



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS**

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

PROMOCIÓN IV

“Trabajo de Titulación Examen Complexivo para la obtención del
grado de Magíster en Derecho Notarial y Registral”

**EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR ESPECIAL PARA
CONTRAER NUEVAS NUPCIAS COMO POTESTAD NOTARIAL**

AUTORA: Katty Soraya Gallardo Alvarado

25 de Octubre de 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Dra. Katty Soraya Gallardo Alvarado**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Notarial y Registral**.

REVISORES

Dr. Francisco Obando, Ph.D
Revisor Metodológico

Ab. María José Blum M., Mgs.
Revisora de Contenido

DIRECTOR DEL PROGRAMA:

Dra. Teresa Nuques Martínez

Guayaquil, 25 de octubre del 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Dra. Katty Soraya Gallardo Alvarado

DECLARO QUE:

El examen complejo: **“EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR ESPECIAL PARA CONTRAER NUEVAS NUPCIAS COMO POTESTAD NOTARIAL”** previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Notarial y Registral**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 25 de octubre del 2018

Dra. Katty Soraya Gallardo Alvarado



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

AUTORIZACIÓN

Yo. Dra. Katty Soraya Gallardo Alvarado

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del examen complejo “**EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR ESPECIAL PARA CONTRAER NUEVAS NUPCIAS COMO POTESTAD NOTARIAL**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 25 de octubre del 2018

Dra. Katty Soraya Gallardo Alvarado

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico primeramente a Dios de quien he recibido muchas bendiciones, a mis queridos hijos y nietos, a mis padres; así como también a mi esposo y hermanos, quienes han sido mi apoyo y pilar fundamental en todos los aspectos de mi vida; a mi familia, amigos, quienes de una u otra forma, me han apoyado para culminar con esta Maestría.

Dra. Katty Soraya Gallardo Alvarado

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; de una manera especial a la señorita Mariuxi Blum Moarry del departamento de Coordinación del Sistema de Posgrado, a los catedráticos y a todo el personal administrativo de la Universidad, quienes con sus conocimientos, sabiduría y diligencia me ayudaron a culminar la Maestría en Derecho Notarial y Registral.

Dra. Katty Soraya Gallardo Alvarado

INDICE

CONTENIDO	PÁG.
CAPÍTULO I	
INTRODUCCIÓN	
1. PROBLEMA.....	03
2. OBJETIVOS.....	03
Objetivo General.....	03
Objetivos Específicos.....	03
3. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL.....	04
CAPÍTULO II	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	06
4.1. ANTECEDENTES.....	06
5. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN....	07
6. PREGUNTA PRINCIPAL DE INVESTIGACIÓN.....	09
7. PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS.....	10
8. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	10
8.1 La Familia.....	10
8.1.1. Tipos de Familia.....	13
8.2. Las Guardas, Tutelas o Curadurías.....	14
8.3. La Patria Potestad.....	15
8.4. Curador Especial.....	19
8.5. Normativa del Código Civil respecto del Curador Especial para contraer nupcias	21
8.6. El nombramiento de Curador Especial en el Código Orgánico General de Procesos.....	23
9. METODOLOGIA.....	26

**CAPÍTULO III
CONCLUSIONES**

10. Análisis de la información.....	28
11. Conclusiones.....	34
12. Recomendaciones.....	34
13. Propuesta de reforma	36
14. Bibliografía.....	38

RESUMEN

En el ejercicio de mi actividad como Notaria en el cantón Balsas se me presentaron dos casos iguales, dos personas que quieren contraer matrimonio y que en el Registro Civil les han pedido el nombramiento de un Curador Especial para los hijos que tenían de otros matrimonios, para tal efecto demandan ante el Juez y éste les niega la demanda por cuanto no está previsto el trámite en el Código Orgánico General de Procesos y que se debe hacer en forma voluntaria en una Notaría.

Como Notaria no tengo la potestad de nombrar Curador Especial para poder contraer nupcias por lo que nació la idea de investigar al respecto y proponer una reforma a la Ley Notarial para que en un futuro se pueda realizar este nombramiento que no reviste mayor complejidad que la manifestación de voluntad de la persona que designa como Curador y de la persona que acepta dicho cargo o función.

En síntesis en eso consiste mi trabajo de titulación en la propuesta de reforma a la Ley Notarial para permitir que los Notarios puedan solemnizar el nombramiento de Curador Especial para contraer nupcias.

ABSTRACT

In the exercise of my activity as a Notary in the canton Balsas I was presented with two identical cases, two people who want to get married and in the Civil Registry they have asked for the appointment of a Special Curator for the children they had from other marriages, for such effect they demand before the Judge and this one denies the demand to them inasmuch as the procedure in the Código Orgánico General de Procesos is not foreseen and that must be done voluntarily in a Notary.

As Notary I do not have the power to appoint a Special Curator to be able to get married so the idea of investigating and proposing a reform of the Notarial Law was born so that in the future this appointment can be made that is not more complex than the manifestation of the will of the person appointed as Curator and of the person who accepts said position or function.

In summary, that is what my degree work consists of in the proposal to reform the Notarial Law to allow Notaries to solemnize the appointment of Special Curator to contract nuptials.

INTRODUCCIÓN

En la Ley Notarial se debe contar como potestad de los notarios poder solemnizar el nombramiento de Curador Especial para poder contraer nupcias, por cuanto en el antiguo Código de Procedimiento Civil existía un trámite para nombrar el Curador Especial al que hago referencia, pero en cambio en el Código Orgánico General de Procesos, no existe tal procedimiento, pero que debería hacerse en procedimiento voluntario. Sin embargo para poder contribuir con la Función Judicial, sería necesario e importante que los Notarios puedan solemnizar tales nombramientos por ello, la naturaleza de este trabajo investigativo.

Mi primer capítulo se denomina Introducción, y en él consta el Problema, los Objetivos, es decir, el Objetivo General y los Objetivos Específicos. El segundo capítulo denominado Planteamiento del Problema contiene la descripción del objeto de investigación que ya he manifestado en líneas anteriores y que se refiere a la propuesta de que los notarios podamos solemnizar el nombramiento de Curador Especial para poder contraer nupcias, contiene también, las preguntas principal y complementarias que versan sobre la investigación y la fundamentación teórica.

El capítulo tercero que se denomina Conclusiones, representa el Análisis de los datos que fueron el resultado de la aplicación de una encuesta a los Abogados en libre ejercicio profesional del cantón Balsas. Del mismo modo he llegado a establecer conclusiones y recomendaciones y la propuesta de reforma legal como resultado del trabajo que presento para poder obtener el título de Magíster en Derecho Notarial y Registral.

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA

Las notarías y notarios a diario vivimos el pedido de los usuarios para que se les nombre Curador y puedan contraer nuevas nupcias, para facilitar los trámites para su nuevo matrimonio, sin embargo, no se lo puede hacer y por seguridad jurídica lo deben hacer los Jueces, sin embargo en mi cantón Balsas, provincia de El Oro el Juez que existe no quiere nombrar los Curadores, por cuanto, señala que el Código Orgánico General de Procesos, no lo estipula de esa forma y por ello, dice que son los Notarios que tienen la facultad de hacer actos de libre voluntad.

Tal situación e inseguridad que se vive en mi cantón, me ha hecho identificar este problema jurídico que puede ser superado con una reforma a la Ley Notarial otorgando como potestad notarial y una nueva atribución tramitar la designación que dos parientes cercanos hagan para que se nombre Curador Especial a los menores de edad, para que el progenitor que esté a su cargo pueda contraer nuevas nupcias, tal como lo prevé el Código Civil, puesto que es un acto de voluntad que no puede ser litigioso y que no representa ninguna situación en la que deba juzgarse, por lo que bien puede ser atribución notarial.

