



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La universidad católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

***“LOS TRAMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE
SE REFIERE AL NOMBRAMIENTO DE CURADOR, SEA
FACULTATIVO DE LOS NOTARIOS”***

TESIS DE GRADO PREVIA LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

AUTOR:

AB. JAVIER REMBERTO BOSMEDIANO GRANADA

DIRECTOR:

DRA. AUGUSTA BURNEO GUERRERO

LOJA - 2009

Declaratoria de Autoría

Las ideas y opiniones aportadas en este trabajo investigativo
son de exclusiva responsabilidad y autoría de
quien suscribe la presente:

Licenciado Javier Remberto Bosmediano

.....

Autorización del Director

Dra. Augusta Burneo Guerrero

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Que la presente tesis doctoral de tema: “**LOS TRAMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE SE REFIERE AL NOMBRAMIENTO DE CURADOR, SEA FACULTATIVO DE LOS NOTARIOS**”, cuyo autor es el Licenciado Javier Remberto Bosmediano G. ha cumplido con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja, en tal virtud autorizo su presentación.

Loja, julio del 2009

DRA. AUGUSTA BURNEO GUERRERO

DIRECTORA DE TESIS

Agradecimiento

Desde lo más profundo de mi corazón y con la voz
altiva de ser el portador de una mejor sociedad,
sedienta de legalidad y de buen porvenir:

Agradezco:

A todo el personal que conforman la gran familia de la “*Universidad Técnica Particular de Loja*”, quienes me han dado la oportunidad de convertir mi sueño en realidad, especialmente a todos y cada uno de los profesores quienes me impartieron conocimientos con gran valor humano

Mil Gracias y que el Todopoderoso les bendiga

Cesión de Derechos de Tesis

Yo, JAVIER REMBERTO BOSMEDIANO GRANADA, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del estatuto orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja, que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la universidad, la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad.

EL AUTOR

AB. JAVIER BOSMEDIANO.

C.C. 170977443-2

Dedicatoria

Desde lo más sublime de mis sentimientos,
y con la esperanza de todos los días,
de encontrar un pueblo más fértil de
conocimientos, con ideales de
progreso y lucha incansable
dedico este mi esfuerzo:

A DIOS por permitirme culminar con éxito una
etapa más de mi vida.

A MI ESPOSA E HIJOS por ser el incentivo constante y fieles
compañeros de todos los días.

A MIS PADRES por amarme como soy e inculcarme
valores, superación, fortaleza y con eterno amor

ESQUEMA DE CONTENIDOS

TEMA: “LOS TRAMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE SE REFIERE AL NOMBRAMIENTO DE CURADOR, SEA FACULTATIVO DE LOS NOTARIOS”

Introducción

CAPITULO I

LAS CURADURIAS EN EL CODIGO CIVIL

- 1.1 Reseña Histórica de las curadurías en el Ecuador.
- 1.2 Las Guardas en general en el Ecuador
- 1.3 Tutelas, curadurías, guardas, semejanzas y diferencias
- 1.4 Análisis de las Curadurías en nuestro Código Civil
- 1.5 Análisis comparado con otras doctrinas de Latinoamérica.

CAPITULO II

LAS CURADURIAS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

- 2.1 Análisis del Procedimiento para el nombramiento de curador en el Ecuador.
- 2.2 Jurisprudencia de las Curadurías en el Ecuador.
- 2.3 Tratados internacionales introducidos en nuestra legislación
- 2.4 Las diferentes reformas.

CAPITULO III
SUSTENTO JURÍDICO PARA LA REFORMA
DEL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL

- 3.1 El marco jurídico del Código de Procedimiento Civil en el Ecuador.
- 3.2 Análisis del Art. 738 del Código de Procedimiento Civil.
- 3.3 Análisis del Art. 18 de la Ley Notarial.
- 3.4 Consideraciones de carácter doctrinario.
- 3.5 Análisis personal para la reforma

CAPITULO IV
INVESTIGACIÓN DE CAMPO

- 4.1 Aplicación de encuestas de las personas litigantes
- 4.2 Presentación Estadísticas de resultados
- 4.3 Fundamentos constitucionales, legales para la propuesta de la reforma.
- 4.4 Constatación de hipótesis.

CAPITULO V
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES
Y PROYECTO DE REFORMAS

- 5.1 Conclusiones
- 5.2 Recomendaciones

5.3 Proyecto de reforma para que los trámites de jurisdicción voluntaria que se refiere al nombramiento de curador, sea facultativo de los Notarios.

Bibliografía

Anexos

Índice

Introducción

Este trabajo investigativo dedica buena parte de su exposición a abordar aquello que constituye y concierne a la administración de justicia, en especial a la trayectoria del procedimiento de las guardas en general en nuestro país, con la finalidad de efectuar la reforma para que los tramites de jurisdicción voluntaria que se refiere al nombramiento de Curador, sea facultativo de los Notarios, aspectos y matices, con sentido realista y positivo para poner en evidencia lo valioso, lo bueno y asimismo lo equivocado y lo deficiente de nuestro marco jurídico en el Ecuador con argumentos acertados, suficientemente amplios, democráticos y sobre todo prácticos.

En el capítulo primero analice una breve reseña histórica de las guardas en nuestro país, y como ha ido tomando vigencia a través del tiempo, además señalaremos algunas semejanzas y diferencias sobre las Tutelas, curadurías, guardas, acompañado de un análisis de las curadurías en nuestro Código Civil, y de varias doctrinas de Latinoamérica.

El segundo capítulo abarca una información sintetizada acerca de las curadurías en el Código de Procedimiento Civil, en nuestra legislación, para el nombramiento de curadores, sus matices, lo bueno, y lo no acertado acerca de esta Institución jurídica, incluiremos también la jurisprudencia de las curadurías en el Ecuador, así como también varios tratados internacionales y algunas reformas.

En el tercer capítulo de esta trascendental investigación, me dedico a sustentar jurídicamente la reforma del Art. 18 de la Ley Notarial, en donde observando, y analizando el contenido del artículo 738 del Código de Procedimiento Civil, que

es el actual procedimiento en vigencia y tratando de evidenciar la transparencia, la agilidad, la celeridad que tiene mi propuesta de reforma, se tomará en cuenta algunas consideraciones de carácter doctrinario y un análisis personal sobre dicha reforma.

En el capítulo cuarto, en donde se aplican las técnicas de investigación estudiadas podremos dar las estadísticas reales, palpables de la actual situación del sistema operacional en lo que atañe a nuestro tema de investigación, en nuestro país, en la encuesta que la realice en el medio social, especialmente a los colegas abogados, a las diferentes personas que de una u otra manera están relacionados con el derecho y a las personas que trabajan en los juzgados de esta ciudad de Ibarra pude apreciar en forma generalizada que de todas las personas encuestadas ninguna está de acuerdo con el actual procedimiento para el nombramiento de curadores, ni con la actitud indiferente de los empleados judiciales, es decir, si estaría a nuestro alcance cambiar, lo cambiaríamos todo, indiscutiblemente.

En la parte final se hace referencia generalizada de las conclusiones y recomendaciones y el anhelado Decreto de Reforma para que los tramites de jurisdicción voluntaria que se refiere al nombramiento de Curador, sea facultativo de los Notarios, abordando coherentemente las sugerencias que deberán tomarse para la correcta realización del Proyecto de Reforma mismo que es acertado, y esperado por todos quienes nos vemos beneficiados con el cambio.

