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y el conjunto de instructivos destinados a la aplicación de las leyes. La Constitución como norma suprema jerárquica y su aplicabilidad al tenor en lo dispuesto en los artículos 424 y 425 de nuestra carta magna.

MENORES DE EDAD

En el Derecho Romano los menores de veinticinco años se clasificaban en púberes o impúberes, el varón es púber a los catorce años y la mujer a los doce, clarísimamente el criterio de la distinción es la capacidad genesiaca, los impúberes se subdividen en infantes o no infantes; estos últimos eran llamados *infantia maiores* o mayores de siete años cumplidos.

El término de infantes se emplea para designar a los niños que todavía no tienen uso de razón, en el Derecho justiniano se establece a tales efectos que se adquiere con la edad de siete años; para el diccionario de la Real Academia Española la primera acepción de la palabra infante es la de “niño que aún no ha llegado a la edad de siete años; etimológicamente infante significa el que no habla razonablemente: *qui fari non possunt*” (Tomado de D’Ors 2004 p 378)²⁵.

De acuerdo a nuestra legislación en materia civil, están sometidos a tutela o curaduría los impúberes, es decir la mujer menor de 12 años y los varones de 14 años, a demás procede recordar que la tutela, al igual que las curadurías generales, comprende tanto la persona como los bienes del pupilo.

²⁵ D’Ors (2004). Derecho Privado Romano. Barcelona, España, p. 378

En primer término deberá designar el tutor del pupilo a las personas elegidas por los padres o por el adoptante en el testamento; es decir que la curaduría del menor pueden ser testamentario, legitimo y dativo.

Por lo tanto, será curador del menor a quien los padres hayan designados en el testamento; al igual que en el caso la tutela legitima, en el que nuestro Código Civil no ha dado reglas especiales sobre el particular; y la curaduría dativa, es decir el Juez designara el cargo a quien les parecerá más idóneo.

En definitiva y resumiendo los casos tratándose de menores para que sus actos sean válidamente y con posterioridad ratificados, debe de estar representado legalmente por un curador específico o por un curador dativo ya que, de no hacerlo sus actos no tienen efectos ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución de ninguna naturaleza descuerdo a expresa disposiciones señaladas en nuestro Código Civil.

A quienes cumplían siete años, no estando sujetos a la patria potestad se los llamaba *sui iuris*, el Derecho le otorgaba una cierta capacidad de obrar, “pudiendo realizar por sí mismos, negocios en los que se adquiere algún derecho o ventaja, pero necesitan autorización del tutor para todos aquellos negocios que pudieran acarrearles perjuicios”²⁶.

En cambio, los impúberes no infantes podían sin autorización del tutor mejorar su condición, obligar a los demás con respecto a sí mismos, pero no obligarse con respecto a los demás; estipular, pero no prometer.

El profesor Proudhon, en el *Cours de legislation y jurisprudence françaises*, editado en Besanzón el año siete de la era republicana (1799-1800), página 159 y siguientes,

²⁶ La edad: conceptos generales. (2008). <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/edad/edad.htm>
Recuperado el 12 de octubre de 2012

explicaba que el menor de siete años es incapaz, entre otras cosas, de recibir liberalidades o donaciones, porque todo negocio civil debe estar fundado en un discernimiento moral; a partir de los siete años, aunque no se tenga un entendimiento perfecto, sin embargo, la Ley presume un principio de conocimiento, en cuya virtud le concede -al menor- mejorar su condición sin autorización de su tutor, de ello resulta que Zejalbo (2007)²⁷ nos cita: “que fuera de la infancia puede adquirir y recibir liberalidades”.

Es por esto que el pupilo puede mejorar su condición sin necesidad de la intervención del tutor, estipulando para sí, sin contraer obligaciones y recibiendo mediante entrega lo que le fuese donado o sea objeto de legado en su favor.

Distinto era el régimen de las donaciones ofrecidas al *alieni iuris*: según D’Ors podían: actuar en los negocios, en provecho siempre de sus dueños o padres, pues todo lo adquirirían para ellos, sea la propiedad sea otro derecho real o personal, incluso la posesión de las cosas.

LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR

De Castro, indica que la capacidad de obrar del menor tiene dos orígenes: la falta de autonomía del menor, y su sometimiento a una institución de cuidado (*patria potestad* o *tutela*). Zejalbo (2007)²⁸ cita que:

- a) La limitación a la capacidad de obrar del menor, por falta de autonomía, se organiza en dos fases. Durante la primera, se trata simplemente de que el menor no tiene capacidad natural para conocer y

²⁷ Zejalbo, Martín Joaquín. (2007), La capacidad del menor no emancipado para aceptar donaciones no onerosas ni condicionales: visión histórica y doctrinal. Última versión del trabajo publicado en el número 285 del Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada.

²⁸ Zejalbo, Martín Joaquín. (2007). La capacidad del menor no emancipado para aceptar donaciones no onerosas ni condicionales: visión histórica y doctrinal. Última versión del trabajo publicado en el número 285 del Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada.

www.notariosyregistradores.com/.../CAPACIDAD%20MENOR%20EMA Recuperado el 29 de octubre de 2012

querer, y por tanto, su consentimiento no tiene relevancia jurídica: el contrato es, entonces, nulo, por falta de consentimiento. La segunda fase es aquella en la que el menor ya tiene un mínimo de capacidad natural (por ejemplo, a los catorce o quince años), pero carece de la experiencia y formación suficiente, lo que puede acarrearle perjuicios: en este caso, el artículo 1263 del Código Civil español le impide contratar válidamente, pero el contrato no es nulo de pleno Derecho, sino simplemente anulable. (p. 134)

Para analizar y entender lo tendiente a la capacidad de quienes deben estar representado legalmente se hace necesario, analizar todos y cada uno de los requisitos que de orden legales establece el título II del Código Civil que tiene relación de estos actos de voluntad.

El art. 1461 del Código Civil exige como forma imperativa para que una persona se vea obligada con otra por un acto o declaración de voluntad es necesaria, que sea legalmente capaz. Entendiéndose por capacidad legal la que tiene una persona y consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra persona.

De la interpretación legal a lo que señala el precepto jurídico ya mencionado, el asambleísta actualmente a creído necesario y oportuno ubicar como primer representante legal de una persona, por cuanto de aquí nacen derechos y obligaciones para que un acto o contrato sea declarado válidamente, sin que este en lo posterior sea impugnado por tres personas, con quienes se a celebrado el mismo, como los señalados en el artículo 1697 del Código Civil.

Consecuente con lo anterior, la ley prohíbe en forma terminante que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos, que no pueden darse entender por escrito; y en base a ellos sus actos no surten ni aun obligaciones naturales como lo señala el art. 1486 del Código Civil.

CAPACIDAD JURÍDICA

Se la puede definir de la siguiente manera:

Es una de las manifestaciones de la personalidad, se define como la capacidad o aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones. También puede definirse como la cualidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que le afectan. Como manifestación de la personalidad, la capacidad jurídica es una cualidad esencial de la persona física, de forma que todas las personas la poseen por el mero hecho de existir, desde que nacen hasta que mueren²⁹. (p.4)

En cuanto a esta cualidad, cabe decir que es predicable solamente a la capacidad jurídica de las personas naturales, si bien es cierto la capacidad jurídica se da también para todos los hombres por el mero hecho de serlo, diferente es la persona en sí mismo. Es decir que no solo los posee de forma teórica, también los puede llevar a la práctica, es a esto que se le llama capacidad de obrar.

GRADOS DE CAPACIDAD DE OBRAR

En torno a esto se distinguen incapacidades de obrar relacionadas a las limitaciones a la capacidad de obrar, ejercicio que puede sufrir restricciones fundamentadas en aspectos subjetivos de determinadas personas, obligando la ley a limitar por un cierto tiempo o ilimitadamente la realización de actos jurídicos. Esto se logra paliar con instituciones o medidas alternativas como la representación por parte de otra persona, lo cual adquiere otros nombres (patria potestad, tutela).

Para entrar analizar este subtema, se hace necesario conocer lo que significa la patria potestad, el art. **283 del Código Civil** el cual establece: “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia”.

²⁹ Capacidad jurídica y capacidad de obrar. (2009). <http://www.foroantiusura.org/threads/8206-Salud>. Recuperado el 7 de noviembre de 2012

Del análisis de esta disposición de orden legal se determina quienes están sujeta a la patria potestad y por lógica jurídica ser representado por las personas señaladas por el art. 34 del Código de Procedimiento Civil en el concordancia con el art. 28 Código Civil, es decir de acuerdo a esta normativa jurídica cuando el menor sale de la patria potestad y el art. 310 del Código Civil nos indica cuales son las causales para que un menor que ha estado sujeto a la guarda o a la tutela de los padres o curadores se emancipan 310 numeral 2.

Es decir de acuerdo a los causales que establecen el precepto legal ya indicado, el menor, encontrándose emancipado en cualquiera de la misma es procedente su obrar en todos los derechos y obligaciones que establece nuestra constitución de igual manera el Código Civil, ya que son actos celebrados ya sea en forma privada o pública son valederos y no estará sujetos los mismos a ninguna impugnación o observación por su grado de capacidad legal a no ser por otras causas como lo señaladas en el artículo 1697 del Código Civil.