2. OBJETIVOS

Objetivo General

Fundamentar que se consagre como potestad notarial el nombramiento de Curador Especial para que el padre o madre que tiene a su cargo a un hijo dependiente pueda contraer nuevas nupcias

Objetivos Específicos

Establecer que la institución jurídica de la tutela y curatela y por tanto el nombramiento de curadores es un acto de libre consentimiento que no requiere ser

solemnizado por el Juez.

Determinar que los padres que tienen a su cargo hijos menores de edad o dependientes y que quieren contraer nuevas nupcias deben nombrar Curador Especial a sus hijos.

Presentar un proyecto de reforma legal a la Ley Notarial para que se establezca como potestad notarial el nombramiento de Curador Especial para contraer nuevas nupcias.

3. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

Sin pretender dar una definición con Larrea Holguin, (1967) diré que “las guardas comprenden, en derecho civil, las más conocidas instituciones de las tutelas, curadurías o curatelas. La palabra “guarda” es pues genérica y abarca todo lo que se extiende bajo los conceptos de tutela y curaduría”. Guardar equivale a proteger, sustraer de todo peligro, mantener en buen estado una cosa o persona; o, como consta en el Diccionario de la Real Academia (2015): “cuidar, custodiar, conservar una cosa. En el lenguaje jurídico, se aplica más que a las cosas a las personas, quienes necesitan de esta protección, y solo secundariamente a los bienes de estas mismas personas” (letra c).

Las guardas son instituciones del Derecho Civil, aunque tengan un fundamento remoto en el Derecho Natural. También deberé hacer constar en este trabajo concepciones teóricas sobre las curadurías especiales conforme se denominan en el Código Civil (2017) curador especial es “el que se nombra para un negocio particular” (Art. 374), se trata de dos tipos de guarda pero su vinculación mutua es evidente. Deberá en este trabajo de investigación. Hacer referencia a los Curadores Especiales porque el Curador que es nombrado para que se pueda contraer nuevas nupcias es Especial por mandato legal. Si el Curador Especial es el que se nombra para un negocio particular según lo define el Código Civil, significa que es para un asunto jurídico concreto, específico, no para la generalidad de los asuntos de un incapaz. En el caso del Art. 131 del Código Civil se señala que en el caso de las segundas nupcias debe realizarse un inventario y nombrarse un Curador Especial,

única y exclusivamente como requisito para contraer matrimonio.

Los Curadores especiales solamente pueden actuar en los asuntos para los que han sido nombrados y en ellos exclusivamente pueden representar al pupilo. En el caso de los Curadores Ad-Litem, sus funciones se restringen rigurosamente a lo comprendido, en el juicio para el cual y dentro del cual han sido nombrados. La existencia de Curador Especial, no obsta por lo dicho a que se proceda válidamente a nombrar Curador General al mismo pupilo para que se haga cargo en los demás asuntos. La responsabilidad de los Curadores Especiales es igual a la de los demás guardadores, pero circunscrita a su propio mandato. Los curadores ad-litem están sometidos al trámite previsto en el Código Civil y antes en el Código de Procedimiento Civil, actualmente el Código Orgánico General de Procesos no tiene previsto ningún trámite, pero sería un asunto de jurisdicción voluntaria que se norma por el procedimiento voluntario. No es preciso decir que terminen estas guardas cuando el asunto, para el cual fue nombrado el Curador quede concluido.

Como justificación de la existencia del curador especial para nuevas nupcias desde el punto de vista del Derecho Civil diré que el bien jurídico tutelado es la protección psicológica al menor puesto que el Curador de dicho menor deberá proteger al menor en estas nuevas nupcias de su padre o madre, por ello, que se requiere de su protección y la ley ha previsto su nombramiento y aceptación previo a que su progenitor que le tiene a cargo pueda contraer nuevas nupcias.

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

4.1. ANTECEDENTES

Como dije, las guardas son instituciones del Derecho Civil, aunque tengan un fundamento remoto en el Derecho Natural. Este último impera que un padre o una madre cuiden de sus hijos, menores de edad y la concreción inmediata de tal precepto es la patria potestad; pero cuando un menor de edad carece de padres que puedan velar por él, o cuando un mayor de edad, por ciertas circunstancias de enfermedad, vicios contraídos, carencia de libertad, ausencia, etc.; no pueden cuidarse a sí mismo, o proveer en forma competente a sus negocios, necesitan también la protección de otras personas, entonces es cuando la institución civil de las guardas viene en auxilio de la persona necesitada o en defensa de sus intereses.

Naturalmente, las formas a través de las cuales se podrían custodiar a los menores y demás incapaces, al margen de las potestades – patria potestad y potestad marital – serían muy variadas, pero en la generalidad de los países occidentales han sido las guardas las instituciones que cumplen esta función de caridad y prudencia, y aún de justicia estricta a veces, para bien de los necesitados. Conviene por lo mismo, hacer un brevísimo recuento histórico del desarrollo de estas instituciones, antes de pasar a su estudio detenido, dentro de los marcos del derecho positivo actual.

En los pueblos primitivos, sobre todo en aquellos de organización patriarcal, la protección de los menores huérfanos correspondía al Jefe del Grupo, el cual, como afirma Castán y Tobeñas “Ejercía sobre ellos, más bien una especie de *Ius Dominicale*, ya que los sometidos carecían propiamente de personalidad jurídica. Siendo por tanto objetos del Derecho, antes que sujetos del mismo. Las que rigieron en Grecia y Roma, de donde arranca propiamente nuestra cultura. La tutela griega se ejerce sobre los varones impúberes y sobre las mujeres en general”. (p. 77).

Estaba inspirada en el propósito de defender la fortuna familiar originariamente pero con el transcurso del tiempo se enriquece de mayor contenido humano y se convierte en una institución verdaderamente protectora de los incapaces. Algún matiz de diferencia existía entre ambas tutelas, como lo revela el nombre distinto que se daba a quienes representaban al menor, según enseña Arias, J. (1952) “Epítropos, y el que se reservaba para el tutor de la mujer: Kyrios en todo caso, estas guardas admitían, como entre nosotros, un triple origen: testamentario, legítimo o dativo; en este último caso, la designación del tutor correspondía al arconte” (p.434).

En Roma la tutela y la curatela, aunque similares en algunos aspectos, se diferencian profundamente. La tutela, por su origen, está más vinculada con la patria potestad, es como una continuación o sustitución de ella aunque con el correr de los tiempos adquiere características de una verdadera administración de negocios ajenos. D’ors Alvarado (1960) indicaba que se aproximan a la Curaduría y el Emperador Justiniano tiende decididamente a equiparar ambas instituciones (p.213). Ya en la época arcaica agrega el referido autor que la tutela se transformó de potestad en carga de tipo público (munus).

Una ley atilia – dice D’ors – de fines del Siglo III, (anterior en todo caso 186 a J-C) encargó al pretor urbano de la vigilancia de las tutelas y del nombramiento del tutor para aquellos pupilos que carecieran de él (tutor atilianos o también dativos) esta función protectora de los incapaces pasa desde Claudio a los cónsules que habían perdido su importancia política y, desde Marco Aurelio, se añade para esa función un pretor especial: El pretor tutelar. Por otro lado, las leyes Ticia y Julia (siglo I A.C) Habían encomendado esta función en las provincias a los Gobernadores de las mismas.- Así se explica porque mientras unos autores ponen de relieve el carácter privado de las tutelas, otros resaltan su carácter público, en realidad la evolución histórica muestra ambas facetas que predominaron en tiempos distintos.