Capítulo I
Las Curadurías en el
Código Civil

Capítulo II

**Las Curadurías en el
Código de Procedimiento
Civil**

Capítulo III
Sustento Jurídico para
La Reforma del
Art. 18 de la Ley Notarial

Capitulo IV

Investigación de Campo

Capítulo V

Conclusiones, Recomendaciones y Proyecto de reforma

Bibliografía

1. ABEDRABO LEÓN Antonio, 2000, Guía Practica Del Derecho Notarial.- primera edición, Quito Ecuador.
2. ALESANDRI Arturo y SOMARRIVA Manuel, 1992. Derecho Civil, imprenta universal, Santiago de Chile.
3. CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo. 1993. "Diccionario Jurídico Elemental Editorial Heliasta, undécima edición; Buenos Aires, Argentina.
4. CABANELLAS, Guillermo. 1998. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Editorial Heliasta 26 ava. Edición; Buenos Aires, Argentina.
5. CODIGO CIVIL DEL ECUADOR, 2005, corporación de estudios y publicaciones,
6. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 2005, corporación de estudios y publicaciones.
7. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, corporación de Estudios y publicaciones: Quito 2008.
8. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, Ediciones GAB, Quito 2001- Ecuador.
9. CUEVA CARRIÓN Luis, 2003, APUNTES DEL DERECHO NOTARIAL, primera edición, publicaciones Eliasta.

10. EGUIGUREN CARRIÓN Eduardo, 1982, Curso De Derecho Civil, cuarta edición.
11. GUZMÁN LARA, Aníbal, 1994, "Diccionario explicativo de derecho Civil", tomos I y II Quito - Ecuador.
12. LARREA HOLGUIN Juan, "Derecho Civil del Ecuador", tomo IV, Corporación de estudios y publicaciones.
13. LEY NOTARIAL DEL ECUADOR.- Corporación de estudios y publicaciones
14. PARRAQUEZ Luis, 1981, Manual De Derecho Civil Ecuatoriano, primera edición. Quito Ecuador.
15. PÉREZ GUERRERO Alfredo, 1985, Fundamentos Del Derecho Civil Ecuatoriano, cuarta edición. universidad central, Quito - Ecuador.

INDICE

TEMA: “LOS TRAMITES DE JURISDICCION VOLUNTARIA QUE SE REFIERE AL NOMBRAMIENTO DE CURADOR, SEA FACULTATIVO DE LOS NOTARIOS”

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

LAS CURADURIAS EN EL CODIGO CIVIL

1.6 Reseña Histórica de las curadurías en el Ecuador.....	4
1.7 Las Guardas en general en el Ecuador.....	7
1.8 Tutelas, curadurías, guardas, semejanzas y diferencias.....	15
1.9 Análisis de las Curadurías en nuestro Código Civil.....	21
1.10 Análisis comparado con otros doctrinas de Latinoamérica.....	36

CAPITULO II

LAS CURADURIAS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

2.5 Análisis del Procedimiento para el nombramiento de curador en el Ecuador.....	39
2.6 Jurisprudencia de las Curadurías en el Ecuador.....	41
2.7 Tratados internacionales introducidos en nuestra legislación.....	46
2.8 Las diferentes reformas.....	48

CAPITULO III
SUSTENTO JURÍDICO PARA LA REFORMA
DEL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL

3.6	El marco jurídico del Código de Procedimiento Civil en el Ecuador...	52
3.7	Análisis del Art. 738 del Código de Procedimiento Civil.....	53
3.8	Análisis del Art. 18 de la Ley Notarial.....	55
3.9	Consideraciones de carácter doctrinario.....	60
3.10	Análisis personal para la reforma.....	72

CAPITULO IV
INVESTIGACIÓN DE CAMPO

4.5	Aplicación de encuestas de las personas litigantes.....	75
4.6	Presentación Estadísticas de resultados.....	79
4.7	Fundamentos constitucionales, legales para la propuesta de la reforma.....	96
4.8	Constatación de hipótesis.....	98

CAPITULO V
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES
Y PROYECTO DE REFORMAS

5.4	Conclusiones.....	100
5.5	Recomendaciones.....	102
5.6	Proyecto de reforma para que los trámites de jurisdicción voluntaria que se refiere al nombramiento de curador, sea facultativo de los Notarios.....	103
	Bibliografía.....	106
	Índice.....	108

CAPITULO I

LAS CURADURIAS EN EL CODIGO CIVIL

1.1 RESEÑA HISTORICA DE LAS CURADURIAS

El doctor Juan Larrea Holguín en su obra titulada Derecho Civil del Ecuador hace una breve reseña histórica sobre las curadurías diciendo que: “Las curadurías son Instituciones de derecho civil, que tienen sus raíces y fundamento antiquísimo en el derecho natural, y que vienen en auxilio de las personas que por diferentes circunstancias de enfermedad, de vicios, de carencia de libertad, de ausencia, o simplemente no se sienten competentes de administrar sus negocios, de los menos protegida, es decir de los menores de edad, que no tienen ni padre ni madre y que necesitan de otra persona para que les socorran en cuidado y protección.

Teniendo una idea básica de lo que las curadurías, nos remitiremos a realizar un breve reseña histórica de las curadurías.

Tomando en consideración que nuestra cultura, se basa en raíces de Grecia y Roma, partiremos de la tutela griega, que se ejercía sobre los varones impúberes y sobre las mujeres en general, estaba inspirada en defender la fortuna y patrimonio de la familia.

Pero con el tiempo que va transcurriendo se enriquece de mayor contenido humano y se convierte en una institución verdaderamente protectora de los incapaces y especialmente de las mujeres, ya que en Roma, la curaduría más característica era precisamente esa, la mujer estaba sometida en los primeros tiempos constantemente a una potestad o a una curaduría, la que no estaba

dentro de una patria potestad o bajo la potestad marital, necesariamente debía recibir un curador.

Esta situación fue cambiando paulatinamente, Augusto eliminó la guarda legítima ejercida sobre las mujeres, y en la época de Claudio, esta institución jurídica estaba ya en desuso, se había convertido en 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 ínfima importancia, así mismo se fue cambiando, que el curador ya no era su mismo marido.

La curaduría del menor adulto también se inicio en Roma, a mediados del siglo VI, esta ley fijo como la mayoría de edad en veinticinco años, y protegía a quines no cubrían esta edad, permitiéndoles alegar la nulidad de los actos en que hubieren intervenido, e inclusive en los negocios que hubieren realizado.

Desde esas épocas ya se hacía una diferenciación entre los término de tutelas y curadurías, pues se las conservó en el antiguo derecho español, las tutelas estaban destinadas a los impúberes y a las mujeres, y la curaduría se referían a los dementes y pródigos y más tarde a los menores adultos.

Más tarde en el proyecto del Código de Napoleón, se instaura este Artículo “la tutela y las curadurías generales se extienden, no solo a los bienes, sino a las personas sometidas a ellas”.¹

A medida que avanza el tiempo, el sentido va cambiando, la esencia de la tutela consistía en la cooperación y auxilio que el tutor prestaba estando presente para la celebración de los actos jurídicos, en cambio la esencia de la

¹ LARREA HOLGUIN, Juan, Derecho Civil Del Ecuador, 4ta. Edición, Pág. 9

curaduría consistía en la facultad de administrar los bienes del menor, celebrando actos jurídicos en su nombre y sin su intervención. Mas tarde se va complementando las facultades de estas dos instituciones, la tutela tiende a completar la personalidad del pupilo, mientras que la curaduría se refiere básicamente a los bienes.

Existían desde aquellos tiempos diferentes versiones acerca de estas dos instituciones, toda vez que en el mundo contemporáneo se iban dando nuevas circunstancias de acuerdo a las diferentes tendencias, así como por ejemplo, unas legislaciones ya se daba los poderes, en otras se daba capacidades especiales a los menores de edad.