En consecuencia, los actos celebrados por las personas que se han emancipado de acuerdo el art. 310 del código civil, son plenas, eficaces categóricos, y en lo que deben cumplir con todos y cada una de las clausulas contenidas en los actos o contratos en que haya participado.

LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DEL MENOR

Tiene su fundamento en la presunción de uso de razón de que gozaban los impúberes no infantes a partir de los siete años de edad; como escriben los Catedráticos de Derecho Romano Arias Ramos y Arias Bonet: “el impúber mayor de siete años puede ya realizar por sí aquellos actos que no pueden acarrearle sino un beneficio patrimonial”, por ejemplo, aceptar sin condiciones un regalo.

El profesor Proudhon, en el Cours de legislation y jurisprudence françaises, editado en Besanzón el año siete de la era republicana (1799-1800), página 159 y siguientes, explicaba que el menor de siete años es incapaz, entre otras cosas, de recibir liberalidades o donaciones, porque todo negocio civil debe estar fundado en un discernimiento moral; a partir de los siete años, aunque no se tenga un entendimiento perfecto, sin embargo, la Ley presume un principio de conocimiento, en cuya virtud le concede –al menor- mejorar su condición sin autorización de su tutor, de ello resulta “que fuera de la infancia puede adquirir y recibir liberalidades.

En resumen de acuerdo a la exposición y análisis de la capacidad del menor para obrar, sus actos son valederos, plenos, categóricos y eficaces cuando este se ha emancipados de acuerdo a las normativas del 310 Código Civil.

Gómez de la Serna (1998)³⁰, exponía que los mayores de siete años:

Conocían el valor de las palabras, aunque no alcanzasen a comprender ni el motivo ni el fin, ni las ventajas, ni los inconvenientes del negocio, entonces ya podían participar en todos los actos”, siempre que fuesen provechosos. El juicio de valor positivo lo proporcionaba la Ley al prescindir del tutor (p 157).

El profesor de la Universidad de Padua A. Burdese en el artículo publicado en la revista Archivio Giuridico, volumen CL, fascículo 1-2, Módena, 1956, titulado *Sulla capacità intellettuale degli impúberes in diritto clásico*, señala que independientemente del reconocimiento en el pupilo de un ordenado desarrollo intelectual, la capacidad de negociar de adquisición se le reconoce *propter utilitatem*. Esta precocidad encuentra en parte su justificación en la preocupación de reducir la duración de la tutela, cuyo funcionamiento presentaba dificultades, por la ausencia de

³⁰ Gómez de la Serna, Ramon. (2001). Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano comparado con el Derecho Español. Cuarta edición. Tomo I. Madrid, España, p. 157

hecho de una representación perfecta. Sobre el tema nos remitimos a la *Histoire du Droit des Obligations* del profesor Yves Lessard, contenida en la página web de la Universidad Méndez-France de Grenoble.

Se destaca que para la mayoría de los romanos la infancia, hasta los siete años, era una etapa de la vida que no tenía importancia, que había que superar cuanto antes. Entre los romanos era opinión extendida la de que durante los siete primeros años el niño era incapaz de aprender las disciplinas. ZEJALBO (2007)³¹ afirmaba que “San Agustín resume la incompreensión con que el mundo antiguo trataba a los niños con la siguiente frase contenida en las Confesiones nadie se compadece de los niños”.

1.1.3. MATRIMONIO

Zejalbo (2007)³² nos cita lo siguiente:

La condición de las personas, en orden a las relaciones de familia, es la que, en definitiva, determina su estado civil; estado civil del que nacen derechos y obligaciones civiles. Familia, puede decirse que es el conjunto de personas unidas entre sí por lazos de parentesco o de matrimonio; o el conjunto de personas unidas por vínculos de sangre; o, también, el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, con el padre y la madre de familia, o con uno solo de éstos. (p. 3)

Del matrimonio surgen tres calidades diversas, a saberse: la de cónyuges, que aunque no son parientes entre sí, están unidos por los lazos más íntimos en las relaciones de familia; la de consanguíneos, que es el parentesco que proviene de la filiación o de la comunidad de sangre; y la de afines, que es el parentesco que se deriva del parentesco de consanguinidad y de la filiación.

³¹ Zejalbo, Martín Joaquín. (2007) Notario del Colegio Notarial de Sevilla. La capacidad del menor no emancipado para aceptar donaciones no onerosas ni condicionales: visión histórica y doctrinal, www.notariosyregistradores.com/.../CAPACIDAD%20MENOR%20EMA Recuperado el 29 de octubre de 2012. p. 98

³² Zejalbo, Martín Joaquín. (2007). La capacidad del menor no emancipado para aceptar donaciones no onerosas ni condicionales: visión histórica y doctrinal. Última versión del trabajo publicado en el número 285 del Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada. www.notariosyregistradores.com/.../CAPACIDAD%20MENOR%20EMA Recuperado el 29 de octubre de 2012.

El estudio de la familia tiene gran importancia, no sólo en el aspecto sociológico, sino jurídico, en cuanto las naciones y todos los grupos humanos se forman de familias, y cuando las naciones se constituyen en Estados, las familias siguen siendo su fundamento. Además, de la familia se derivan un sinnúmero de relaciones de orden jurídico, como se verá más adelante.

El parentesco de consanguinidad es el parentesco que existe entre dos personas unidas por vínculos de sangre y que corresponde a todas las personas que descienden de un tronco común, hay que considerar los grados y líneas. Grado es la distancia que existe entre una generación y otra. Línea es la sucesión de personas entre las que existe una relación de parentesco, que puede ser en línea recta o vertical, o en línea colateral llamada también transversal.

Recta o vertical, cuando descienden de otros, y puede ser ascendente o descendente, según se considera a sus antecesores o progenitores, o a sus descendientes. Colateral o transversal, aquella en la que, procediendo de un tronco común, no des-cen unos de otros, salvo, diremos, el primer grado, que es el que se mira entre padre e hijo.

Parentesco de afinidad es el que se lo contrae en virtud del matrimonio y tiene lugar entre el un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Su importancia, en el orden legal, es relativamente pequeña, porque se lo considera en casos muy excepcionales únicamente, y casi siempre sólo hasta el segundo grado. Entrando en materia, el artículo 81 del Código Civil ordena³³: "Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

³³ Artículo 81 del Código Civil Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador, p. 18

De esta definición podemos deducir lo siguiente, el matrimonio es un contrato, porque se requiere del concurso de dos voluntades que concurren a la celebración, sin embargo es apreciado como un contrato *suigeneris*, en cuanto sólo puede celebrarse entre dos personas y de distinto sexo, distinguiéndose, en esto, de los demás contratos. Así mismo, en los otros Contratos, la voluntad ajena puede suplir, en ciertos casos, el consentimiento, mientras que en el matrimonio tiene que ser personal cuando es por poder especial otorgado ante cualquiera de las autoridades que señala el artículo 100 del Código Civil ecuatoriano.

Que debe ser otorgado por un hombre y una mujer, es lo lógico, porque ello es necesario para la procreación, que es uno de los fines específicos del matrimonio; pues que, en los demás contratos, los contratantes pueden ser del mismo sexo y pueden ser más de dos. Es un contrato actual, precisamente porque es un contrato de presente, que no admite plazo, modo ni condición.

El matrimonio tiene una importancia excepcional, en cuanto a los efectos jurídicos de orden civil que se emanan de dicha institución.

REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Los requisitos relacionados para contraer matrimonio son: externos o de forma e internos o de fondo; en el caso de los requisitos externos, son los que tienen relación con las solemnidades de la celebración misma, siendo el artículo 102 el determinante de esas solemnidades. Mientras que las demás, están contempladas en la Ley de Registro Civil, en lo que respecta a la celebración del matrimonio, así como en el Reglamento. En cuanto a los requisitos internos o de fondo, son aquellos que se relacionan con la capacidad y el consentimiento de los contrayentes.

En lo relativo a capacidad, se consideran hábiles para contraer matrimonio, todas aquellas personas a quienes la Ley no les impide por ningún motivo, así como que

sean declaradas inhábiles. Lo único que necesitan los contrayentes es tener dieciocho años de edad y que no caigan, en ninguna de las causales de nulidad que establecen, en forma detallada, los artículos 95 y 96 del Código Civil.

Los mayores de dieciséis años y los menores de dieciocho años pueden casarse, pero necesitan para ello el ascenso o licencia de su padre, o cuando éste ha muerto o ha perdido la patria potestad, se acepta el ascenso de la madre. “A falta de padre o madre, el del ascendiente o ascendientes de grado más próximos, pudiendo ser abuelos, bisabuelos, entre otros, y a falta de ascendientes, de un curador general, o de un curador especial”³⁴.

Las razones que justifican la oposición del padre, madre o ascendientes que deben asentir, están determinadas en forma taxativa no pudiendo haber otros motivos que justifiquen tal oposición.

El artículo 90 prohíbe al curador que administra bienes de la persona a casarse con ésta mientras no cumpla dieciocho años y esa prohibición se extiende a los hijos del tutor, siempre que las cuentas de la administración no hayan sido aprobadas. En todo caso, si la pupila ha cumplido dieciocho años, o si ha obtenido el consentimiento de sus ascendientes, bien puede, en estos casos, contraer matrimonio.

En caso de que el guardador contraviniera a esta disposición, o casándose o autorizando a sus hijos a que lo hicieren, es sancionado con la pérdida de toda remuneración que por ley le corresponde, sin perjuicio de otras penas que las leyes le impongan.