La Curatela más característica de Derecho Romano fue la que se ejercía sobre la mujer, estuvo sometida en los primeros tiempos, constantemente o a una potestad

o a una curaduría; la que no estaba bajo a patria potestad, o bajo la potestad marital debía recibir un Curador. Esta situación cambió paulatinamente y Augusto eliminó la guarda legítima ejercida sobre las mujeres con Ius Liberorum y en la época de Claudio esta tutela estaba en total desuso; se convirtió en un puro trámite, pues el titular era nombrado por el pretor, de conformidad con el deseo de la misma mujer; se generalizó también la delegación de aquel poder a funcionarios de íntima importancia aún en las provincias y también se hizo costumbre que fuera el propio marido que ejerciera tales guardas en todo caso la curaduría romana, no es una potestad, sino una simple administración; por eso la institución del Curador es general para toda clase de situaciones en que haya algo que administrar, sea en la esfera privada o pública, donde propiamente tiene más desarrollo.

5. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN

El ejercicio de la Curaduría, según la doctrina y la teoría y por la historia a la que hemos hecho relación es de suprema importancia, sin embargo las solemnidades en su nombramiento, deberían desarrollarse como otras instituciones del Derecho, pues, no veo ninguna dificultad por la cual, una persona no pueda acudir en forma libre y voluntaria a una Notaría con dos parientes cercanos del menor y designar ante el Notario el nombre de la persona que le ha de representar como Curador para que su progenitor responsable, pueda contraer un nuevo matrimonio.

El objeto en sí de mi investigación proviene de la necesidad existente en mi cantón de que yo como Notaria pueda realizar tal nombramiento de Curadora, puesto que el Juez del cantón se niega a hacerlo fundamentado en que no existe norma legal en el Código Orgánico General de Procesos, que le de tal facultad. Sé que es un acto aislado, pero que si representa un problema jurídico que de ser superado, por ello, sí creo firmemente que se debe reformar la Ley Notarial contemplando como potestad notarial la tramitación del nombramiento de Curador Especial para que el progenitor que tenga la tenencia del menor pueda contraer nuevas nupcias.

Actualmente se lo realiza ante los jueces, sin embargo, como es en

procedimiento voluntario, se debe presentar la demanda, luego dos parientes cercanos comparecen ante el Juez para insinuar el nombre de quien ha de ejercer el cargo de Curador Especial y posteriormente se convoca a una Audiencia para que ante el Juez la persona que va a ser nombrada como Curador Especial acepte el cargo ante el Juez, ante quien suscriben el acta y ésta tendrá que ser protocolizada para que se lleve al Registro Civil y se permita que el progenitor que tiene la tenencia del menor pueda contraer segundas nupcias. Tal procedimiento duraría entre un mes y un mes y medio dependiendo del número de audiencias que tenga el Juez, mientras que si fuese potestad notarial, únicamente comparecerían las cuatro personas, el progenitor, los dos parientes cercanos, el que será nombrado Curador y en un solo acto notarial se acogería la insinuación, el Curador aceptaría y se entregaría el acta notarial para que la persona pueda contraer matrimonio nuevamente, esta situación le demoraría o tomaría aproximadamente 30 minutos. Inclusive se podría utilizar un formulario.

6. PREGUNTA PRINCIPAL DE INVESTIGACIÓN

¿Convendría que los Notarios nombrar Curador Especial para que los progenitores que tienen la tenencia de los menores de edad puedan contraer segundas nupcias?

➤ **Variable:**

Curaduría (131 C.C.)

Indicadores:

- Procedimiento para nombrar Curador Especial

➤ **Variable:**

Segundas nupcias

Indicadores:

- Requisito legal
- Patria Potestad

7. PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN

¿Podría ser potestad notarial el nombramiento del Curador al que se refiere el Art. 131 del Código Civil?

¿Qué efectos se derivan de la imposibilidad de que los Notarios no puedan nombrar Curadores Especiales?

¿La designación y nombramiento de Curadores Especiales son actos de voluntad o son justiciables?

¿Debería incorporarse como potestad privativa notarial el nombramiento de Curador Especial?

8. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

8.1. LA FAMILIA

La palabra familia según Vásquez G, Y. (2005) proviene de “la voz latina famēs (hambre) aún cuando se dice que también proviene de la raíz latina famulus (sirviente o esclavo doméstico)” (p. 34) en un principio, la familia agrupaba al conjunto de esclavos y criados de propiedad de un solo hombre. La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad, a través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel que les corresponde.

La familia es el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción, vale decir, el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la misma dirección y con los recursos proporcionados por el jefe de la casa. De igual manera, a la familia la autora referida Vásquez G, Y. (2005) la concibe como “un grupo social en el que recae todo tipo de responsabilidad para que una sociedad se defina y desarrolle. Entre ellas se hallan las que se refieren directamente, en lo individual, a cada uno de los sujetos unidos por vínculos de sangre producto de la convivencia intersexual y de la filiación o por vínculos

jurídicos como ocurre con la unidad familiar en su totalidad” (p. 35). Estoy de acuerdo con la concepción de la autora, la familia es sin duda un grupo social con relaciones de parentesco claramente definidas.

También es definida la familia por Soto Álvarez, C. Autor citado por Somarriva Undurraga, M. (146) en los siguientes términos, “es un conjunto de personas (parientes) que proceden de un progenitor común; que establece vínculos entre sus componentes de diverso orden o identidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio y ayuda recíproca a los que el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial” (p. 91). Debo agregar que Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por mi parte, considero que la familia, siendo el núcleo fundamental de la sociedad, debe ser privilegiadamente protegida, puesto que se pone en riesgo la propia sociedad, pues, en términos sociológicos la familia es un conjunto de personas que se encuentran unidos por lazos permanentes, estos lazos pueden ser de dos tipos: vínculos por afinidad, el matrimonio y consanguinidad como ser la filiación entre los padres e hijos. De ahí que es interesante hacer referencia en este trabajo algunas definiciones de familia, puesto que el hecho de que se exija un Curador Especial para contraer nupcias, es para garantizar la protección al menor por lo que pudiera suceder en su nueva familia.

La familia como sistema social es considerada como el espacio vital del desarrollo humano para garantizar su subsistencia; cuando uno de los individuos que la integran flaquea en su función, la totalidad del sistema familiar se ve afectada. La familia, como cada una de las nuestras, es un ámbito natural del amor, lugar donde la persona se encuentra acogida, aceptada y atendida y es el centro de apertura individual hacia los demás, y así ha venido siendo concebida desde la sociedad primaria de la organización social, y de todas las instituciones sociales, se distingue y se diferencia de las demás sociedades por su naturaleza y finalidad, que son la expresión de los impulsos más profundos y auténticos del ser humano: el amor.

Proaño, M. (1977) sostiene que la familia es la sociedad más pequeña de la estructura social, sin embargo de ser núcleo central de toda organización social. Se integra por la historia común de sus miembros; va formándose por sí misma, alcanzando realizaciones y enfrentando inevitables problemas (p. 39). De manera directa, la familia es la base insustituible que permite a cada miembro su desarrollo personal, sentido de pertenencia, realización y la construcción de un proyecto de vida de beneficio y bendición a la sociedad en general, cumpliendo así el propósito con la que fue creada.

La familia, es la manifestación humana que primera y más profundamente influye en la conducta individual del hombre, en la formación de su carácter, en sus hábitos y costumbres, en sus sentimientos naturales. Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”, por ello, inclusive la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU) proclamó el 15 de mayo como el Día Internacional de la Familia. Permanentemente escuchamos hacer referencia a la familia, sin considerarla como un grupo que varía según la sociedad en la cual se encuentra y va a ser un reproductor fundamental de los valores de la misma.

En realidad no hay consenso sobre la definición de la familia, pero es importante acotar que la familia es el grupo natural del ser humano, es un conglomerado social con existencia prácticamente universal que abarca a la gran mayoría de los miembros de una sociedad y es en ella donde se cumplen las principales funciones de socialización, en cuyo ámbito el sujeto adquiere su identidad y su posición individual dentro de la red intergeneracional. Sin embargo de la falta de consenso tampoco es una institución en la cual exista debate en torno a sus acepciones. La familia está constituida por personas consanguíneas y afines.