En cambio en varios países que siguen la orientación germana en el derecho privado, las guardas se suelen considerar como instituciones públicas, en las que influyen decisivamente organismos especializados, no siempre judiciales, sino más bien administrativos, la tendencia norteamericana adoptaron en su mayor parte el sistema de jurisdicciones especiales de tutela, ya que hay el Consejo y la Autoridad especializada de la tutela.

En lo que respecta a la diferenciación de estas dos instituciones que son objeto de nuestro estudio, varían, e inclusive en algunos países han desaparecido, como sucede en España desde la promulgación del Código Civil, que ha generalizado estas dos, en una sola.

La legislación francesa solo admite con carácter general la tutela, y en casos muy excepcionales la curatela, reducida a una nueva asistencia, para suplir y completar la capacidad imperfecta de los menores emancipados.

De igual forma el Código portugués solamente admite la curaduría, como excepción para casos raros. En cambio el Código Suizo admite las curadurías

en tres casos, cuando un mayor de edad no puede atender sus negocios, si hay oposición de intereses, cuando el representante legal se halla temporalmente impedido de actuar. El derecho soviético está más próximo a la antigua tradición, la tutela y la curaduría, en el sentido de la edad del pupilo, hasta los catorce años.

Refiriéndonos a las legislaciones latinoamericanas generalmente admitían las tutelas y las curadurías, las primeras para los impúberes y las segundas para los menores adultos.

Se puede señalar como una línea general de evolución en esta materia, la tendencia a la unificación entre ambas instituciones, durante el siglo pasado y a principios del presente se va enfocando con una nueva ideología, basada pues en nuevos conceptos que van generalizando estas instituciones.

1.2 LAS GUARDAS EN GENERAL EN EL ECUADOR

Veremos anticipadamente algunos conceptos de guardas de diferentes tratadistas.

Dice Claro Solar: “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 en 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 concierne”.²

² CLARO SOLAR, Luis, Pág. 176

El Código Español dice: “La tutela o guarda es aquella institución jurídica que tiene por objeto el cuidado de las personas o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a si mismos”.³

Según el maestro Guillermo Cabanellas, en su Diccionario enciclopédico de derecho usual dice: “En tanto que concepto de amparo para personas, derecho o bienes, la guarda configura una potestad y un deber. Lo primero por cuanto cabe recalcar su ejercicio personal y directo, por aquel a quienes corresponda y rechazar las intromisiones que traten de desconocer esa facultad, de mermarla, de compartirla o asumirla por una espontánea actitud ajena. La segunda, cual obligación porque se trata en todo caso de velar por quienes no pueden hacerlo adecuadamente por si, ante su escasa edad, limitada capacidad mental, postrados, o ausentes; y hasta por la ignorancia de requerir tal amparo”.⁴

Otro concepto valioso, del señor Manuel Somarriva Undarraga con respecto a las tutelas y curadurías dice: “Sabemos que, dentro de la vida jurídica, existen personas incapaces, y que es preocupación constante del legislador velar por los intereses de estas personas. La manera más eficaz de esta protección es dando a cada una de ellas un representante legal a fin de subsanar la incapacidad. Así tenemos que el marido es representante de la mujer, el padre o la madre del hijo de familia, el adoptante del adoptado menor. Existen otros incapaces que carecen de representación legal emanada de la patria potestad o de la potestad marital, Pues bien el legislador no ha podido menos que proveerlos de un representante legal, representante que lo es el tutor o el curador. Podemos entonces concluir diciendo que las tutelas y curadurías

³ LARREA HOLGUIN, Juan, Derecho Civil Del Ecuador, 4ta. Edición, Pág. 11

⁴ CABANELLAS Guillermo, Diccionario De Derecho Usual, Pág. 298

están destinadas a proteger los intereses de los incapaces que no se encuentran bajo patria potestad o marital.⁵

En nuestra legislación ecuatoriana en el Art. 367 del Código Civil dice: Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por si mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre que pueden darles la protección debida.

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores”.⁶

Haciendo un análisis de estos conceptos podrán concluir diciendo que todo incapaz, necesita de un representante ante todo, entre estos incapaces están inmersos los menores de edad, que no están representados por sus padres, los interdictos, es decir los dementes, los locos, los toxicómanos, los disipadores y todo aquel que necesita estar representado dentro de un juicio.

Características de las Guardas

Como hemos visto en párrafos precedentes, que el término de Guardas, encierra los dos conceptos de tutelas y curadurías, veremos ahora las características más notables de esta institución jurídica:

a) *Las Guardas tienen un carácter social.*

⁵ SOMARRIVA UNDARRAGA Manuel, Derecho De Familia, ediar editores, Pág. 641.

⁶ CODIGO CIVIL, 2004, Corporación de estudios y publicaciones, Quito Ecuador, Art. 367

Toda vez que las guardas interesan a todo un conglomerado social, más no como erróneamente se pensaba, que el único interesado es el pupilo. Dicho interés prevalece en que las facultades del guardador no abuse de su pupilo, siendo su primordial principio, el de velar por los intereses superiores del pupilo que contribuyan al bienestar general, en cuanto se refiere a la satisfacción de sus necesidades vitales, así como también de la administración de los bienes, procurando insertar a éste incapaz en un ente útil a la sociedad. En este interés podríamos decir que tiene vital anexo la intervención del estado, y la vigilancia de las Autoridades, contenida dentro

6.- CODIGO CIVIL, 2004, Corporación de estudios y publicaciones, Quito Ecuador, Pág. 93

b) *Las Guardas son obligatorias.*

SE CONSIDERAN OBLIGATORIAS, YA QUE NO SE PUEDE RECHAZAR LIBREMENTE, LA TUTELA ES CONSIDERADA COMO CARGA OBLIGATORIA, ESTO ES SIN CAUSA LEGAL DE EXCUSA, ASÍ COMO TAMBIÉN NO SE PUEDE ABANDONARLO EN CUALQUIER MOMENTO, SINO QUE PARA ESTAS DECISIONES SE DEBERÁ BASAR EN CAUSA SEÑALADAS POR LA LEY.

c) *La naturaleza de las Guardas*

ESTA CARACTERÍSTICA TIENE MÁS BIEN APLICACIÓN EN AQUELLOS PAÍSES EN QUE, ESTÁN BIEN ORGANIZADOS Y EN SU ESTRUCTURA CUENTAN CON ORGANISMOS ESPECIALIZADOS PARA LAS GUARDAS, LOS MISMOS QUE TIENEN UN CONJUNTO DE NORMAS, PRECEPTOS, REGLAMENTOS Y DISPOSICIONES QUE REGULAN A LOS INCAPACES ASÍ COMO EL CONSEJO DE LAS TUTELAS, CUYA RESPONSABILIDAD ESTÁ BAJO LOS FUNCIONARIOS O ADMINISTRATIVOS DE ESTAS INSTITUCIONES, ESTE TIPO DE CARACTERÍSTICA NO ES APLICABLE EN NUESTRO MEDIO.

d) Las Guardas son personales e intransferibles

ESTAS GUARDAS NO PUEDEN SER OBJETO DE CESIÓN, NI DE TRANSACCIÓN ALGUNA, PERO ESTE PRINCIPIO NO OBSTA PARA QUE EL GUARDADOR PUEDE DELEGAR SUS RESPONSABILIDADES Y VIGILANCIA A OTRAS DEPENDENCIAS, POR EJEMPLO, LA EDUCACIÓN DEL PUPILO, EN LA ESCUELA O EL COLEGIO, PUEDE PEDIR COLABORACIÓN EN EL SENTIDO DE GUÍA A SUS MAESTROS, SUPERIORES Y AMIGOS DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA.