³⁴ Así lo establecen los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 del Código Civil de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador, p. 18

En lo que respecta al artículo 91, este hace referencia al matrimonio celebrado en nación extranjera, en conformidad con las leyes de la misma nación o de las leyes ecuatorianas, que surten los mismos efectos civiles que aquellos celebrados en el país. Para Ruiz (2003)³⁵ esto es muy natural y lógico, “no sólo por aquel principio de que la ley del lugar rige al acto (*locus regit actum*), sino por aquel otro, que corresponde al Derecho Internacional Privado, relacionado con el estatuto personal del individuo”. En este sentido:

Los artículos 92 y 93 se refieren al matrimonio disuelto en nación extranjera, caso en el cual debe distinguirse: si las leyes aplicables a esa disolución en país extranjero son iguales a las ecuatorianas, esa disolución surte plena validez en el Ecuador. (p. 55).

Estatuto personal que corresponde, según antes lo dijimos, al estado civil, la capacidad y las relaciones de familia, así mismo, es natural que la ley sancione a los ecuatorianos que, en su empeño de burlar la Ley nacional, contraen matrimonio en nación extranjera; pues que en este caso, la contravención a la ley, surte en el Ecuador los mismos efectos que si hubiera sido cometida en el País.

Pero si según las leyes ecuatorianas no podía disolverse el matrimonio, ninguno de los divorciados podrá casarse en el Ecuador, si no obtiene previamente el divorcio conforme a las leyes ecuatorianas; pues que, de otro modo, quien no pueda divorciarse de acuerdo a las normas de la ley ecuatoriana, podría burlar la ley nacional obteniendo el divorcio en otro país, fundado en causas distintas y en procedimientos diferentes.

El artículo 94 trata del matrimonio llamado putativo, que es sencillamente el matrimonio celebrado con todas las formalidades lega-es decir que cumple con todos

³⁵ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito: Ecuador, p. 55

los requisitos de forma, pero que es, conforme a las causas de nulidad que establecen los artículos siguientes. En cuanto a los efectos civiles de estos matrimonios, por tanto para el cónyuge que interviene de buena fe y con justa causa de error, así como respecto de los hijos concebidos durante el matrimonio. La buena fe puede existir en ambos cónyuges o en uno de ellos, cuando falta la buena fe en ambos cónyuges, deja de ser matrimonio putativo y deja también, por la misma razón, de surtir los efectos legales que se indicaron.

Es capaz todo aquel a quien la ley no lo declara incapaz, las incapacidades absolutas toman el nombre de impedimentos dirimentes, que son las enumeradas en el artículo 95 del Código Civil ecuatoriano³⁶ y son las siguientes:

- 1), El cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito de homicidio o asesinato del marido o de la mujer;
- 2) El hombre o mujer con su correo en el delito de adulterio.
- 3) Los impúberes,
- 4) Los ligados por vínculo matrimonio no disuelto.
- 5) Los dementes o enajenados mentales;
- 6) Los impotentes;
- 7) Los parientes consanguíneos en línea recta;
- 8) Los consanguíneos colaterales en segundo grado.
- 9) Los afines en primer grado. (p. 35)

El artículo 101 hace referencia a las solemnidades que deben cumplirse para que tenga validez del matrimonio, solemnidades sencillas, en todo caso, pero indispensables, a saberse: la comparecencia de los contrayentes, por sí, o por medio de apoderado ante la autoridad competente; la constancia de carecer de incumplimientos dirimentes, que son, precisamente, los determinados en el artículo 95.

El artículo 103 establece que pueden ser testigos de las diligencias al matrimonio todas las personas mayores de dieciocho años, habiendo excepción para: los

³⁶ Artículo 95 del Código Civil ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador, p. 20

dementes; los ciegos, los sordos y los mudos; los notoriamente vagos y los mendigos; los rufianes y las meretrices; los condenados por delito que haya merecido más de cuatro años de prisión, y los que no entienden el idioma castellano o el quichua, en su caso.

1.1.4. LA EMANCIPACIÓN

Se entiende por emancipación, todo acto que pone fin a la patria potestad. La palabra emancipación viene del verbo latino emancipare, que significa soltar de la mano, transferir, vender, utilizándose esta palabra para expresar el hecho por el cual el hijo sale de la patria potestad, aunque para ello no intervenga el padre de familia. La emancipación pone fin a la patria potestad, pudiendo ser voluntaria, legal o judicial, dice el artículo 308.

EMANCIPACIÓN VOLUNTARIA

Es un acto voluntario del padre y la madre, así como del hijo, esta emancipación exige el cumplimiento de varios requisitos.

EMANCIPACIÓN LEGAL

Es la que se efectúa ipso jure, de pleno derecho, sin necesidad de un decreto judicial que la declare, para Ruiz, (2003)³⁷ la emancipación se efectúa de acuerdo con el artículo 310, en los siguientes casos:

“Por la muerte del padre, cuando no existe la madre,

Por el matrimonio del hijo;

³⁷ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, Ecuador, p. 170

Por la sentencia que da la posesión de los bienes del padre o madre ausentes; y

Por haber cumplido la edad de dieciocho años”.

En el primer caso se debe entender muere el padre, pero vive la madre, a ésta le corresponde ejercer la potestad sobre el hijo no emancipado.

En el segundo caso, la explicación estaría dada porque la calidad de jefe de familia que adquiere por su nuevo estado, es incompatible en el ejercicio de la patria potestad sobre él.

El tercer caso, relativo a la muerte presunta del padre desaparecido, a la patria potestad, que pasa a la madre y comienza desde que otorga la posesión de los bienes del desaparecido.

EMANCIPACIÓN JUDICIAL

Es la que se efectúa por sentencia judicial cuando los padres incurrieren en:

Cuando maltratan regularmente al hijo;

Cuando hayan abandonado al hijo

Cuando la depravación los hace incapaces de ejercer la patria potestad; y

Por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare culpables de un delito al que se aplique la pena de cuatro de reclusión, u otra igual o de mayor gravedad.

Se diferencia de la emancipación legal, en que ésta se produce ipso jure por el solo ministerio de la Ley, mientras que la judicial requiere que se siga un juicio y en vista de las pruebas que se acumulen, el Juez expide el fallo declarando que hay o no lugar

a la emancipación, siendo en definitiva, como un castigo a los padres que se han hecho indignos de ejercer la patria potestad.

El artículo 312 se refiere al caso en que se hace al hijo de familia una donación, o se le deja una herencia o legado, bajo la condición de obtener la emancipación; pues que en tal caso se entiende que la condición se cumple, por el hecho de privársele al padre o a la madre del usufructo de esos bienes. Y en cuanto a la administración de los bienes donados, heredados o legados, la pierden los padres cuando así lo exige expresamente el donante o testador, como antes lo explicamos, cuando tratamos de la patria potestad, así como de sus derechos inherentes.

Conviene citar a Ruiz (2003)³⁸:

La emancipación amplía considerablemente la capacidad de obrar del menor emancipado (sin que llegue a ser tan plena como la del mayor de edad), y supone la desaparición de la representación legal –patria potestad, tutela-, y su sustitución, cuando es preciso, por un sistema de complemento de capacidad - asistencia paterna, curatela. (p. 172)

EFFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN

La emancipación trae consigo una doble consecuencia, amplía la capacidad de obrar del menor, cuando este se acerca a la mayoría de edad, pero con limitaciones; y, salir de la patria potestad o tutela a la que que haya estado el menor.

DERECHO COMPARADO

CAPACIDAD DE LOS MENORES

³⁸ Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, Ecuador, p 172

Baeza (2011)³⁹ refiere que:

Tanto Argentina como Brasil contemplan la distinción entre incapaces absolutos y relativos, que también recoge nuestra legislación. Así, para el primero, son incapaces absolutos, en razón de su edad, los menores de 14 años; e incapaces relativos, los menores adultos, esto es, menores de 18 y mayores de 14 años, los que podrán realizar solo aquellos actos que las leyes les autoricen expresamente. En Brasil, el Código Civil brasileiro señala que son absolutamente incapaces de realizar personalmente los actos de la vida civil los menores de 16 años, y relativamente incapaces, los mayores de 16 y menores de 18 años. (p. 14)

ESPAÑA

De acuerdo con el art. 324 C.C español⁴⁰,

Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro. (p. 56)

Como se puede apreciar aquí solo basta que uno de los cónyuges sea mayor de edad, para que con el consentimiento de ambos puedan actuar, siendo esta una excepción que hacen, porque de ser ambos menores, se necesita de un curador.

TIPOS DE EMANCIPACIÓN EN ARGENTINA

El sistema legal contempla tres tipos de emancipación: por matrimonio, por habilitación de edad (art. 131, Código Civil) y por habilitación comercial (art. 10, Cód. de Comercio). A esto se agrega que:

Llambías y Raffo (1972)⁴¹ “El menor emancipado es una persona capaz con restricciones para determinados actos” (p. 292), permitiendo colegir que la capacidad

³⁹ Baeza V., Silvia, Muñoz G M. Teresa, (2011) Capacidad de los Menores en Chile. Una Legislación Adolescente. Editorial Libertad y Desarrollo. Santiago de Chile, Chile, p. 76 <http://www.lyd.com>. Recuperado el 12 de noviembre del 2012.