8.1.1. TIPOS DE FAMILIA

Este ítem lo desarrollaré recogiendo los tipos de familia que encontramos en la

página web de Las Naciones Unidas y que definió los siguientes tipos de familias, que es conveniente considerar debido al carácter universal y orientador del organismo mundial.

Familia nuclear, integrada por padres e hijos.

Familias uniparentales o monoparentales, se forman tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, el divorcio, la separación, el abandono o la decisión de no vivir juntos.

Familias polígamas, en las que un hombre vive con varias mujeres, o con menos frecuencia, una mujer se casa con varios hombres.

Familias compuestas, que habitualmente incluye tres generaciones; abuelos, padres e hijos que viven juntos.

Familias extensas, además de tres generaciones, otros parientes tales como, tíos, tías, primos o sobrinos viven en el mismo hogar.

Familia reorganizada, que vienen de otros matrimonios o cohabitación de personas que tuvieron hijos con otras parejas.

Familias migrantes, compuestas por miembros que proceden de otros contextos sociales, generalmente, del campo hacia la ciudad.

Familias apartadas, aquellas en las que existe aislamiento y distancia emocional entre sus miembros.

Familias enredadas, son familias de padres predominantemente autoritarios.

Importante clasificación de la familia que nos lleva a conocer el origen de la misma en el periodo histórico pero que determinó que en la actualidad no se haga ninguna distinción entre el origen de la familia, sino más bien abordarla como lo que es, sin importar su origen o conformación. La Constitución de la República del Ecuador

(2008) estipula “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. (Art. 67).

8.2. LAS GUARDAS, TUTELAS O CURADURÍAS

Según Cabanellas De las Cuevas, G. (1993) Guarda es el encargado de conservar o custodiar una cosa. Defensa, conservación, cuidado, o custodia, Tutela. Curaduría. Curatela. Cumplimiento, observancia o acatamiento de leyes, órdenes y demás preceptos obligatorios. De vista. Cuidador que no ha de apartarse de la vigilancia directa de una persona. Jurado. Guardián que, a propuesta de particulares y luego de prestar determinado juramento (De ahí su denominación) recibe un nombramiento de la autoridad permiso para usar armas. (p. 181). Partiendo de esta definición puedo sostener que el guarda recibe este nombre porque está llamado a cuidar a proteger a su pupilo.

Si se recoge una antigua definición y se la transmite con leves modificaciones, se tiene que han servido de prototipo para las que se encuentran en las leyes de los diferentes países sudamericanos. La tutela vendría a ser derecho de potestad respecto de una persona libre, dada y permitida por el Derecho Civil para proteger al por causa de su edad no puede defenderse por sí misma. No podría aplicarse al pie de la letra esta definición a nuestras instituciones, por ejemplo, no tendrían cabida en esta institución los interdictos. Pero si contiene los elementos más esenciales de lo que son las guardas modernas, y que coinciden en lo sustancial en los distintos derechos.

Los comentaristas suelen dar definiciones bastantes parecidas a las legales. Conocer algunas, puede contribuir a aclarar más aún el preciso concepto de las guardas. Según Claro Solar, L. (1942) consideradas conjuntamente la tutela y la curaduría, podría decirse que son la misión impuesta por la ley o deferida en virtud de sus disposiciones por la voluntad del hombre a una persona para proteger a los menores que no se hallan bajo patria potestad o bajo potestad marital, y a los

mayores interdictos, para administrar sus bienes y representarles en los actos civiles que les conciernen” (p. 176), Puig Peña aún con mayor precisión indica que: “La tutela es aquella institución jurídica que tiene por objeto el cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismo s” (p. 319). Estas definiciones inclusive me hacen reflexionar en lo indebido que es el requisito para contraer nuevas nupcias, ya que las curadurías fueron concebidas para proteger a los menores que no tienen padres, pero en el caso que vengo denunciando, no tiene sentido puesto que vive bajo la protección de quien ejerce la patria potestad, es decir, está protegido.

8.3. LA PATRIA POTESTAD

Desde antaño se ha conceptualizado a la Patria Potestad como el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole. Tenemos que, ante un conjunto de derechos y deberes, atribuidos los primeros para el cumplimiento de los segundos, que resultan otorgados a los padres, bien en coparticipación, bien al padre solo, bien a la madre sola, según los casos y países, pero en ningún caso a persona distinta de ellos.

El vínculo de la Patria Potestad se establece entre los progenitores y cada uno de sus hijos, de modo que, en caso de ser éstos varios, suponen varios poderes iguales. Los hijos, en cuantos sujetos pasivos, han de ser menores no emancipados, pues la emancipación es causa de extinción de la Patria Potestad. Se trata, además, de una potestad conferida como medio de realizar la función natural que les incumbe a los padres, una misión encomendada por la misma naturaleza, anterior al Estado e insuprimible, dirigida a proteger y educar la prole, alimentando, guardando e instruyendo a la misma.

Es objeto de esta comunicación analizar el ejercicio de la Patria Potestad desde la perspectiva de la jurisprudencia más contemporánea y con el apoyo de la doctrina más autorizada. Para ello, después de proceder al estudio de la Patria Potestad como institución tuitiva del menor por excelencia, se abordarán cuestiones actuales

vinculadas a su titularidad y ejercicio, con distintos supuestos según sea titularidad conjunta, titularidad individual, ejercicio conjunto, actuación individual y ejercicio individual, sin olvidar aspectos interesantes como la capacidad exigida para el ejercicio de la Patria Potestad y otros sujetos intervinientes en el ejercicio de la misma.

Se abordará, a continuación, y desde una concepción funcional de la Patria Potestad, los principios de beneficio de los hijos, respeto a su personalidad y audiencia del menor, aunque para el nombramiento de Curador Especial no se lo escucha, sino a dos parientes cercanos, tenemos que el adolescente puede ser escuchado y en forma obligatoria se resolverá lo que éste quiera, no obstante, ante un Notario o Notaria, no podría hacerse efectivo este derecho a ser oído por cuanto no se trata de un juicio y el derecho a ser escuchado se ejerce ante un Juez, porque existe conflicto judicial, ante los Notarios no podría haber conflicto de ninguna clase para que pueda continuarse.

Constituirá el contenido medular de este trabajo de investigación el estudio de los aspectos personales de la Patria Potestad, porque el Art. 131 del Código Civil exige que quien ejerza la patria potestad deberá solicitar Curador para su hijo previo a contraer segundas nupcias, o directamente matrimonio. La función educativa y el fondo ético de la Patria Potestad, atribuye a los padres en relación con sus hijos, es decir, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Por eso, su análisis no puede verse despojado, ni siquiera con el propósito de objetividad más firme, de la presencia inconsciente de nuestras propias vivencias, de nuestras convicciones, de nuestras creencias.

Históricamente el ejercicio de la Patria Potestad se refería al conjunto de derechos que tenía el padre sobre los bienes de sus hijos. La evolución del derecho comparado en forma mayoritaria incluye este concepto del ejercicio conjunto del padre y madre tanto respecto de los bienes como de la autoridad en relación a la persona de los hijos, por este motivo en el Código Civil de Francia se reemplazó el concepto Patria Potestad por el de autoridad parental, no así en las legislaciones de otros países. No obstante ello, en la modificación que se propone para la legislación chilena, se mantiene la diferencia de autoridad y Patria Potestad, pero en ambos

casos ejercida en forma conjunta por los progenitores.