e) LAS GUARDAS PRODUCEN EFECTO DE ORDEN GENERAL

EL PUPILO ADQUIERE EL DOMICILIO DE SU GUARDADOR, LO QUE ACARREA JURÍDICAMENTE VARIAS DISPOSICIONES LEGALES, PARA EFECTOS JURÍDICOS. EL GUARDADOR TIENE LA RESPONSABILIDAD DE MIRAR POR ÉL Y ÉSTE A SU VEZ POR LAS RESPONSABILIDADES DE SU PUPILO. EN ESTA CARACTERÍSTICA TAMBIÉN PODRÍAMOS DECIR QUE LAS DISPOSICIONES CONSTANTES EN NUESTRO CÓDIGO NO TIENEN EL CARÁCTER DE RETROACTIVO, ES DECIR, QUE SI POSTERIOR AL DISCERNIMIENTO DEL CURADOR, VIENEN OTRAS NORMAS SUPLETORIAS, ÉSTAS SE LAS DEBERÁ APLICAR PARA EL FUTURO.

f) Las Guardas solo pueden ser ejercidas por personas naturales

Es decir, que éstas instituciones jurídicas no pueden ser ejercidas por personas jurídicas, toda vez que es el mismo Guardador quien deberá ejercer su cargo irrestrictamente de persona a persona, así lo establece nuestro Ley, lo que no ocurre en otras legislaciones, que prevalece el cuidado, administración y conservación de los bienes del pupilo.

g) Las Guardas son instituciones de derecho privado

CON ESTA CARACTERÍSTICA PODREMOS RESALTAR QUE EL INTERÉS ES PÚBLICO, TODA VEZ QUE ATAÑE A LA SOCIEDAD, MÁS NO PUEDEN SER MODIFICADAS NI CAMBIADAS EN FORMA PRIVADA, PUES EN OTROS PAÍSES AL EXISTIR FACULTADES AMPLÍSIMAS QUE SE LES CONCEDE A ESTAS INSTITUCIONES, PUEDEN AMPLIARLA O MODIFICARLA CONFORME LAS NECESIDADES, MÁS EN NUESTRO MEDIO, AL EXISTIR TAN SOLAMENTE UN CAPÍTULO DESTINADO A ESTAS INSTITUCIONES EN EL CÓDIGO TANTO CIVIL COMO PROCESAL, SE RESTRINGE SU CAMPO DE APLICACIÓN, CONVIRTIÉNDOSE DE ESTA MANERA EN PRIVADO.

Unidad y Pluralidad

Así pues el Art. 376 del Código Civil dice: “Podrán colocarse bajo una misma tutela o curaduría dos o más individuos, con tal que haya entre ellos, indivisión de patrimonios. Divididos los patrimonios, se considerarán tantas tutelas o curadurías como patrimonios distintos, aunque ejerzan una misma persona. Una misma tutela o curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos o mas tutores o curadores”.⁷

Nuestra ley, en este sentido tiene flexibilidad, principio éste que no lo poseen otras legislaciones, admite con bastante latitud la posibilidad de que una misma guarda esté desempeñada por varios guardadores, como también se contempla en el caso inverso, que una misma persona desempeñe a la vez varias guardas distintas.

⁷ Ibídem, Art. 376

Esto permite graduar, según las circunstancias el número de personas que deben intervenir en la administración, siendo el caso de pocos bienes, bastaría la intervención de un solo guardador, en caso contrario, de ser la administración de cuantioso bienes se necesitaría la intervención de más personas, inclusive especializadas para el caso.

La división de la guarda se produce en nuestro derecho no solamente por la designación de varios tutores o curadores en testamento, sino que también pueden hacerse por disposición judicial, a petición del mismo guardador, siempre y cuando se cumpla con varios requisitos par el caso.

Otra disposición importantísima que recalca el Código Civil en cuanto se refiere a este tema, es que todo aquel que está sujeto a la patria potestad, no será objeto de adjudicación de un guardador, pero si se puede dar curaduría adjunta al hijo, cuando el padre o la madre estén privados de la administración de los bienes.

Igualmente, en el mismo cuerpo de Ley invocado, se expresa claramente que tampoco se puede dar un curador o guardador a aquel que ya lo tiene.

Diversas clases de Guardas

SEGÚN EL TRATADISTA CHILENO MANUEL SOMARRIVA UNDARRAGA, EN SU OBRA TITULADA DERECHO DE FAMILIA⁸, HACE UNA MENCIÓN A DIVERSAS CLASES DE GUARDAS, EN LAS QUE PODEMOS DESTACAR SUS FUNDAMENTOS PRINCIPALES.

⁸ SOMARRIVA UNDARRAGA Manuel, Derecho De Familia, ediar editores, Pág. 617

a) *Curadurías Generales*

Son aquellas que se extienden tanto a los bienes como a las personas de los individuos sometidos a ellos, y están sujetos a esta especie de curadurías, los menores adultos, los sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito, y los que prodigalidad o demencia han sido entredichos de administrar sus bienes.

Tratándose de los menores adultos se les somete a curaduría general, por el hecho de ser tales, sin necesidad de llenar otro requisito, lo que no sucede en los otros casos, que sólo procede el nombramiento una vez que han sido declarados en interdicción.

b) *Curadurías de bienes*

Como su nombre lo indica son aquellas que se dan a los bienes de ciertos individuos, pero que no comprenden a la persona, según la legislación chilena se da curaduría de bienes al ausente, a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer.

La misión de los curadores de bienes es conservar y preservar los bienes para lo cual fueron nombrados, de allí que las facultades deberían ser más restringidas que las otras curadurías.

c) *Curadurías Adjuntas*

En la legislación chilena, se da este concepto a los que se dan en ciertos casos, que están bajo potestad del padre o madre o marido, o bajo tutela o

curaduría general, para que ejerzan una administración separada, de manera que estos pupilos no carezcan de representación legal.

La misión del curador es ejercer una administración separada pero agregada al representante legal.

La curaduría adjunta también puede tomar lugar en las curadurías de bienes.

Entre las principales curadurías adjuntas tenemos las siguientes:

1. Respecto del hijo de familia:
2. Respecto de la mujer casada,
3. Respecto de la persona sometida a tutela o curaduría general

d) Curadurías especiales

Es aquel que se nombra para un negocio particular, generalmente este curadores no tienen administración de bienes, el caso más frecuente, el del curador ad-litem, que es el que se le da al incapaz para que se lo represente en un trámite judicial.

1.3 TUTELAS, CURADURÍAS, GUARDAS, SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

Anbar en su Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y Procedimiento Civil, define a las tutelas, a las curadurías y a las guardas, de la siguiente manera:

Tutelas.- Es el derecho que la Ley confiere para gobernar a la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil. En su esencia la tutela es una institución de amparo; se procura, dentro de lo que humanamente es posible, que alguien llene el vacío dejado por la falta de los padres, que cuide del menor, velando por su salud y moral, atendiendo su educación, administrando sus bienes; que supla su incapacidad, llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural. La tutela es una institución de derecho de familia, cuya naturaleza peculiar puede delinearse a través de sus caracteres.

Es, ante todo, un cargo personalísimo y, como tal, no puede transferirse entre vivos o de última voluntad; no puede ser objeto de cesión ni sustitución; sin perjuicio de que el tutor está facultado para otorgar poder para la celebración de ciertos actos particulares, de igual modo que puede hacerlo el padre de familia, siempre que esos actos se lleven a cabo bajo sus directivas y dependencias.