⁴⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014). Tomado del portal http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.11t11.html Recuperado el 12 noviembre del 2012.

⁴¹ Llambías, Jorge Joaquín y Raffo Benegas, Patricio J. (1978). Código Civil. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, p. 292

del menor de edad, no tiene los mismos alcances que de aquel que tiene la mayoría de edad. Antonio (2001)⁴²

La capacidad a pesar de lo que pueda interpretarse literalmente de diferentes normas del Código Civil, permite al emancipado, entre otras cosas: a) ser tutor y curador, b) ser albacea, c) ser testigo en testamento, d) ejercer la patria potestad sobre sus hijos matrimoniales y extramatrimoniales, e) testar aunque no tenga dieciocho años, f) realizar transacciones. (p. 179)

A esto se agrega lo expuesto por Rivera (1992)⁴³ que: “Con las limitaciones de los arts. 134 y 135 del Código Civil), g) constituir un usufructo sobre bienes que sean recibidos a título oneroso, y h) aceptar herencias bajo beneficio de inventario” (p. 445).

Es decir tienen limitaciones que les restringen de realizar ciertos actos que pueden hacer mayores de edad, algo que es común a los demás países a los cuales se ha analizado.

MÉXICO

El derecho civil mexicano ordena⁴⁴:

La emancipación se produce por el matrimonio del menor, el juez del registro civil no formara acta separada; será suficiente para acreditarla el acta de matrimonio. Si el acta de matrimonio se levanta en oficina del Registro Civil diferente de aquella que levantó el acta de nacimiento, el juez del registro civil remitirá copia del acta del matrimonio que produjo la emancipación. (p. 3)

Se puede decir que en este país hay un equilibrio dado por los legisladores a los sujetos, es decir así como pueden los menores de edad realizar actos comerciales como mayores de edad, también pueden tomar acciones como adultos, porque el matrimonio en si representa un acto donde se toman decisiones a diario que implican un nivel de raciocinio amplio.

⁴² Borda, Guillermo Antonio. (2001). La persona humana. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina, p. 179

⁴³ Rivera, Julio César. (2006). Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, p. 445

⁴⁴ Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A. (2007). El derecho civil mexicano. Patria potestad, registros civiles, tutela. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, p 21

PUERTO RICO

Según el portal electrónico (<http://www.ramajudicial.pr/orientacion/emancipacion>.

2010)⁴⁵ también se da la emancipación por matrimonio:

Toda persona queda emancipada por matrimonio. No obstante, si se trata de un menor de 18 años, los efectos de la emancipación son limitados. La ley no le permite en ese caso disponer de sus bienes inmuebles ni tomar dinero prestado sin el consentimiento de su padre, madre o tutor. (p. 2)

Sucede igual que en México, habiendo eso si limitaciones en caso de hacer uso de bienes inmuebles.

MAYORÍA DE EDAD EN ARGENTINA

En Argentina la mayoría de edad se adquiere a los 21 años, sin embargo cabe la posibilidad de adelantar la mayoría de edad mediante la emancipación. Siendo la emancipación por matrimonio, una de las opciones, según lo ordena el artículo 131, primer párrafo, del Código Civil argentino, reformado por la ley 17.711. A esto se agrega:

En este sentido la Ley de Divorcio⁴⁶ ordena:

Con respecto a qué capacidad adquieren los menores emancipados por habilitación de edad, el Código Civil guarda silencio a su respecto. Por analogía se entiende que cabe con respecto a ellos las mismas normas que rigen la capacidad de los menores emancipados por matrimonio (capacidad con algunas restricciones). Requieren autorización para contraer matrimonio (de los padres o de quien ejerza la patria potestad, o del tutor, o en su defecto del Juez) según el artículo 168 de la ley 23.515. (p. 65)

Al casarse adquiere capacidad para obrar en ciertas áreas, pero con limitaciones, es decir toman las precauciones para que el menor pueda limitarse en su actuar.

⁴⁵ Emancipación (2010) <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/emancipacion.html> Recuperado el 20 febrero de 2013

⁴⁶ Emancipación civil. (2009). <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/emancipacion-civil> Recuperado 21 febrero de 2013

CHILE

En décadas pasadas, en Chile, la situación parecía bastante clara en lo relativo a la emancipación, ya que eran considerados incapaces hasta los 18 años, para lo cual la persona menor de edad tenía que recurrir a un representante.

Baeza y Muñoz (2011) refieren⁴⁷

Es frente a esta reflexión que se ha decidido iniciar una revisión de la legislación que rige a los menores de edad en Chile, con referencia a lo que ocurre en otros países. Al observar lo debatido en algunos proyectos de ley es posible apreciar, a lo menos, una tendencia al cambio en relación con el tratamiento legal que se les quiere dar a los menores de edad. (p. 6-8)

A lo cual vuelven a añadir Baeza y Muñoz (2011)⁴⁸:

En Chile, se entiende como sociedad que alcanzados los 18 años, toda persona tiene la madurez suficiente para poder actuar por sí misma y comprender las consecuencias de sus actos y por ello, a los menores de esa edad se les ha protegido. (p. 17).

Se puede apreciar que el legislador tomó en consideración que el matrimonio por ser un contrato requiere para ello de cierta de edad para los contrayentes, por las responsabilidades y consecuencias que implica tal responsabilidad.

1.1.5. FUNDAMENTACIÓN LEGAL

Constitución de la República del Ecuador

Art. 11.- numeral 2, inciso primero.

⁴⁷Baeza V, Silvia. Muñoz G, M. Teresa. (2011). Capacidad de los Menores en Chile: Una Legislación Adolescente. Editorial Libertad y Desarrollo. Chile, pp. 6-8

⁴⁸ Baeza V, Silvia. Muñoz G, M. Teresa. (2011). Capacidad de los Menores en Chile: Una Legislación Adolescente. Capacidad de los menores en Chile. http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sil32capacidaddelosmenoresenchileunalegislaci%C3%B3nadolescentesbaezaymtmunozdiciembre2011.pdf Recuperado el 15 de enero del 2013

Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Art. 66.- numeral 9

El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

Art. 67.- Inciso 2

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Código Civil

Art. 28.- Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570.

Art. 87.- Si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de dieciséis años. Pero los mayores de esta edad tendrán derecho a que se exprese la causa del disenso, y se califique ante el juez competente.

Art. 109.- El cónyuge menor de dieciocho años necesitará para el divorcio la autorización de su curador general o, a falta de éste, la de un curador especial.

Art. 310.- La emancipación legal se efectúa:

2o.- Por el matrimonio del hijo;

Art. 105.- El matrimonio termina:

1o.- Por la muerte de uno de los cónyuges;

2o.- Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;

3o.- Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,

4o.- Por divorcio.

Art. 106.- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge.

Art. 107.- Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

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

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

3o.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.

Art. 108.- Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad-litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos...

Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Código de Procedimiento Civil

Art. 34.- Los que se hallen bajo patria potestad serán representados por el padre o la madre que la ejerza; y los demás incapaces que no estuvieren bajo patria potestad, tutela o curaduría, por el curador que se les dé para el pleito.

El hijo menor de edad será representado por el padre. A falta por cualquier motivo de éste, le representará la madre, lo mismo que cuando se trate de demanda contra el padre. De estar incursos el padre y la madre en uno de los casos anotados, será representado por su curador especial o por un curador ad litem.

1.1.6. HIPÓTESIS

HIPÓTESIS GENERAL

La incapacidad operativa del cónyuge emancipado para demandar en juicio de divorcio afecta el ordenamiento en el código civil ecuatoriano.

HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

Incide el nivel de conocimiento que tenga la población objeto de estudio para permita tener bases sólidas que permitan seguir adelante la investigación.

La fundamentación jurídica sobre la incorporación de nuevos elementos de justificación en la incapacidad operativa del cónyuge emancipado para demandar en juicio de divorcio.

1.1.7. VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE

Incapacidad operativa del cónyuge emancipado.

VARIABLE DEPENDIENTE

Decisiones previstas en la constitución y otras normas ordinarias.

1.1.8. MARCO CONCEPTUAL

Adulto. El que ha dejado de ser impúber

Beneficio de mayor de edad. Derecho que el juez concede al mayor de 16 años sometido a tutela que lo solicite de regir su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad.

Derecho a la igualdad. No debe ser sólo un principio formal integrado a la Constitución, sino que debe convertirse en un instrumento real, que sea un eje transversal en todo el ordenamiento jurídico, capaz de integrar las diferencias y la diversidad como elementos vertebradores de un país de nuevo tipo, que avanza en materia de justicia constitucional.

Derecho Constitucional. Es la primera de las ramas del Derecho Público que orienta a todas, incluido el Derecho Privado, esta primacía se concreta en la Ley de leyes que es la Constitución. Estudia la organización y el funcionamiento de las instituciones políticas que tiene el Estado, propugna que el aspecto organizativo y funcional se fundamente en principios democráticos y en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Divorcio. Separación de un hombre y su mujer producida por alguna causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes.

Infante. O niño el que no ha cumplido siete (7) años

Impúber. El varón, que no ha cumplido catorce (14) años y la mujer que no ha cumplido doce (12) años

Ley. Es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Leyes imperativas. Las que mandan hacer alguna cosa y que tratándose de los actos o contratos, dispone ejecutarlos en determinadas condiciones, o llenando determinados requisitos, en estos casos tiene que apreciarse si la Ley mira al interés público o social, o sólo al interés individual.