Según Pericot (1980) anteriormente existía “un sistema familiar de tipo patriarcal en que el padre ejercía la patria potestad sobre el hijo, esto significaba que administraba y usufructuaba los bienes de éste, lo que implicaba también la descendencia patrilínea, es decir la continuidad del apellido iba de padre a hijo, además la mujer pasaba a tener el apellido del marido. Este sistema fue el mismo que durante el primer milenio AC. Imperaba en Alemania, Galia, Roma, Sicilia, Atenas, Macedonia, Tracia, Israel, Cartago, entre otros” (p.120). Se puede agregar a esta sinópsis histórica los elementos que se consideraban en Roma, obsérvese:

“En Roma era el ascendiente varón de mayor edad denominado pater familias, por regla general abuelo paterno, en su defecto el padre, quien ejercía la patria potestad, abarcando dicho poder tanto respecto de la persona como respecto de los bienes del hijo o descendiente, en el primer caso incluía poder de vida o muerte y en el segundo significaba que lo que éste adquiría era para el pater familias. Y también que tenía la mujer del hijo o descendiente, ya que en esa época era frecuente el matrimonio in manus o cum manus, en que la mujer pasaba a formar parte de la familia del marido y por ende quedaba bajo la potestad del abuelo o padre del marido, a falta de éstos dependía del marido, a esto se le denominaba potestad de la manus” (p.132). En nuestro país se ha escrito mucho sobre la Patria Potestad pero es muy difícil conseguir información sobre los derechos y obligaciones de los hijos hacia sus padres, pues únicamente se escribe sobre los derechos y obligaciones de los padres hacia sus hijos.

Potestad significa la atribución jurídica conferida a un órgano de autoridad. En el derecho moderno, Patria Potestad significa el conjunto de facultades, y sus correlativos deberes, conferidas a quienes las ejerce, como padres, abuelos (en algunas legislaciones), adoptantes, destinadas a la protección de menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes. Según el autor argentino Cabanellas, G. “Etimológicamente, la frase proviene del Latín, Patria Potestas, que significa "autoridad paterna", la misma que correspondía al padre de familia o pater familias, cabeza de la misma e investido con Potestad sobre otras personas. La facultad podía corresponder no sólo al padre, sino en casos al abuelo”(p.297)

Definición etimológica que no contiene ningún tipo de contrariedad, ya que evidencia el verdadero significado del término, pero si quiero hacer referencia a que me parece machista el término, debería ser diferente y amplio para que no involucre solo el término de padre sino de progenitor que podría ser hombre o mujer.

Pretendo referirme a textos legales que contienen tal definición, el de 1970 y al actual, que definen a la institución de la misma forma: Art. 300: "La Patria Potestad es el conjunto de derechos que tiene los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia, y los padres, con relación a ellos, padres de familia". Hasta el Código Civil de 1960 se decía que Patria Potestad era el conjunto de derechos que tenían los padres legítimos sobre sus hijos no emancipados. Antes de la reforma de 1970, la legitimación ponía fin a la guarda en que se hallaba el legitimado y daba a los padres legitimantes la patria potestad sobre el menor de 21 años. Este artículo por razones obvias, se ha eliminado. Desde el primer Código de la Niñez y Adolescencia existía un privilegio o consideración para los menores y sus padres: "Patria Potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo". La concepción evidencia que inclusive existían empleados públicos menores de edad, actualmente es prohibido el trabajo para menores y más aún no lo podrían hacer dentro de una institución pública.

Hago referencia a continuación de varias definiciones, así con Cabanellas G. (1998) diré "La Patria Potestad es el conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponde en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados" (Pag. 297), el Código Civil de 1970, reformado, contiene "Si el hijo es común de ambos cónyuges, la sociedad conyugal goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, menos" (Art. 302) los que se indican en los numerales posteriores, y que son las mismas excepciones de antes de la reforma.

En la práctica, por requerimiento de la Oficina de Migración para salir del país, los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia hacen caso omiso a la Patria Potestad que tendría un padre de familia, ya que si un padre o una madre

desean salir del país, siendo titular de la Patria Potestad de su hijo, necesariamente requerirá la autorización del otro padre que obviamente no la tiene.

8.4. CURADOR ESPECIAL

Partiré de la definición legal que estipula el Código Civil (2017) “Curador Especial es el que se nombra para un negocio particular” (Art. 374) Es decir, un asunto jurídico concreto, específico y no para la generalidad de los asuntos de un incapaz tal como cité a Larrea Holguín. Además señala “En principio hay lugar al nombramiento de Curador Especial cuando una persona carece de representante legal y hay urgencia de que actúe jurídicamente dentro o fuera de juicio, sin que sea posible el nombramiento inmediato del representante general; o bien, cuando una persona tiene representante pero este no quiere o no puede representar al incapaz en un determinado asunto, el caso más típico será precisamente cuando haya oposición de intereses entre el representante y el pupilo, o tenga el incapaz litigar con su propio padre, madre, marido o guardador”. (p.341).

Algunos códigos enumeran los diversos casos en que se debe dar Curador Especial, pero el nuestro no ha abordado ese propósito que fácilmente deja lagunas. Más bien se dice en nuestra Ley en algunos casos concretos en los que se requiere el Curador Especial, y es el caso del Art. 131 que me ocupa principalmente y que por ello, merece mayor atención que los otros casos. A continuación me referiré al análisis particular de este artículo con la finalidad de poder analizar dicha norma legal y las demás normas que tienen pertinencia con la exigencia legal de que las personas que tengan bajo su patria potestad hijos y quieran contraer matrimonio deberán cumplir.

Larrea Holguín, J (1967) sostiene que “Las facultades de los Curadores Adjuntos se reducen a la administración de los bienes pupilares y a la representación del pupilo en los actos y contratos relativos a dicha administración, dentro y fuera de juicio. No tiene en ningún caso, el Curador adjunto atribución alguna sobre la persona del pupilo; el cuidado, crianza, educación etc., del pupilo corresponde a otras personas. Respecto de la administración de los bienes, varía notablemente la función del guardador adjunto, según que estén agregados a unas u otras personas”.

(p.339). Si el curador adjunto se agrega al padre, madre, marido, tutor o curador general que ejercen la principal guarda del pupilo, el adjunto tiene una administración general a la del tutor o a la del administrador general, en cambio si el adjunto se agrega a una curaduría de bienes, sus facultades son iguales a las de los simples curadores de bienes, y por lo mismo más restringidas.

Tomando como base las normas sustantivas del Código Civil se requiere de la intervención de Curador Especial en los siguientes casos:

- a) Para el divorcio consensual o para el juicio de divorcio del menor de 18 años, aunque como en la actualidad ya no se permite el matrimonio del menor de edad, esta curaduría no tendría efecto.
- b) Para la formación del inventario de los bienes del hijo para certificar que no hay bienes que inventariar, cuando el padre que tiene la patria potestad del menor o menores quiere volver a casarse.
- c) Para notificarle al menor la voluntad de legitimarle y que acepte o repudie aquel beneficio.
- d) Cuando el padre no quiere o no puede representar al hijo en un juicio contra un tercero.
- e) Para la declaración de maternidad o paternidad, si no hay padre que pueda representar al menor.
- f) Cuando el hijo debe litigar en contra del padre o madre si el otro progenitor no puede representarlo.

Los curadores especiales solamente pueden actuar en los asuntos para los que han sido nombrados, y en ellos exclusivamente pueden representar al pupilo, en el caso que me interesa, el Curador Especial solo deberá intervenir en el Inventario de los bienes del menor cuyo progenitor contraerá matrimonio o testificar que no tiene bienes. Es sería su única responsabilidad y su única tarea. Ninguna más. Reitero entonces la procedencia absoluta que se pueda estipular como potestad notarial, puesto que la designación ni la función reviste solemnidad conflictiva que pueda hacer pensar que solo los jueces puedan resolver tal situación.