Es una carga pública; nadie puede excusarse de desempeñarla sin causa suficiente. Este carácter se explica por la naturaleza misma de la institución.

Los hombres tienen ciertos deberes de solidaridad para con sus semejantes, tanto más si son allegados o parientes; socorrer y ayudar al huérfano, al menor desvalido, es una obligación moral, a cuyo cumplimiento nadie puede negarse sin justa causa. Puesto que el cargo se discierne en interés del menor, el Estado debe vigilar el buen cumplimiento de los deberes que la ley impone al tutor.

Anbar señala algunas clases de tutelas, entre las cuales podemos encontrar las siguientes:

- *Tutela dativa*: cuando el padre no ha designado tutor ni existen parientes idóneos llamados por la ley para el cargo, o cuando las personas que lo ejercían hubieran dimitido o fueran removidas, el juez debe proveer la tutela eligiendo según su prudente arbitrio a quien ha de desempeñarla. Al elegir tutor, la decisión del magistrado debe inspirarse fundamentalmente en el interés del pupilo. Por consiguiente, es prudente contemplar las siguientes circunstancias: la confesión religiosa del pupilo, lo que no significa que la diversidad de cultos sea un obstáculo insalvable, sino simplemente que, teniendo en cuenta las peculiaridades resultar un conflicto de conciencia serio o, de manera más general, un perjuicio para el menor; el parentesco; la circunstancia de haber prestado cuidados al menor; la opinión del menor, si esta próximo a la mayoría de edad; el ofrecimiento de desempeñar gratuitamente el cargo; el deseo de los padres fehacientemente expresado, aunque no lo fuera con las formalidades establecidas para la tutela testamentaria.

- *Tutela legítima*: Se llama tutela legítima la que es discernida en virtud de una preferencia establecida en la ley. Tiene carácter subsidiario, pues el llamamiento legal sólo rige para el caso de que el padre no hubiera designado otro tutor. Se supone que nadie como los padres pueden indicar la persona que mejor ha de cuidar del hijo; pero en su defecto, se presume un mejor desempeño de parte de los abuelos y hermanos, quienes normalmente pondrán más amor y dedicación que un extraño.

- *Tutela testamentaria*: Se llama tutela testamentaria la que se origina en una disposición de última voluntad del padre o de la madre.

Curadurías.- Institución de Derecho Civil, que cumple un papel similar al que cumplen los padres en la patria potestad. La curatela, es un cargo impuesto a ciertas personas, quienes tienen la misión de proteger y representar a aquellos

que no pueden gobernarse por si mismos, o gobernar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman curadores, y generalmente guardadores; y quien se somete a la curatela, toma el nombre de pupilo.

Podemos encontrar varios tipos de Curadurías como son las siguientes:

- *Curaduría dativa.*- Es la determinada por el Juez, en caso de retardo, inexistencia o impedimento de curaduría o tutela.
- *Curaduría legítima.*- Es la que tiene lugar la guarda legítima cuando falta o expira la testamentaria.
- *Curaduría testamentaria.*- es aquella designada mediante testamento.

Guardas.- Son los encargados de conservar o custodiar una cosa. Defensa, conservación, cuidado o custodia. Cumplimiento, observancia o acatamiento de leyes, órdenes y demás preceptos obligatorios. Cuidado y conservación de los bienes e intereses del menor de edad, cuyo cargo generalmente se elige de acuerdo al siguiente orden: padre, madre, abuelos, hermanos mayores, tíos, asistencia social, hogar de reconocida solvencia.⁹

Semejanzas entre Tutelas, Curadurías y Guardas

Dentro de las semejanzas entre tutelas, curadurías y guardas podemos establecer las siguientes:

- Que son cargos impuestos por la ley a determinadas personas.
- Se las otorga a personas que no pueden gobernarse por sí mismas.

⁹ ANBAR, Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, Págs. 262, 611, 757

- Se las concede a personas que son incapaces de administrar sus bienes así como sus negocios.
- Estas personas generalmente no están bajo la patria potestad de sus progenitores.
- Tanto los tutores como curadores utilizan el nombre común que se llaman guardas.
- El papel principal de los guardas es representar extrajudicialmente a sus pupilos.
- Los guardas tienen la obligación de representar judicialmente a sus pupilos.
- Dicha petición puede ser solicitada por los parientes del incapaz o a través de la fiscalía y a falta de estos puede proceder de oficio ante un Juez de lo Civil.
- Para el discernimiento de los guardas el juez que conozca la causa fijará día y hora para la posesión de dicho cargo.
- Quien haga las veces de guarda suscribirá un acta bajo juramento para desempeñar fielmente el cargo a favor de su pupilo.
- Previa la posesión del nombramiento de curador, éste rendirá fianza en la cantidad que fije el Juez para garantizar la administración de los bienes del pupilo.

Diferencias entre Tutelas y Curadurías

En la doctrina chilena hace la diferenciación entre estos dos conceptos, basados a su vez en el resabio del derecho romano y de la antigua legislación española en donde las tutelas se referían principalmente a los bienes de las personas, y de un modo secundario a la persona misma del incapaz, en la curaduría

acontecía todo lo contrario, ellas miraban principalmente a la persona del incapaz y en forma secundaria a los bienes.

Pero en la actualidad debemos hacer un solo concepto, en el que las tutelas y las curadurías estén enfocando un solo sentido, y denominarse las Guardas, toda vez que ambos se rigen por los mismos principios, pero hagamos un breve análisis de estas dos definiciones:

- La tutela no admite clasificación, está dedicada exclusivamente a los impúberes, lo que la curaduría tiene amplias clasificaciones y de acuerdo a los objetivos que están destinados, entre ellos están los curadores generales, los especiales, los adjuntos, de bienes, interinos etc.
- La tutela se aplica al absolutamente incapaz como lo es impúber mientras que a las curadurías están sujetos tanto los absolutamente incapaces, los dementes, los sordomudos, a los que no pueden darse a entender por escrito, como los relativamente incapaces, menores adultos y pródigos en interdicción.
- Las personas sometidas a tutelas deberán actuar en la vía jurídica forzosamente representados por el tutor, por el contrario los sujetos a curadurías que sean relativamente incapaces podrán celebrar los actos y contratos sea representados por su curador o bien mediante su autorización.
- Las facultades del tutor son más amplias que las del curador, ya que los pupilos que son relativamente incapaces, tienen capacidad propia para ejecutar ciertos actos que escapan del control del curador, lo que no sucede este particular con los curadores, sus facultades son restringidas, para ciertos casos.

- El tutor nunca se puede nombrar a propuesta del pupilo, entre tanto que el menor adulto, puede insinuar el nombre de sus curadores.
- En nuestra legislación, en el mismo Código Civil se hace una diferenciación bien marcada en este sentido: Que todos los menores están sujetos a las tutelas, mientras tanto que los interdictos están sujetos a las curadurías.

1.4 ANÁLISIS DE LAS CURADURIAS EN NUESTRO CODIGO CIVIL

Las tutelas y curadurías son cargos impuestos por la Ley a determinadas personas, a favor de aquellas que no pueden gobernarse por sí mismas y administrar competentemente sus negocios o que se hallen bajo la potestad del padre o madre o curador.

Estas curadurías se establecen a favor de los menores emancipados y de mayores de edad interdictos de administrar sus bienes, como es el caso del loco, del disipador, del ebrio.

Están sujetos a las tutelas los menores no sujetos a la patria potestad por no tener padre o madre o estar simplemente incapacitado, tal como lo establece nuestro Código Civil.

Pues el nombre común de tutores y curadores es propiamente el de Guardas, siendo su papel principal el de representar en actos jurídicos a los incapaces.