Leyes Permisivas. Son las que tienen por objeto conferir un derecho y obligan a respetar ese derecho conferido y las consecuencias de su ejercicio, el interesado puede renunciar a este derecho, siempre que mire exclusivamente a su interés personal y no esté prohibida su renuncia.

Leyes Prohibitivas. Son aquellas que mandan no hacer alguna cosa, se lo dice en razones graves de moralidad, en este tipo de leyes lo que se prohíbe es el acto en forma absoluta, en atención al acto mismo.

Mayor de edad. O simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho (18) años

Menor de edad. O simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Menor emancipado. Menores entre 16 y 18 años con capacidad jurídica similar a los mayores de edad pero con algunas limitaciones, se necesita autorización judicial o paterna.

Representantes legales de una persona. Son representantes el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador amparado en el artículo 28 del Código Civil ecuatoriano; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570 del Código Civil ecuatoriano.

Incapacidades y excusas para la tutela o curaduría. El art. 518 del Código Civil ecuatoriano establece que son incapaces de toda tutela o curaduría:

1o.- Los ciegos;

2o.- Los mudos;

3o.- Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;

4o.- Los fallidos, mientras no hayan sido rehabilitados;

5o.- Los que están privados de administrar sus propios bienes, por disipación;

- 6o.- Los que carecen de domicilio en la República;
- 7o.- Los que no saben leer ni escribir;
- 8o.- Los de mala conducta notoria;
- 9o.- Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el Art. 311, numeral 4o., aunque se les haya indultado de ella;
- 10o.- El cónyuge que haya dado causa para el divorcio, según el Art. 110, menos en el caso de los numerales 8o., y 11o.
- 11o.- El que ha sido privado de ejercer la patria potestad, según el Art. 311; y,
- 12o.- Los que, por torcida o descuidada administración, han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo.

CAPÍTULO II

2. MARCO METODOLÓGICO

2.1. MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

De campo. Debido a que se realizó directamente en el escenario donde ocurre el problema, para redactar las opiniones de los involucrados, con la finalidad de tener información de las fuentes primarias, quienes colaborarán en base a sus conocimientos.

El problema identificado es de gran importancia para la sociedad, debido a que se da con cierta frecuencia que los menores de 18 años de edad se casen y antes de llegar a la mayoría de edad quieran divorciarse. En este sentido, nosotros realizamos las encuestas a los Jueces de los Juzgados Civiles que se encuentran en el edificio de la Corte Provincial de Justicia distrito Manabí, en la cual el juez del juzgado cuarto de lo Civil, Ab. Joffre Vidal nos manifestó que la ley era taxativa por lo tanto él no compartía con el pliego de preguntas de nuestra encuesta, por cuanto en una de ellas, preguntamos si se debe incorporar nuevos elementos para reformar el artículo 109 del Código Civil ecuatoriano, ante lo cual respondió no estar de acuerdo, ante lo cual supimos manifestarle de que antes de administrar justicia como Juez Civil debería ponerse la investidura como juez constitucional y garantista de los derechos consagrados en la carta magna.

En vista de esto, supo manifestar que se deben buscar mecanismos para encontrar una solución al problema identificado.

Mientras que los demás jueces si estuvieron de acuerdo con la iniciativa y propuesta que estamos presentando.

Bibliográfica. Porque se acudió a fuentes de información como textos legales, códigos y leyes, así también información tomada de internet, que sirvieron de insumo teórico para el desarrollo de la investigación a realizarse.

2.2. TIPOS DE INVESTIGACIÓN

Exploratoria. Se recogieron criterios de personas conocedoras del tema, que aportaron con información que sirvió para el logro de los objetivos.

Descriptiva. Porque se describieron cualitativamente y cuantitativamente las características de las variables inmersas en el problema de investigación.

Explicativa. Sirvieron para establecer las relaciones entre causa y efecto, antecedente y consecuentemente de los hechos relacionados con el trabajo investigativo.

Cuantitativa. En el proceso de investigación se realizaron la recolección de datos, que luego fueron tabulados y organizados en cuadros y gráficos estadísticos que reflejen aspectos cuantificables del hecho investigado.

Propositiva. La investigación culmina con la elaboración de una propuesta para enfrentar y tratar de resolver la problemática detectada.

2.3. MÉTODOS

Científico. Se consideraron una serie de reglas y procedimientos que brindaron confiabilidad y validez al trabajo investigativo; así en la investigación se observó una realidad, se procedió a identificar un problema, se hizo una descripción y análisis, se recogieron datos en el lugar que se producen, se verificaron hipótesis y se formularon las conclusiones y recomendaciones.

Inductivo-deductivo. Estos métodos permitieron partir de hechos particulares para llegar a reglas generales y viceversa.

Analítico-sintético. Se estudiaron cada una de las variables, partiendo de la observación del problema, del planteamiento de las hipótesis, verificándolos con los resultados que se obtuvieron, los mismos que permitieron plantear las conclusiones del trabajo investigativo.

2.4. TÉCNICAS

Encuesta a: Jueces Civiles y abogados en libre ejercicio

2.5. INSTRUMENTOS

Formulario de encuesta

Preguntas de entrevistas

2.6. RECURSOS

2.6.1. HUMANOS

Investigador

Director de tesis

Miembros de tribunal examinador

2.6.2. MATERIALES

Portátil

Pen drive

Papel bond A4

Tinta para impresora

Internet

2.6.3. ECONÓMICOS

El costo total es de \$1,060.00 los mismos que fueron financiados por los investigadores.

2.7. POBLACIÓN Y MUESTRA

2.7.1. POBLACIÓN

Estuvo constituida por los siguientes sectores involucrados:

- Juzgado Civil
- Abogados en libre ejercicio

2.7.2. TAMAÑO DE LA MUESTRA

Al ser pequeña la población se hizo uso de la totalidad de ella.

2.7.3. TIPO DE LA MUESTRA

El tipo de la muestra es aleatoria no probabilística.

2.8. PROCESO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

La recolección de la información se la hizo a través de los formularios de encuesta y entrevista, las mismas que fueron respondidas por los Jueces Civiles de la Corte

Provincial de Manabí distrito Portoviejo, así como por los abogados en libre ejercicio de la misma ciudad.

2.9. PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

La información cuantitativa, es decir la encuesta fue procesada a través del programa informático Excel, la misma que se procedió a analizar para una mejor comprensión.

CAPÍTULO III

3. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS JUECES CIVILES

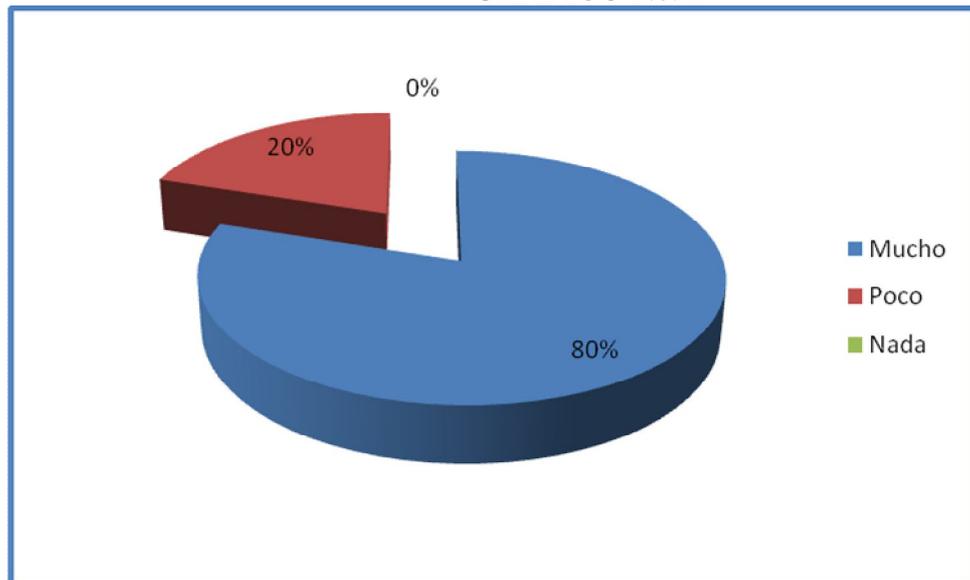
1. ¿Cuál es el nivel de conocimiento que tiene acerca de la incapacidad operativa del cónyuge emancipado para demandar en juicio de divorcio?

CUADRO No. 1

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Mucho	5	80
2	Poco	0	20
3	Nada	0	0
Total		5	100

Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO No. 1



Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

El 80% de los Jueces Civiles contestó que es mucho el nivel de conocimiento que tiene acerca de la incapacidad operativa del cónyuge emancipado para demandar en juicio de divorcio. El 20% contestó que es poco.