8.5. NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO DEL CURADOR

ESPECIAL PARA CONTRAER NUPCIAS

Encontramos la normativa en el Libro Primero del Código Civil, Título IV, con la denominación: “DE LAS SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS”; las siguientes normas legales son las que disponen como requisito el nombramiento de Curador que bien puede estipularse que sea el Notario quien tramite tal declaración de voluntad, puesto que no constituye ningún litigio ni puede presentarse una observación.

El Art. 131 del Código Civil estipula: “El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo su patria potestad, o bajo su curaduría, y que quisiere casarse o volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan a tales hijos como a herederos de su cónyuge difunto o por cualquier otro título.

Para la formación de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial”.

Según la disposición legal referida, se puede advertir que utiliza el término: “se dará” ni siquiera exige la solemnidad de que sea el Juez quien realice tal designación, sino que debe “darse” un Curador, por ello, bien se puede convertir en una potestad notarial, puesto que sería muy adecuado que los usuarios concurren al despacho notarial y tramiten la curaduría para el menor que tengan bajo su patria potestad o curaduría. La función del Curador Especial, sería representar al menor en la formación del inventario de los bienes de éste.

El Art. 132, ibídem, contempla: “Habrá lugar al nombramiento de curador, aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o de la madre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo”.

Según la norma transcrita, le posibilita al Curador Especial que testifique que el menor no tenga bienes que inventariar, puesto que según la norma anterior, el Curador debía representarle en el Inventario, pero según esta normativa, ya no lo debe hacer, sino solamente testificar que el menor no tiene, bienes

En el Art. 133 del Código Civil, se establece el requisito en forma expresa para la autoridad que celebre el matrimonio, obsérvese “La autoridad correspondiente, no permitirá el matrimonio del progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, o sin que preceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad, o bajo su curaduría”.

En la norma legal referida, tampoco se encuentra que el Curador debe nombrarlo el Juez, es decir, se permitiría que sea un nombramiento notarial el que preceda, inclusive hace referencia a una información sumaria de que no tiene hijos, lo cual, hasta hace mucho era atribución de los jueces y actualmente también es una potestad notarial. Por lo anotado, considero que bien se puede consagrar como potestad notarial, ya que la normativa del Código Civil si lo permite y puede darse ante un Notario en forma libre y voluntaria como todos los actos que se realizan en vía notarial, y si fuere el caso de alguna oposición se estaría a lo previsto en la Ley Notarial que es remitir el proceso a una Jueza o Juez de la Familia, para que resuelva la controversia.

En el Código Civil , inclusive se encuentra una sanción cuando no se realiza el inventario, dejaría de heredar, obsérvese: “El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el Art. 131, perderá el derecho de suceder como legitimario, o como heredero abintestato, al hijo cuyos bienes ha administrado” (Art. 134). Sanción que debería cumplirse en el caso de que no se hiciera inventario y que en la Notaría se le debería explicar el momento en que se le designe Curador Especial.

8.6. EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR ESPECIAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

El Art. 334 del Código Orgánico General de Procesos contempla el Procedimiento Voluntario, de la siguiente forma:

“Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.
2. Rendición de cuentas,
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes. □
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo. □
5. Partición.
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción”.

Como no se encuentra previsto en la Ley un procedimiento propio para realizar el nombramiento de un Curador Especial y por ello, es que el Juez que ejerce jurisdicción en Balsas, no lo quiere hacer y hay personas que no pueden contraer matrimonio, por esta negativa. Se debería observar el último inciso del artículo en referencia, es decir del Art. 334, que contempla: “También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción”. Claramente se estipula que se tramitarán en este procedimiento las autorizaciones que se resuelvan sin contradicciones. Y el nombramiento de Curador Especial sería una de ellas.

El procedimiento recién empieza cuando se presenta la demanda, luego de aquello, el Juez convocará a una Audiencia la cual no puede llevarse a cabo por mandato legal en el tiempo que estipula la Ley, obsérvese:

Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda. La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la o el juzgador

dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá requerir la información a la o el interesado, con respecto al domicilio o residencia y otros datos necesarios de quienes deban ser citados.

La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado.

No sería el caso de que se niegue la demanda en la que se solicite el nombramiento de un Curador Especial, pero, en el cantón Balsas como he venido manifestando, existe un Juzgador que se niega a admitir a trámite la demanda de Curador Especial, por lo que el interesado ha tenido que unirse únicamente y no contraer matrimonio, por la simple negativa del Juez y porque no está prevista dicha potestad notarial, lo cual ayudaría mucho a la sociedad en general.

También se prevé en el Art. 336 del Código Orgánico General de Procesos, la posibilidad de la oposición, de la siguiente forma: “Las personas citadas o cualquier otra que acredite interés jurídico en el asunto, podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia.

La oposición deberá cumplir los mismos requisitos de la contestación a la demanda.

La o el juzgador inadmitirá la oposición cuando sea propuesta sin fundamento o con el propósito de retardar el procedimiento. En los demás casos, se entenderá que ha surgido una controversia que deberá sustanciarse por la vía sumaria, teniéndose la solicitud inicial como demanda y la oposición como contestación a la demanda. En tal caso, la o el juzgador concederá a las partes el término de quince días para que anuncien las pruebas, hecho lo cual se convocará a la audiencia”.

Si hubiera la potestad notarial del nombramiento de Curador Especial, y se diera el caso de negativa, se estaría a lo dispuesto en el último inciso del Art. 18 de la

Ley Notarial que determina que en caso de oposición debería protocolizarse el trámite y entregarse al opositor para que concurra a hacer valer sus derechos ante el Juez en procedimiento sumario.

Se puede definir a la jurisdicción voluntaria como aquella que no requiere de controversia, es una petición libre y voluntaria y que le merece atención únicamente a quien lo solicita. En este sentido se prevé que los asuntos de jurisdicción voluntaria por su naturaleza de no tener controversia ni requerir de contar con otro legítimo contradictor que no sea el mismo interesado, se desarrollan libremente en el ámbito notarial.

En la Audiencia se dictará la Resolución que corresponda en forma oral y luego se reducirá a escrito y notificará a las partes, después de aquello, se deberá esperar que dicha Resolución en tres días hábiles y solicitar mediante el formulario respectivo las copias, lo cual puede suceder en no menos de ocho días laborables, es decir, término. Y luego dicha Resolución se deberá presentar ante el Registro Civil o autoridad delegada para poder contraer matrimonio. Este es en síntesis el trámite que se debe realizar actualmente en una Unidad Judicial, mientras que si se permitiera que se haga en la Notaría, el trámite pudiera durar alrededor de treinta minutos.

9. METODOLOGÍA

Según se impartieron las orientaciones en la asignatura correspondiente, en este ítem, debe indicarse los métodos a seguir, la modalidad de la investigación que está determinada por la Universidad, la categoría y diseño de la misma. Según nos enseñaron La modalidad de investigación es Cuantitativa puesto que utilizaré como categoría la no experimental y como diseño, considero adecuado que estaría bien, el descriptivo, asimismo el comparativo, ya que se aplicarán encuestas para conocer el criterio de la población investigada sobre la propuesta que en Anexo y como resultado de investigación formará parte de este trabajo.

La población a considerar en mi investigación fueron los Abogados en libre ejercicio profesional del cantón Balsas, no pude investigar a más Notarios, ya que soy la única Notaria en este cantón, así también pude investigar a varios usuarios de mi Notaría que requieren o han requerido que se les nombre Curador Especial para poder contraer matrimonio, si tienen hijos bajo su patria potestad, ellos, evidentemente serán parte interesada en mi reforma. Para determinar la población, acudí al muestreo probabilístico y no probabilístico, probabilístico porque mediante el muestreo probabilístico seleccioné a la totalidad de los Abogados que ejercen la profesión en Balsas, es decir, diez Abogados y no probabilístico porque no puedo conocer a todos quienes requieren de nombrar un Curador Especial, para contraer matrimonio por lo que recogí el criterio de dos personas que han venido constantemente a mi Notaría a requerir tal servicio y quienes me han hecho conocer que el Juez se niega a nombrarles Curador Especial.