Las tutelas o curadurías en nuestro país, conforme a nuestra legislación, y de acuerdo con el origen la podemos clasificar de esta manera:

- a) Tutelas o curadurías testamentaria
- b) Tutela o curaduría legítima
- c) Tutela u curaduría dativa.

a) Tutelas o curadurías testamentarias

Es aquella que se constituye por un acto testamentario, y les corresponde la elección a los padres, toda vez que son ellos los que desean que los bienes sean administrados de la mejor manera, después de sus días.

Estos a su vez pueden ser de dos clases: El solemne y el privilegiado.

b) Tutela o curaduría Legítima

Esta clase de guarda legítima es la que se confiere por la Ley a los parientes, o cónyuge del pupilo, y se recurre a ella, en términos generales, cuando no hay guarda testamentaria.

c) Tutela o curaduría Dativa

La guarda dativa es la que confiere el magistrado, procediendo a falta de otra. De manera que se recurrirá a ella cuando no haya guardador testamentario, ni cónyuge o parientes a quienes les corresponda la guarda legítima.

Otra clasificación para su mejor estudio la he realizado de esta manera:

1. Curador del demente

2. Curaduría del disipador
3. Curaduría del ebrio consuetudinario y del toxicómano
4. Curaduría del sordomudo
5. Curaduría del ausente y de la persona que se oculta
6. Curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer
7. Curador de la Herencia Yacente
8. Curador Ad-litem
9. Curador para diligencias judiciales
10. Curaduría e interdicción

A continuación haremos un análisis de cada una de las clases de curadurías, empezaremos por:

CURADOR DEL DEMENTE

El Art. 478 del Código Civil, “El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos”. La curaduría del demente pueden ser testamentaria, legítima o dativa.¹⁰

El trámite a darse a la presente causa es el siguiente:

Recibida la demanda en el juicio verbal sumario y calificada ésta, el juez ordenará se cuente con dos parientes, los más cercanos y de mejor juicio del supuesto demente, con el Fiscal de menores del Cantón y el Juez de la Niñez y de la Adolescencia, de ser el caso, además nombrará dos facultativos, especializados en la materia para que informen sobre la realidad, naturaleza y grado de la demencia o locura.

¹⁰ CODIGO CIVIL, Corporación de estudios y publicaciones, Quito Ecuador. Art. 478

El mismo Juez, dice la Ley acompañado de su Secretario lo examinará por medio de interrogatorios, sobre su vida personal y sobre datos de aspecto general concernientes a tema que se trata, sin perjuicio de escuchar las versiones en privado de los parientes, familiares, amigos y personas que vivan con el supuesto demente, para tener mayor conocimiento de causa.

Posteriormente con la acta suscrita por el señor juez e incorporado al proceso los informes de los facultativos, se dispondrá escuchar a los parientes, al Fiscal de menores y al Juez de la Niñez y de la Adolescencia, si las circunstancias lo ameritan y son tendientes a conseguir el objetivo del juicio, pues el Juez dispondrá la interdicción provisional y se nombrará curador interino.

Consecuentemente se dará aviso públicamente que el señor de quien se trate está privado de administrar los bienes, cuya resolución será inscrita en el registro de la propiedad.

En el supuesto caso de no haber objeción sobre la resolución emitida por el Juez, ésta será declarada definitiva, en el supuesto caso de haber alguna reclamación sobre dicha resolución, se tramitará el incidente, abriéndose el respectivo término probatorio, para que en éste aporten las pruebas pertinentes, los interesados.

En el caso que dichas pruebas sean favorables a la causa, el juez decretará la interdicción definitiva, nombrándose un curador general, obviamente, como en todo trámite, ésta resolución podrá ser apelada solamente en el efecto devolutivo.

- Le corresponde la curaduría del demente, conforme el Art. 484 del Código Civil, a :
 - a) Al cónyuge, si o hubiere separación conyugal. Pero el cónyuge tendrá derecho de aceptar o repudiar esta guarda, y en caso de no aceptarla podrá pedir la liquidación de la sociedad conyugal.
 - b) A los descendientes;
 - c) A los ascendientes; y,
 - d) A los colaterales hasta el cuarto grado o a sus hermanos.
- Un padre no podrá ejercer el cargo sin el consentimiento del otro cónyuge.
- El demente no será privado de su libertad, exceptuándose los casos que estén estrictamente dictaminados por los médicos tratantes, según su diagnóstico.
- Para el caso de que la interdicción se terminará, se seguirá el mismo trámite, conforme a la legislación, lo que se hace en derecho se deshace de igual manera, es decir; El juez hará sus propias observaciones, escuchará a su parientes y personas que vivan con él, juntamente con el Fiscal de menores y con el Juez

de la Niñez y de la Adolescencia, y luego dictará el auto correspondiente de terminada la interdicción, posteriormente será protocolizado, dándose aviso públicamente de este hecho anunciándose que ya puede tomar administración de sus bienes.

- En esta clase de trámites, todo curador que fue nombrado, tendrá la obligación irrestricta de rendir cuentas, cuando el Juez lo disponga, a petición de los interesados, del Fiscal o del Juez de la Niñez, en cuyo auto además se establecerá el salario o la remuneración del curador.

CURADURIA DEL DISIPADOR

Los pródigos o disipadores también tienen incapacidad para administrar los bienes y según nuestra legislación se les concederá un curador legítimo o sea el conferido por la Ley, a falta de éste un curador dativo, de igual manera la misma disposición nos dice que podrá ser testamentaria, es decir cuando padre o madre que ejercen representación del hijo disipador nombran por testamento a la persona que haya de sucederles en la guarda.

El trámite a darse en este proceso es el siguiente:

La demanda será basada en juicio verbal sumario, misma que será solicitada por los parientes más cercanos, o a su vez por el fiscal de menores, ésta será calificada por el Juez que conozca la causa,

corriéndose traslado al supuesto disipador, para que tenga conocimiento y puede defenderse, se contará con el dictamen del fiscal y a dos de los parientes de mayor edad y que tengan mejor juicio.

Con los dictámenes indicados favorables a la interdicción provisional se nombrará un interino, se dará a conocer al público por la prensa que está privado de la administración de sus bienes, dicha resolución se la protocolizará en una de las notarias del mismo Cantón y posteriormente se inscribirá en el Registro de la propiedad.

Para declarar la interdicción definitiva se concederá previamente un término de prueba de diez días, se pedirá nuevamente los dictámenes y se pronunciará sentencia que se inscribirá y se publicará, como cuando se dictó la interdicción provisional.

En esta instancia se concederá la apelación de ser necesario, concediéndole el término probatorio de 8 días, y cuyo fallo causará ejecutoria.

Para la rehabilitación del disipador y finalización de la guarda, se observarán las mismas disposiciones para decretar la interdicción, culminando la resolución en la inscripción en el Registro de la Propiedad.

- Las personas que pueden provocar este juicio son, en primer lugar por el cónyuge del disipador o por sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o por el Ministerio Público. La misma legislación nos dice si el caso se tratara de

un extranjero, la persona competente para solicitarla en el diplomático consular.

- En esta circunstancia, el curador podrá cobrar su remuneración por el cargo desempeñado, previa la presentación de cuentas ante el juez.
- Las personas que les corresponde esta curaduría, conforme a nuestra legislación:
 - a) Al cónyuge
 - b) A los padres y más ascendientes. El cónyuge casado no podrá ejercer este cargo sin el consentimiento del otro cónyuge; y,
 - c) A los colaterales hasta el cuarto grado de consaguinidad.