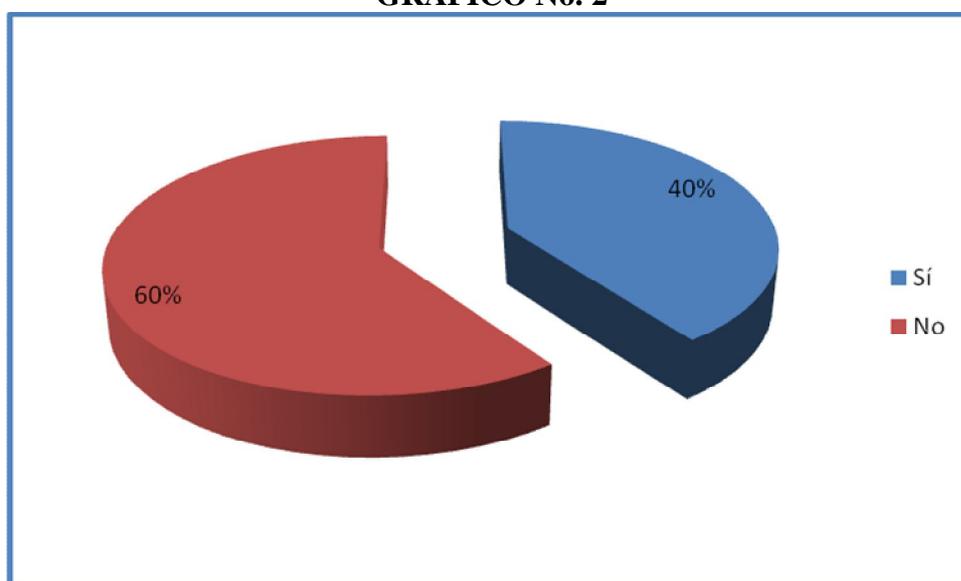
2. ¿Cree usted que si se aplica y respeta la normativa constitucional en la toma de decisiones del menor emancipado para demandar en juicio de divorcio?

CUADRO No. 2

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Sí	2	40
2	No	3	60
Total		5	100

Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO No. 2



Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

El 40% de los Jueces Civiles contestó que sí se aplica y respeta la normativa constitucional en la toma de decisiones. El 60% de los Jueces Civiles contestó que no se aplica y respeta la normativa constitucional en la toma de decisiones.

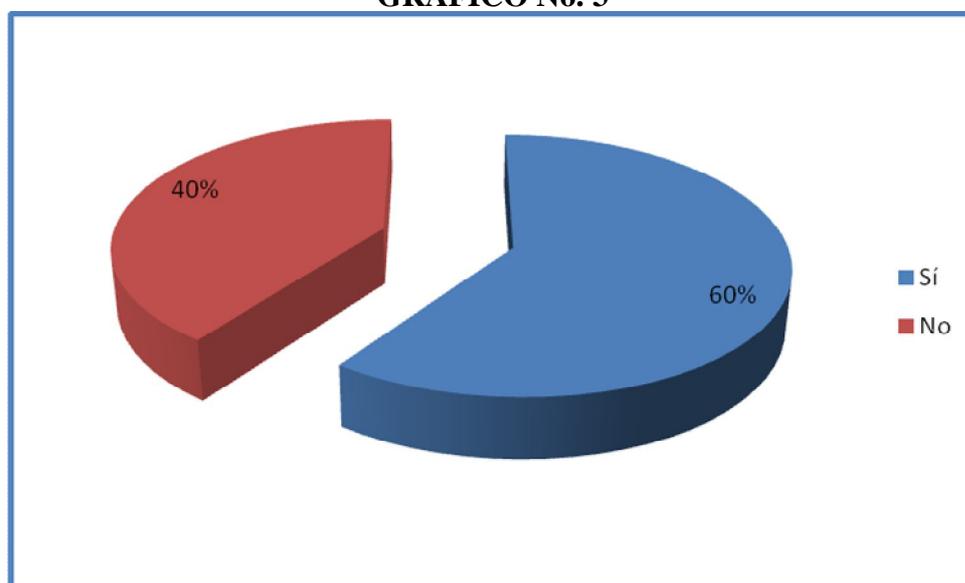
3. ¿Cree usted que se contraponen el artículo 109 con el 310 del Código Civil?

CUADRO No. 3

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Sí	3	60
2	No	2	40
Total		5	100

Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO No. 3



Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

El 60% de los Jueces Civiles contestó que sí se contraponen el artículo 109 con el 310 del Código Civil. El 40% de los Jueces Civiles contestó que no se contraponen.

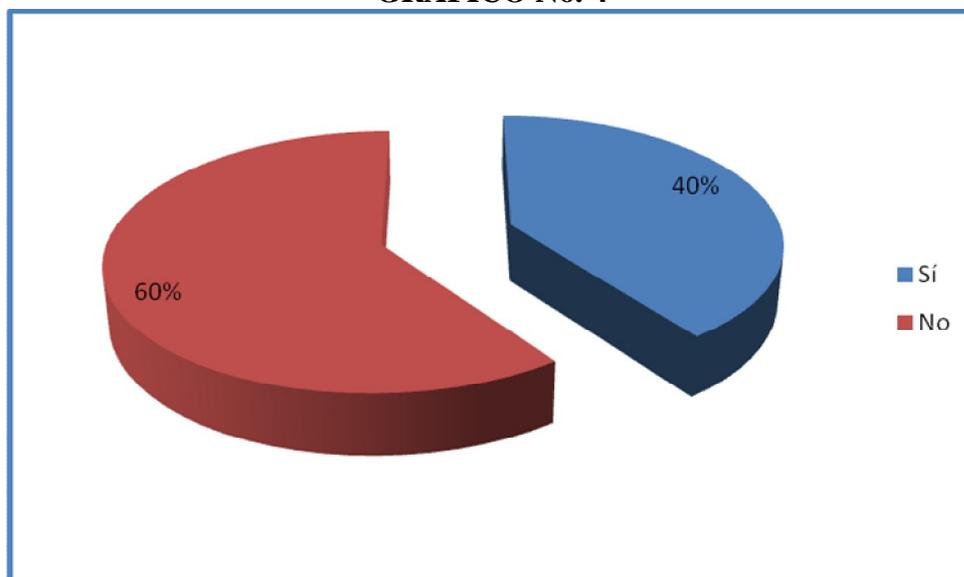
4. ¿Considera que se debe incorporar nuevos elementos jurídicos para reformar artículo 109 del Código Civil ecuatoriano?

CUADRO No. 4

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Sí	2	40
2	No	3	60
Total		5	100

Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO No. 4



Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

El 40% de los Jueces Civiles considera que sí se debe incorporar nuevos elementos jurídicos para reformar artículo 109 del Código Civil ecuatoriano. El 60% de los Jueces Civiles considera que no se debe incorporar nuevos elementos jurídicos para reformar artículo 109 del Código Civil ecuatoriano.

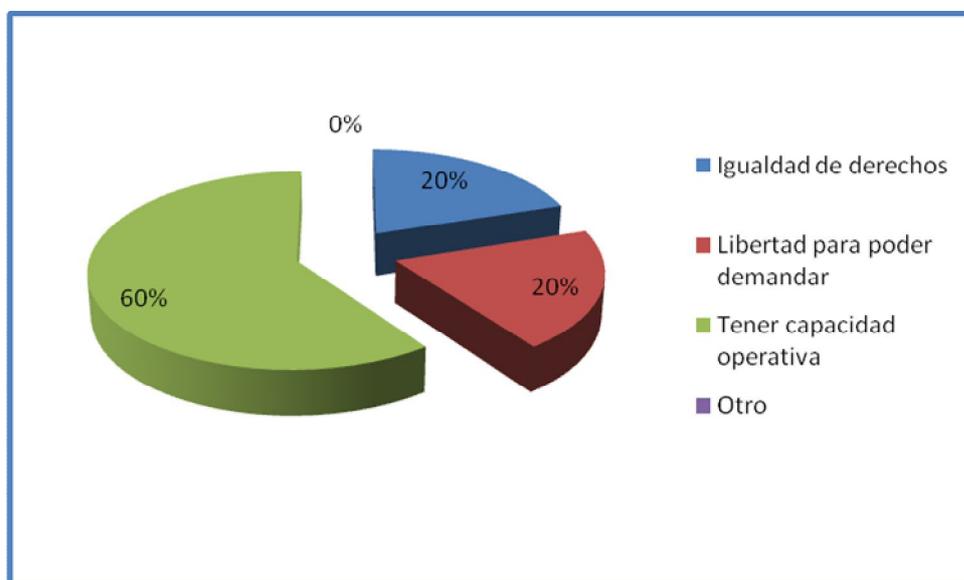
5. ¿De constatar positivamente cual de los siguientes elementos jurídicos se deben incorporar?

CUADRO No. 5

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Igualdad de derechos	1	20
2	Libertad para poder demandar	1	20
3	Tener capacidad operativa	3	60
4	Otro	0	0
Total		5	100

Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO No. 5



Fuente: Jueces Civiles del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

El 20% de los Jueces Civiles cree que el elemento jurídico que se debe incorporar es igualdad de derechos. El 20% de los Jueces Civiles cree que el elemento jurídico que se debe incorporar es la libertad para poder demandar. El 60% de los Jueces Civiles cree que el elemento jurídico que se debe incorporar es tener capacidad operativa.