La población se indica en la tabla que a continuación presento:

Unidades de Observación	Población	Muestra
Abogados en libre ejercicio	10	10
Usuarios que requieren de que se les nombre Curador Especial	2	2

Métodos de investigación

En cuanto a los métodos, utilicé varios métodos teóricos tales como el método analítico, sintético. También utilicé el método inductivo y deductivo, porque en dicho análisis evidencié la posibilidad de particularizar más mi estudio con el método deductivo. En cuanto a los métodos empíricos, utilicé los cuestionarios tipo encuesta y tipo entrevista, también me sirvió para las guías de observación de campo. De manera general, los métodos utilizados en la investigación son aquellos que nos da la ciencia de la investigación científica y que pese a que no conozco a profundidad tales métodos considero que están presentes en todos y cada uno de los actos en los que ha sido necesario analizar la información recogida.

Procedimiento

En el procedimiento que utilicé, lo hice en varios aspectos y también definí plenamente las fases que fui superando:

Primera fase:

- Introducción
- El Problema
- Objetivos
- Breve descripción conceptual

Segunda Fase:

- Desarrollo
- Planteamiento del Problema
- Fundamentación Teórica
- Metodología

Tercera Fase:

- Conclusiones
- Recomendaciones
- Bibliografía
- Anexos

CAPÍTULO III CONCLUSIONES

10. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Conforme lo expuse en el apartado de la metodología se realizó una encuesta a los Abogados en libre ejercicio de la profesión y que desempeñan su profesión en el cantón Balsas, por ello, a continuación presento los resultados que obtuve:

10.1. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA MEDIANTE LA ENCUESTA APLICADA A ABOGADOS DEL CANTÓN BALSAS

PRIMERA PREGUNTA

¿Conoce usted sobre el régimen legal que regula el nombramiento de Curador Especial en la legislación civil Ecuatoriana?

CUADRO NRO. 1

F	NRO.	PORCENTAJE
SI	10	100%
NO	-	-
TOTAL	10	100%

Fuente: Abogados encuestados

Autora: Katty Soraya Gallardo Alvarado



ANÁLISIS:

La población investigada y encuestada en su mayoría esto es el 100%, conoce del régimen legal aplicable al nombramiento del Curador para poder contraer nupcias. Situación muy lógica, puesto que son Abogados y como tales deben conocer de las Leyes de la República.

SEGUNDA PREGUNTA

¿Cree usted que el nombramiento de curadores es un acto de libre consentimiento que no requiere ser solemnizado por el Juez?

CUADRO NRO. 2

F	NRO.	PORCENTAJE
SI	10	100%
NO	-	-
TOTAL	10	100%

Fuente: Abogados encuestados

Autora: Katty Soraya Gallardo Alvarado



ANÁLISIS:

La población investigada y encuestada en su mayoría esto es el 100%, considera que el nombramiento de un Curador es un acto de voluntad que bien puede ser tramitado ante un Notario y no necesariamente ante el Juez como exige la Ley actualmente. Es fundamental en mi investigación el hecho de que partamos que el nombramiento del Curador es un acto eminentemente voluntario y no es el resultado de ninguna contienda legal sometida al conocimiento de un Juez, por ello, bien puede ser una potestad notarial.

TERCERA PREGUNTA

¿Conoce usted si los padres que tienen a su cargo hijos menores de edad o dependientes y que quieren contraer nuevas nupcias deben nombrar Curador Especial a sus hijos?

CUADRO NRO. 3

F	NRO.	PORCENTAJE
---	------	------------

SI	10	100%
NO	-	-
TOTAL	10	100%

Fuente: Abogados encuestados
 Autora: Katty Soraya Gallardo Alvarado



ANÁLISIS:

La población investigada y encuestada en su mayoría esto es el 100%, conoce que para poder contraer nupcias es necesario que se nombre un Curador para el hijo menor de edad de aquel cónyuge que está por contraer un nuevo matrimonio. Es lógica esa respuesta, por cuanto es un mandato legal y tiene relación con las preguntas que se han venido formulando a mis encuestados. La pregunta es pertinente toda vez que pretendo demostrar que se requiere del nombramiento del Curador pues, al ser un requisito legal necesariamente debe cumplírsele, pero como se debe realizar el trámite ante un Juez, es engorroso y complicado, por ello la pertinencia de que sea una nueva potestad notarial.

CUARTA PREGUNTA

¿Cree usted que se debe establecer como potestad notarial el nombramiento de Curador Especial para contraer nuevas nupcias?

CUADRO NRO. 4

F	NRO.	PORCENTAJE
SI	10	100%

NO	-	-
TOTAL	10	100%

Fuente: Abogados encuestados
 Autora: Katty Soraya Gallardo Alvarado



ANÁLISIS:

Nuevamente por mayoría absoluta (100%) los encuestados consideran que se debe establecer como potestad notarial el nombramiento de Curador Especial para contraer nuevas nupcias. Esta sería la fundamentación empírica de mi propuesta, por cuanto evidentemente la población investigada comparte mi criterio de que debería ser una potestad notarial el nombramiento del Curador para contraer nupcias, por cuanto reviste únicamente acto de voluntad y no existe ningún tipo de controversia.

QUINTA PREGUNTA

¿Está de acuerdo en que se reforme la Ley Notarial para que se establezca como potestad notarial el nombramiento de Curador Especial para contraer nuevas nupcias?

CUADRO NRO. 5

F	NRO.	PORCENTAJE
SI	10	100%
NO	-	-
TOTAL	10	100%

Fuente: Abogados encuestados
 Autora: Katty Soraya Gallardo Alvarado



ANÁLISIS:

La población investigada y encuestada en su mayoría esto es el 100%, está de acuerdo con que se reforme la Ley Notarial y se consagre como potestad notarial el nombramiento de Curador Especial para contraer nupcias. Esta reforma sería necesaria para solucionar los problemas de las personas que pretenden contraer nupcias y demandan el nombramiento ante el Juez, pero el Juez que ejerce tal función en nuestra cantón Balsas considera que esa potestad ya no la tiene ni el Juez y no pueden lograr tal nombramiento y por tanto, están impedidos de contraer nupcias por estas circunstancias jurídicas, puesto que si se contemplara en la Ley Notarial se podría solucionar este problema y permitirles a los usuarios que puedan nombrar el Curador Especial que requieren para contraer nupcias.

10.2. ANÁLISIS DE LA ENTREVISTA REALIZADA A DOS USUARIOS DE LA NOTARÍA A MI CARGO QUE NO PUEDEN CONTRAER NUPCIAS.

El caso particular de dos usuarios de la Notaría a mi cargo consiste en que han concurrido ante el Juez Multicompetente de El Oro con sede en Balsas para solicitarle que se les nombre un Curado Especial para poder contraer nupcias, en la forma que exige el Código Civil, sin embargo, el Juzgador referido no les acepta la demanda y se inhibe de conocer por cuanto sostiene que es un acto voluntario que no está previsto en el Código Orgánico General de Procesos, por ello, es imposible que lo efectúe, por lo que las dos personas que requieren contraer nupcias, han acudido a mi despacho como Notaría y me solicitan que se les haga el

nombramiento puesto que el Juzgador no lo puede hacer por no estar previsto en la Ley.

Mi criterio ante ellos, obviamente ha sido en el sentido que no tengo como potestad notarial el nombramiento de Curador Especial, y tales personas no pueden contraer nupcias, porque la autoridad judicial y yo como Notaria no hemos tramitado tal solicitud.