En este caso, el juez podrá analizar de acuerdo a la sana crítica, el curador más acertado, teniendo lugar la curaduría dativa, esto es dada por el Juez.

CURADURIA DEL EBRIO CONSUECUDINARIO Y DEL TOXICOMANO

El Art. 477 del Código Civil dice “Respecto a los ebrios consuetudinarios y toxicómanos se seguirán las reglas señaladas en el título”.¹¹

El Art. 761 del Código de Procedimiento Civil expone “Los ebrios consuetudinarios seguirán puestos en interdicción civil. El proceso se regirá por las disposiciones relativas a la interdicción de los disipadores en cuanto fueren aplicables”.¹²

Las dos disposiciones que hemos anotados son claras, concisas y coherentes es decir se aplicarán las reglas dadas para el pródigo y se aplicarán al ebrio consuetudinario y al toxicómano en todo lo que fueren aplicables. Con la diferencia, de que el curador atenderá la subsistencia del ebrio reduciéndolo a una casa de temperancia, siempre que fuese posible y necesario.

Respecto de unos y otros se concede acción popular para que sean puestos bajo interdicción y en hogar de recuperación física, psíquica y moral.

CURADURIA DEL SORDOMUDO

Conforme nuestra legislación, al igual que las otras clases de curadurías, ésta será testamentaria, legítima o dativa, igual que en los casos singularizados en los parágrafos precedentes.

El sordomudo siendo una persona incapaz como lo determina el Código Civil, obligatoriamente necesita de un curador que lo represente, en todo acto y

¹¹ *Ibidem*, Art. 477

¹² CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de estudios y publicaciones. Art. 761

especialmente en los jurídicos, toda vez que éste, no se de a entender por escrito, el nombramiento del curador deberá reunir las mismas formalidades sustanciales prescritas para el demente; es decir, se aplicará similarmente.

- Los frutos de los bienes del incapaz se emplearán para aliviar su situación y procurarle una educación conveniente.
- En lo concerniente a la rehabilitación, el juez providenciará el cese de su incapacidad, cuando éste se de a entender por escrito y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes, conforme lo demuestre su apreciación y los informes médicos presentados por los competentes.
- Una vez declarada la incapacidad, es decir éste se ha convertido en capaz conforme a derecho, lógicamente la curaduría terminará, por lo tanto el curador presentará ante el juez informes y rendirá cuentas de su gestión, pidiendo a la vez se le conceda sus remuneraciones a las cuales tiene derecho.

CURADURIA DEL AUSENTE Y DE LA PERSONA QUE SE OCULTA

Se trata propiamente de una curaduría de bienes y la función del curador es administrarlos y protegerlos y por lo mismo el curador no representa ante la Ley del ausente, es decir no es su representante legal.

El deudor que se oculta al acreedor queda comprendido en la institución del ausente a falta de disposiciones especiales.

La ley contempla dos requisitos para que proceda la curaduría del ausente y que son:

- a) Que el ausente esté en el total anonimato, es decir que su ausencia crea malestar y peligro a terceros y que su principal acreedor no sepa de su paradero.
- b) Que no haya constituido procurador, solo en el caso de negocios especiales.

Reglas generales para la aplicación de esta curaduría, puede provocar este juicio las siguientes personas:

- a) El cónyuge y sus parientes consanguíneos, hasta el cuarto grado,
- b) Los acreedores del ausente u oculto a fin de que el curador responda a sus demandas.
- c) El Ministerio público.
- d) El funcionario diplomático o consular, si se trata de extranjero.

Conforme las disposiciones para el demente, de igual manera dichas disposiciones se aplicarán en el siguiente caso:

- a) Al cónyuge
- b) A los descendientes
- c) A los descendientes
- d) A los colaterales, hermanos y primos
- e) En el caso de no haber parientes, se aplicarán las disposiciones de la curaduría dativa.

Una vez posesionado el curador, su primera obligación, es la de averiguar donde se encuentra el ausente, procurando siempre penetrarle de lo acontecido. Pues esta curaduría se terminará, lógicamente cuando el ausente aparezca, o cuando éste conceda procuración judicial, o a su vez este declarado muerto.

La demanda se presentará en juicio verbal sumario, y finalizada la curaduría se deberá rendir cuentas ante el Juez que conozca la causa, y a la vez éste fijará el monto de la remuneración de acuerdo a las reglas reguladas en nuestro Código Civil.

CURADURIA DE LOS DERECHOS EVENTUALES DEL QUE ESTA POR NACER

La finalidad de esta curaduría es la protección que se está planificando para el ser que está por nacer y está en gestación, pues esta curaduría de bienes también persigue los mismos objetivos que las curadurías expresadas anteriormente.

Nuestra legislación establece el procedimiento para su nombramiento, se empezará que la madre u otro interesado la soliciten, obviamente teniendo la presunción de que se encuentra en gestación. Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo y si nace vivo y en tiempo debido, es decir no más de trescientos días, después del fallecimiento o desde la absoluta imposibilidad de unión del hombre con la mujer y no menos de ciento ochenta días desde que principia el día del parto, estarán a cargo del curador que haya sido nombrado al efecto en el testamento del padre o de un curador nombrado por el juez a petición de la madre o a petición de cualquiera de las personas

que hubieren de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el hijo póstumo.

La madre lógicamente tiene la representación del que va a nacer, consecuentemente el curador viene con el carácter de adjunto, es decir adjunto a la administración de la madre, pasando ésta disposición a ser una buena garantía que la Ley concede al menor. Lo que este acuerdo asegura al testador que su hijo tendrá una doble seguridad de administración, de la madre y del curador.

Pues, el curador termina su gestión una vez nacido el menor, y entra administrar los bienes la madre, salvo el caso de que el curador haya sido declarado expresamente como adjunto, hasta que cumpla la mayoría de edad.

En el caso de que el curador llegará a tener la administración de los bienes del menor, la disposición se las tendrá como en las reglas anteriores, es decir, rendirá caución, previamente formulando un inventario de los bienes, para posteriormente rendir cuentas ante el Juez, no sin antes que sea remunerado por su actividad.

Una vez instaurada la demanda que será presentada en vía verbal sumaria, será calificada por el juez que conozca la causa y se dará el trámite establecido para esta clase de procesos.

CURADURIA DE LA HERENCIA YACENTE

La curaduría de la herencia yacente es dativa, y cuya finalidad es la administrar bienes y por lo mismo la función del curador es

cuidar y administrar una herencia que ha sido declarada yacente, por no haber herederos ni albacea o por no haber sido aceptada.

Pero para poder tener claro esta idea, daremos la opinión del Dr. Luis Felipe Borja, que considera que la herencia yacente son personas jurídicas, puros entes ficticios, opina que la herencia yacente pertenece a tal categoría, fundándose en sugestivas razones, el curador yacente no procede por su propio derecho, por ejemplo comparece a juicio, pero a quien representa, por lo tanto es una persona ficticia que contrae derechos y obligaciones”.¹³

Varios tratadistas de renombre como Barros Errazuris y Somarriva, afirman que la herencia yacente es una entidad jurídica, pero nuestra legislación al respecto no se manifiesta en nada.

El Art. 764 del Código de Procedimiento Civil dice “Se nombrará curador de una herencia yacente, así que el juez la declare tal y haya necesidad de asegurar los bienes hereditarios, oído antes al agente fiscal”.¹⁴

Si dentro de los quince días de abrirse una sucesión no se hubiere aceptado la herencia ni se hubiese nombrado albacea con tenencia de bienes y que hubiese aceptado el cargo, el juez a petición del cónyuge sobreviviente o cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada, o de oficio de declarará yacente la herencia, pues se hará publicaciones mediante la prensa, previamente al discernimiento se debe proceder a inventariar todos los bienes para posteriormente rendir caución.