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

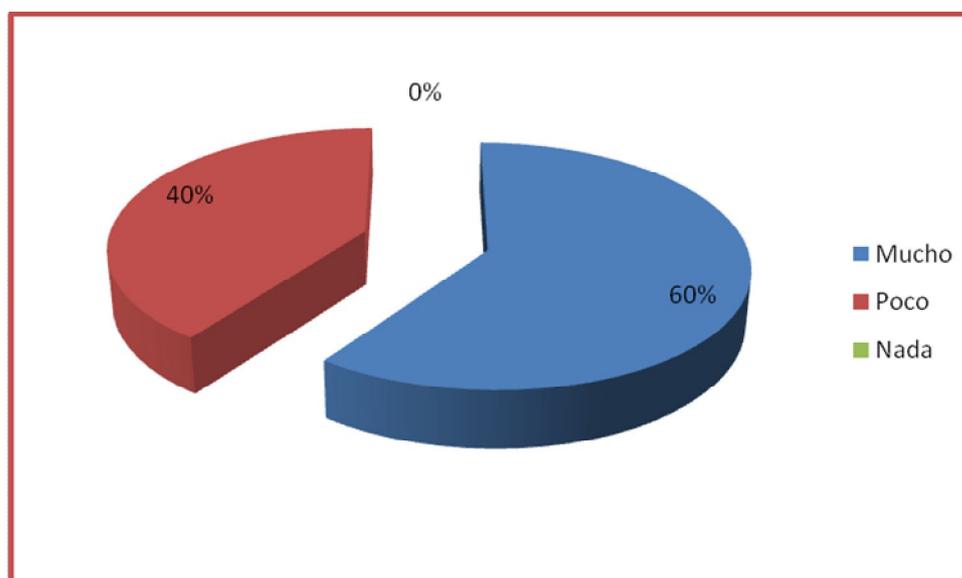
6. ¿Cuál es el nivel de conocimiento que tiene acerca de la incapacidad operativa del cónyuge emancipado para demandar en juicio de divorcio?

CUADRO No. 6

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Mucho	9	60
2	Poco	6	40
3	Nada	0	0
Total		15	100

Fuente: Abogados del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO No. 6



Fuente: Abogados del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

El 60% de los abogados contestó que es mucho el nivel de conocimiento que tiene acerca de la incapacidad operativa del cónyuge emancipado para demandar en juicio de divorcio. El 40% de los Jueces Civiles contestó que es poco el nivel de conocimiento que tiene.

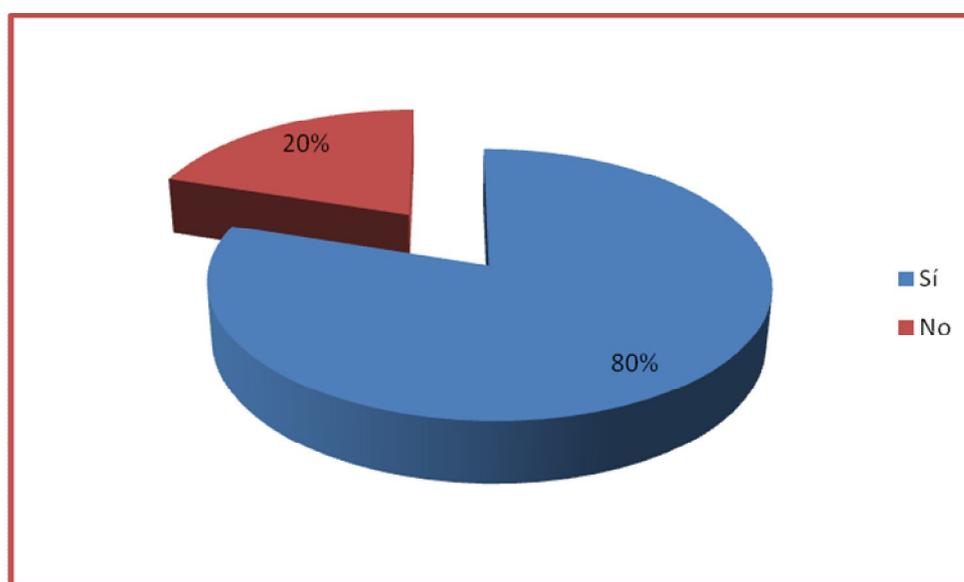
7. ¿Cree usted que si se aplica y respeta la normativa constitucional en la toma de decisiones del menor emancipado para demandar en juicio de divorcio?

CUADRO No. 7

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Sí	12	80
2	No	3	20
Total		15	100

Fuente: Abogados del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO No. 7



Fuente: Abogados del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

El 80% de los abogados cree que sí se aplica y respeta la normativa constitucional en la toma de decisiones del menor emancipado para demandar en juicio de divorcio. El 20% de los abogados cree que no se aplica y respeta la normativa constitucional en la toma de decisiones del menor emancipado para demandar en juicio de divorcio.

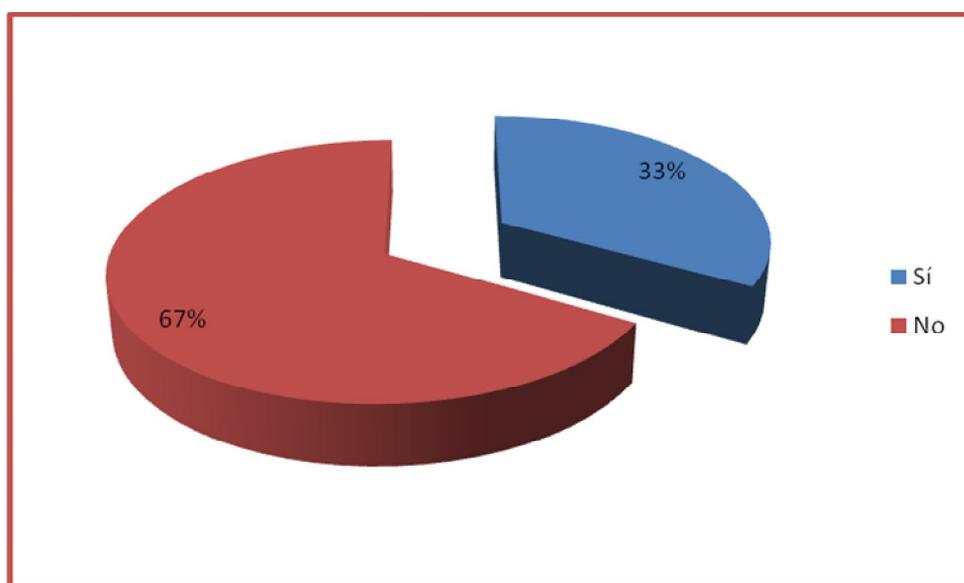
8. ¿Cree usted que se contraponen el artículo 109 con el 310 del Código Civil?

CUADRO No. 8

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Sí	5	33
2	No	10	67
3	Nada	0	0
Total		15	100

Fuente: Abogados del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO No. 8



Fuente: Abogados del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

El 33% de los abogados cree que sí se contraponen el artículo 109 con el 310 del Código Civil. El 67% de los abogados cree que no se contraponen el artículo 109 con el 310 del Código Civil.

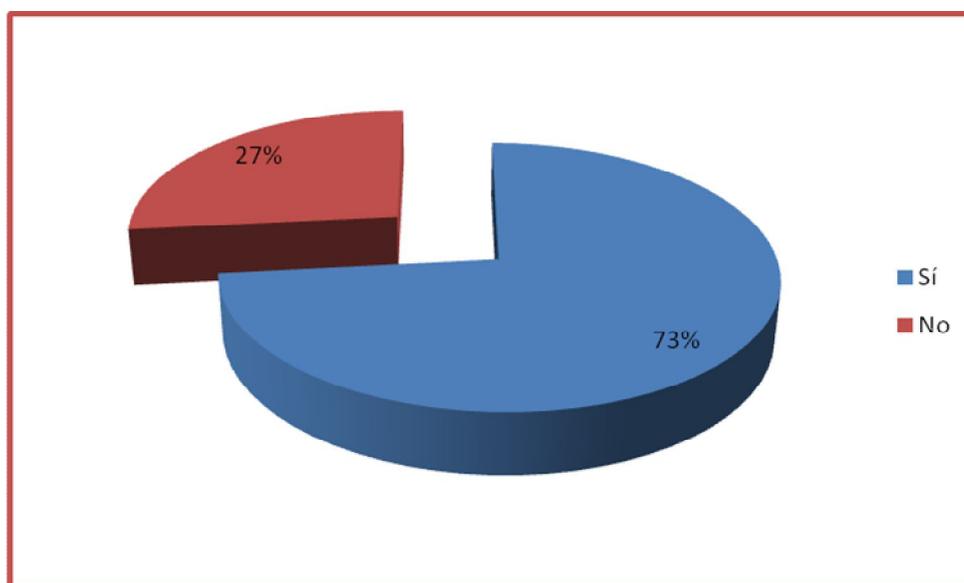
9. ¿Considera que se debe incorporar nuevos elementos jurídicos para reformar artículo 109 del Código Civil ecuatoriano?