Tales casos han posibilitado que proponga la reforma a la Ley Notarial que posibilite tal designación de Curador Especial para el menor cuyo progenitor que mantiene su tenencia y custodia pueda contraer nupcias y de esta forma los Notarios podamos resolver con mayor facilidad las pretensiones de los usuarios, puesto que el servicio notarial debe propender a brindar el mejor y mayor número de servicios públicos.

11. CONCLUSIONES

Después de la ejecución de la investigación respectiva he podido concluir en lo siguiente:

- El nombramiento de Curador Especial para contraer nupcias es un acto de manifestación de voluntad.
- El nombramiento de Curadores siempre ha sido una potestad judicial prevista en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil que no se ha contemplado en forma expresa en el Código Orgánico General de Procesos, por lo que genera inseguridad jurídica.

- Los notarios son funcionarios públicos investidos de fe pública y pueden solemnizar la celebración de actos de plena voluntad tales como el del nombramiento de Curador Especial para contraer nupcias.
- La ciudadanía en general considera que los Notarios deben tener como potestad el nombramiento de Curador Especial para contraer nupcias, lo cual ameritaría una reforma legal.
- El servicio notarial se caracteriza por ser herramienta auxiliar de la administración de justicia, por tanto, bien puede contribuir en la evacuación de diligencias que requieren únicamente la voluntad de las personas que designan el Curador Especial y la persona que acepta tal cargo.

12. RECOMENDACIONES

Frente a las conclusiones que he demostrado en el ítem anterior, formulo las siguientes recomendaciones:

- Que el Consejo de la Judicatura formule proyectos de reforma legal que posibiliten que el servicio notarial sea más efectivo y abarque mayores potestades para reducir la acumulación de procesos judiciales.
- Que la Asamblea Nacional recoja la opinión de la ciudadanía y reforme las leyes que se requiera para poder viabilizar el servicio notarial a la sociedad en general y que éstos puedan ejercer sus derechos
- Que las Universidades realicen actos académicos que permitan la difusión de nuevas reformas legales que suplan los vacíos jurídicos existentes en cumplimiento de su función de vinculación con la colectividad.
- Que la Federación Nacional de Notarios analice el trabajo de los Notarios y los requerimientos de la ciudadanía para que presenten proyectos de reformas a la Ley Notarial y poder tener el mayor número de potestades con la finalidad de cumplir con los requerimientos de los usuarios.

13. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

H. ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando:

Que, el Art. 131 del Código Civil estipula: “El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo su patria potestad, o bajo su curaduría, y que quisiere casarse o volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan a tales hijos como a herederos de su cónyuge difunto o por cualquier otro título.

Para la formación de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial”.

Que, según la disposición legal referida, se puede advertir que utiliza el término: “se dará” ni siquiera exige la solemnidad de que sea el Juez quien realice tal designación, sino que debe “darse” un Curador, por ello, bien se puede convertir en una potestad notarial, puesto que sería muy adecuado que los usuarios concurren al despacho notarial y tramiten la curaduría para el menor que tengan bajo su patria potestad o curaduría. La función del Curador Especial, sería representar al menor en la formación del inventario de los bienes de éste.

Que, el Art. 132 del Código Civil contempla: “Habrá lugar al nombramiento de curador, aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o de la madre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo”.

Que, el Código Orgánico General de Procesos no prevé en forma expresa ningún trámite para el nombramiento de Curador Especial para contraer nupcias.

Que, el servicio notarial es un órgano auxiliar de la Función Judicial,

RESUELVE:

EXPEDIR LA LEY REFORMATORIA A LA LEY NOTARIAL:

Art.- 1.- Al final del Art. 18 agréguese un numeral que diga:

Nral “Solemnizar el nombramiento de Curador Especial para contraer nupcias, en la forma establecida en el Código Civil, para lo cual se presentará ante la Notaria o Notario el formulario pertinente que contendrá la petición, debiendo comparecer el progenitor, los dos parientes cercanos, la persona a quien se pretende sea nombrado Curador y en un solo acto notarial se acogerá la insinuación de no haber impedimento legal. El acta notarial será documento suficiente para comparecer al Registro Civil y celebrar las segundas y ulteriores nupcias.”

Art. final.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los veinte días del mes de mayo del 2017.

14. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes Reales

Arias, José. Derecho De Familia, Segunda Ed. Buenos Aires, Argentina, 1952.

Cabanellas De Las Cuevas. Guillermo. Diccionario De Derecho Usual. Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1999.

Castan Y Tobeñas, José: Derecho Civil Español, Común Y Foral. Sexta Edición. Madrid, 1944. Tomo 4. P. 77.

Claro Solar, Luis. Explicaciones De Derecho Civil Chileno Y Comparado. Santiago 1942.

Código Civil, Corporación De Estudios Y Publicaciones. 2017.

Código De La Niñez Y La Adolescencia. Corporación De Estudios Y Publicaciones. 2017.

Código Orgánico General De Procesos, Corporación De Estudios Y Publicaciones. 2017.

Colin Y Capitant, Curso Elemental De Derecho Civil. Madrid, España, 1952.

Constitución De La República Del Ecuador. Corporación De Estudios Y Publicaciones. 2017.

D'Ors Alvarado: Elementos De Derecho Privado Romano Pamplona, España, 1960

Declaración Universal De Los Derechos Humanos, Organización De Naciones Unidas. Onu, 1948.

Fuentes Normativas

Fueyo Laneri, Fernando. Derecho Civil, Derecho De Familia 3 Volúmenes. Santiago. 1958.

Larrea Holguin, Juan. Derecho Civil Del Ecuador Tomo Iv Las Guardas. Corporación De Estudios Y Publicaciones, Quito, Ecuador, 1967.

Pericot. Luis. Historia Universal "La Revolución Neolítica". Mexico. Salvat Ediciones. 1980.

Somarriva Undurraga, Manuel. Derecho De Familia, Santiago, Chile, 1946.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, KATTY SORAYA GALLARDO ALVARADO, con C.C: # 0702627134 autor(a) del trabajo de titulación: *“EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR ESPECIAL PARA CONTRAER NUEVAS NUPCIAS COMO POTESTAD NOTARIAL”* Previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO DE NOTARIAL Y REGISTRAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 25 de octubre del 2018

f. _____
Dra. Katty Soraya Gallardo Alvarado
C.C: 0702627134



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN			
TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El nombramiento de curador especial para contraer nuevas nupcias como potestad notarial.		
AUTOR(ES):	Dra. Katty Soraya Gallardo Alvarado		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Ab. María José Blum M. – Dr. Francisco Obando F.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Notarial y Registral		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	25 de octubre del 2018	No. DE PÁGINAS:	38
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Notarial y Derecho Registral		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Función notarial, Potestad Notarial, Curador Especial Segundas Nupcias		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>En el ejercicio de mi actividad como Notaria en el cantón Balsas se me presentaron dos casos iguales, dos personas que quieren contraer matrimonio y que en el Registro Civil les han pedido el nombramiento de un Curador Especial para los hijos que tenían de otros matrimonios, para tal efecto demandan ante el Juez y éste les niega la demanda por cuanto no está previsto el trámite en el Código Orgánico General de Procesos y que se debe hacer en forma voluntaria en una Notaría.</p> <p>Como Notaria no tengo la potestad de nombrar Curador Especial para poder contraer nupcias por lo que nació la idea de investigar al respecto y proponer una reforma a la Ley Notarial para que en un futuro se pueda realizar este nombramiento que no reviste mayor complejidad que la manifestación de voluntad de la persona que designa como Curador y de la persona que acepta dicho cargo o función.</p> <p>En síntesis en eso consiste mi trabajo de titulación en la propuesta de reforma a la Ley Notarial para permitir que los Notarios puedan solemnizar el nombramiento de Curador Especial para contraer nupcias.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0992394916	E-mail: notariaelorobalsasprimera@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: María Auxiliadora Blum Moarry		
	Teléfono: 0991521298		
	E-mail: mariuxiblum@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			