CUADRO No. 9

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Sí	11	73
2	No	4	27
Total		15	100

Fuente: Abogados del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO No. 9



Fuente: Abogados del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

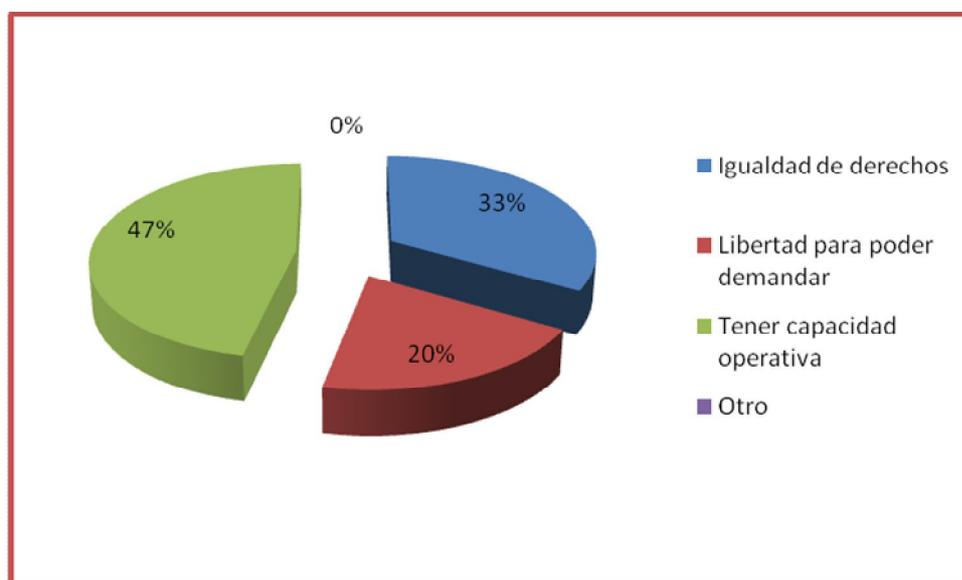
El 73% de los abogados considera que sí se debe incorporar nuevos elementos jurídicos para reformar artículo 109 del Código Civil ecuatoriano. El 27% de los abogados considera que no se debe incorporar nuevos elementos jurídicos para reformar artículo 109 del Código Civil ecuatoriano.

10. ¿De constatar positivamente cual de los siguientes elementos jurídicos se deben incorporar?

CUADRO No. 10

NÚMERO	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Igualdad de derechos	5	33
2	Libertad para poder demandar	3	20
3	Tener capacidad operativa	7	47
4	Otro	0	0
Total		15	100

GRÁFICO No. 10



Fuente: Abogados del cantón Portoviejo
Elaboración: Autores de tesis

El 33% de los abogados considera que el elemento jurídico que se deben incorporar es la igualdad de derechos. El 20% considera que es la libertad para poder demandar. El 20% considera que es tener capacidad operativa.

CAPÍTULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

El nivel de conocimiento que tienen los involucrados en la problemática identificada permite entrever que es un tema en el cual no todos están familiarizados, siendo una debilidad que puede afectar a los mismos, si llegan a estar inmersos en una contienda judicial donde se trate este tipo de situaciones.

La Constitución de la República aprobada en Montecristi es totalmente garantista de todos los derechos que le asisten a la persona, lo cual implica que en el caso a tratar, se vulnera el principio de igualdad como estipula el artículo 11 numeral 2 de la carta magna.

Muchos de los involucrados en la problemática de estudio, tienen ideas que se contraponen en la práctica, es decir desconocen lo establecido en el artículo 310 y 109 del Código Civil.

La normativa civil interna ecuatoriana tiene aspectos que no van de la mano con los preceptos constitucionales, es decir no incorpora elementos jurídicos que permitan la ejecutividad de lo escrito en la carta magna, factor que termina perjudicando a la sociedad en su conjunto.

4.2. RECOMENDACIONES

Reformar el artículo 109 del Código Civil Ecuatoriano, ya que éste exige que el menor púber emancipado, desee plantear juicio de divorcio, y no poder por la normativa antes nombrada debido a que se le obliga nuevamente a tener un curador general o a falta de este un curador especial; si el mismo artículo 310 que nos define la emancipación legal y el numeral 2 que nos indica la emancipación por el matrimonio. Dándole esa potestad de poder actuar como persona adulta, ya que al momento de la emancipación adquiere derechos y obligaciones como un ciudadano que haya cumplido diez y ocho (18) años de edad. Por lo tanto ratificamos que se debe reformar el artículo 109 y con esto se pone fin a ese vacío que se presenta en el momento cuando el menor púber emancipado propone demanda de divorcio y con esto se conseguiría celeridad procesal, económica y la igualdad de derecho consagrada en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66 numeral 3.

PROPUESTA

Artículo innumerado.- Incluir en el artículo 109 del Código Civil la palabra NO después de la palabra años.

Quedando de la siguiente manera el artículo reformado:

Art. 109.- El cónyuge menor de dieciocho años **no** necesitará para el divorcio la autorización de su curador general o, a falta de éste, la de un curador especial.

Por la importancia del problema identificado, por cuanto es común que los menores de edad se casen y que luego por diversas razones buscan la disolución del matrimonio, sugerimos que esta propuesta sea elevada a la Asamblea Nacional para que tomen en consideración esta iniciativa y realicen la reforma al artículo 109 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. (2002) Curso de Derecho Civil. Edit. Nascimento. Santiago de Chile, p. 5

Baeza V, Silvia. Muñoz G,. M. Teresa. (2011). Capacidad de los Menores en Chile: Una Legislación Adolescente. Capacidad de los menores en Chile. http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sil32capacidaddelosmenoresenchileunalegislacion%20adolescentesbaezaymtmunozdiciembre2011.pdf Recuperado el 15 de enero del 2013

Baeza V., Silvia, Muñoz G M. Teresa, (2008) Capacidad de los Menores en Chile. Una Legislación Adolescente. Editorial Libertad y Desarrollo. Santiago de Chile, Chile, p. 76

Borda, Guillermo Antonio. (2001). La persona humana. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina, p. 179

Capacidad jurídica y capacidad de obrar. (2009). <http://www.foroantiusura.org/threads/8206-Salud>. Recuperado el 7 de noviembre de 2012

Código Civil de la República del Ecuador. (2006). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador, p. 1

Contreras Aburto, Luis. (2009) De la renuncia de la prescripción. <http://doctrina.vlex.cl/vid/renuncia-prescripcion-232057085> Recuperado el 09 de octubre de 2013.

D'Ors (2004). Derecho Privado Romano. Barcelona. España, p. 378

Díez-Picazo, Luis María. (2005) Sistema de Derechos Fundamentales. Editorial Aranzadi. S.A. Argentina, p. 191

Emancipación (2010) <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/emancipacion.html> Recuperado el 20 febrero de 2013

Emancipación civil. (2009). <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/emancipacion-civil> Recuperado 21 febrero de 2013

Gómez de la Serna. (2001). Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano comparado con el Derecho Español. Cuarta edición. Tomo I. Madrid, España, p. 157 http://www.lyd.com/wpontent/files_mf/sil32capacidaddelosmenoresenchileunalegislacion%20adolescentesbaezaymtmunozdiciembre2011.pdf. Recuperado el 12 de noviembre del 2012.

La edad: conceptos generales. (2008). <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/edad/edad.htm> Recuperado el 12 de octubre de 2012

Llambías, Jorge Joaquín y Raffo Benegas, Patricio J. (1978). Código Civil. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, p. 292

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014). Tomado del portal http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.11t11.html Recuperado el 12 noviembre del 2012.

Rivera, Julio César. (2006). Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, p. 445

Ruiz, Arturo Ernesto. (2003). Lecciones de Derecho Civil. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, Ecuador, p. 12

Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A. (2007). El derecho civil mexicano. Patria potestad, registros civiles, tutela. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, p 21

Varas, Alfonso Paulino. (1984). El nuevo concepto de ley en la Constitución de 1980. www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649463.pdf Recuperado el 15 de octubre de 2011.

Zejalbo, Martín Joaquín. (2007), La capacidad del menor no emancipado para aceptar donaciones no onerosas ni condicionales: visión histórica y doctrinal. Última versión del trabajo publicado en el número 285 del Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada. www.notariosyregistradores.com/.../CAPACIDAD%20MENOR%20EMA Recuperado el 29 de octubre de 2012

ANEXOS

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS JUECES CIVILES

1. ¿Cuál es el nivel de conocimiento que tiene acerca de la incapacidad operativa del cónyuge emancipado para demandar en juicio de divorcio?

Mucho

Poco

Nada

2. ¿Cree usted que si se aplica y respeta la normativa constitucional en la toma de decisiones del menor emancipado para demandar en juicio de divorcio?

Sí

No

3. ¿Cree usted que se contrapone el artículo 109 con el 310 del Código Civil Ecuatoriano?

Sí

No

4. ¿Considera que se debe incorporar nuevos elementos jurídicos para reformar artículo 109 del Código Civil Ecuatoriano?

Sí

No

5. ¿De constatar positivamente cual de los siguientes elementos jurídicos se deben incorporar?

Igualdad de derechos

Libertad para poder demandar

Tener capacidad operativa

Otro

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

1. ¿Cuál es el nivel de conocimiento que tiene acerca de la incapacidad operativa del cónyuge emancipado para demandar en juicio de divorcio?

Mucho

Poco

Nada

2. ¿Cree usted que si se aplica y respeta la normativa constitucional en la toma de decisiones del menor emancipado para demandar en juicio de divorcio?

Sí

No

3. ¿Cree usted que se contraponen el artículo 109 con el 310 del Código Civil?

Sí

No

Nada

4. ¿Considera que se debe incorporar nuevos elementos jurídicos para reformar artículo 109 del Código Civil Ecuatoriano?

Sí

No

5. ¿De constatar positivamente cual de los siguientes elementos jurídicos se deben incorporar?

Igualdad de derechos

Libertad para poder demandar

Tener capacidad operativa

Otro