¹³ LARREA HOLGUIN, Juan, Derecho Civil Del Ecuador, 4ta. Edición, Pág. 282

¹⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de estudios y publicaciones. Art. 764

Si el difunto tuviera herederos extranjeros, éstos pueden proponer la curaduría por medio del cónsul acreditado en el Ecuador, así, mismo se puede proponer curaduría por los acreedores del fallecido o de otros interesados.

Cuando transcurra cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia se ha declarado yacente, el juez a petición del curador y con conocimiento de causa podrá ordenar la venta de los bienes, por la vía legal, esto mediante el remate de los inmuebles y al martillo de los muebles, el producto de la venta se pondrá en depósito

Cualquier incidente o reclamación sobre la administración de los bienes del curador, se resolverá en juicio verbal sumario, pues de aparecer albacea alguna, las funciones destinadas del curador, llegará a su fin.

Este tipo de curaduría es poco práctica en nuestro medio, ya que todo difunto tiene sus herederos, y en el supuesto caso de no haberlo, sucederá el fisco o el estado.

CURADOR AD-LITEM

El curador para la litis o juicio es propiamente un curador especial para el objeto antes indicado, y por lo mismo nada tiene que ver con la representación personal total del incapaz ni con la administración de sus bienes.

El curador ad-litem tiene responsabilidad limitada únicamente para el juicio en que actúa, en nuestra legislación se hace referencia a que para la intervención judicial de un menor de edad, se requiere que el menor esté representado por

el padre, a falta de éste, la madre, o a falta de ambos un curador general o especial.

Puede el curador ad litem ser removido de su cargo si se aprecia un total descuido. No se trata la curaduría ad litem de un simple formulismo que generalmente se cree, sino que las funciones de este curador son más complejas, debe proteger y ampara los derechos del menor, pues si no lo hace actúa contra la Ley, puede haber nulidad del acto jurídico.

Daremos un ejemplo para mayor claridad, En una autorización judicial para la venta de un bien raíz del menor, pues el tiempo de prescripción principia a correr desde que cumple la mayoría de edad.

CURADOR PARA DILIGENCIAS JUDICIALES

El Código de Procedimiento Penal, dispone que cuando un menor debe rendir declaración lo hará nombrándole un curador que debe estar presente en la diligencia que será nombrado y posesionado en ella, pues la declaración de un menor de catorce años, solo sirve de indicio, esto es que no constituye prueba.

Con respecto a los menores de dieciocho, pero ya púberes, deben también rendir testimonio con curador, pero si son mayores de catorce años, su testimonio debe ser analizado y valorado por el juez que conoce la causa y estuvo presente en la declaración, como en los demás casos.

En el campo civil no hay disposiciones expresas en cuanto a las declaraciones de los menores, tan solamente se limita el Art. 138 del Código de

Procedimiento Civil dice “No podrá exigirse confesión al impúber. La confesión rendida por el menor adulto será apreciada libremente por el juez”.¹⁵

Por falta de edad, no puede ser idóneos los menores de dieciocho años, ya que este mismo cuerpo de ley invocado dice que para ser testigo idóneo se requiere edad, conocimiento e imparcialidad, pro desde los catorce podrán declarar para establecer algún suceso.

Pero a manera de antecedente la ley nos manifiesta que el varón menor de catorce años y la mujer menor de doce, son absolutamente incapaces y que sus actos no surten efecto ni obligación siquiera natural.

En este mismo tema nada se dice sobre el nombramiento de curador para diligencias de confesión o de testimonio.

1.5 ANÁLISIS COMPARADO CON OTRAS DOCTRINAS DE LATINOAMÉRICA

Los Códigos latinoamericanos generalmente admiten la tutela y curaduría, reservando la primera para los impúberes y la segunda para los menores adultos y los interdictos, aunque sean mayores de edad, pero existen pequeñas variantes, como por ejemplo, en la legislación argentina, con notable acierto reserva la tutela para los menores de edad, es evidente que la diferencia de naturaleza entre ambas guardas es más acentuada que la que establece nuestro Código Civil.

¹⁵ Ibídem, Art. 138

Perú

Es necesario señalar que la transformación de estas instituciones en el mundo moderno, sigue en líneas tanto diversas según el país, en este caso de Perú las guardas son de tipo predominantemente familiar, se apoyan y fían principalmente de los lazos familiares, y por lo mismo, regulan con extremo cuidado y minuciosidad las facultades de los guardadores, cuyas funciones están limitadas por otros organismos familiares, como el Consejo de la Tutela o el protutor, quienes ejercen privadamente la vigilancia necesaria, las intervenciones públicas son más bien excepcionales, para los actos de mayor trascendencia, y tales casos, suelen producirse por medio de la judicatura, lo cual resta frecuentemente eficacia al control, dada la poca preparación específica de los referidos magistrados y sus múltiples preocupaciones de toda índole.

El Código Peruano, contiene en el Art. 540 entre las causas de terminación del cargo de guardador” la no ratificación”, porque el que termina su periodo puede ser confirmado, o el interino puede pasar a ser definitivo, además considera esta misma legislación considera que como causa de terminación la declaración de quiebra; el fallido, según nuestro Código es incapaz para toda guarda, y si sobreviene la quiebra durante el desempeño de una tutela o curaduría, debe ser removido por esa incapacidad, pero no se termina automáticamente.

Brasil

Cosa muy parecida a la legislación peruana, es la de Brasil, en los Art. 406, 446 del Código Civil, la tutela es para los menores, y la

curaduría esta considerada para los incapaces y los interdictos, por lo tanto la diferencia no es abismal, sino por el contrario, tenemos la misma directriz.

Chile

Especialmente, América Latina se basa en los tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, en el que se rigen por el discernimiento de la tutela o curaduría, por el lugar del domicilio de los incapaces, mismo que será reconocido en los demás estados de América.

CAPITULO II

LAS CURADURIAS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

2.1 ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO PARA EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

EL PROCEDIMIENTO PARA NOMBRAR CURADORES EN LOS DIFERENTES JUICIOS RELATIVOS A LAS TUTELAS Y CURADURÍAS EN FORMA GENERAL EN NUESTRO PAÍS, SE HA TORNADO EN UNA VERDADERA ODISEA, YA QUE PARA CADA CASO ESPECÍFICO DE CURADURÍA TIENE SUS REQUISITOS Y SU TRÁMITE PERTINENTE.

ME REFIERO PUNTUALMENTE AL NOMBRAMIENTO DE CURADOR ESPECIAL, EN DONDE EN NUESTRA LEGISLACIÓN POR TENER UN MARCO LEGAL DESMEDIDO, EN DONDE PREVALECE UN CARGAMENTO DE LEYES OBSOLETAS QUE POCO APORTAN EN LA PRACTICA PARA LA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y QUE SIGUE POSEYENDO LAGUNAS Y VACÍOS EN LAS CUALES EL LECTOR TIENE LA POSIBILIDAD DE ENTENDER A SU LIBRE CONVENIENCIA Y HACER EXTENSIVA SU INTERPRETACIÓN.

El procedimiento que se sigue para el nombramiento de un curador especial, esta estipulado en el Código de Procedimiento Civil, es decir el mismo trámite que se daría al nombramiento de cualquier curaduría, tornándose el proceso engorroso que llevaría mucho tiempo en ventilarlo en el Juzgado, ya que

procede al igual que todas las demandas ingresadas en el Juzgado, y es como sigue:

- Se presenta directamente a la oficina de sorteos, la petición o solicitud al Juez de lo Civil del lugar donde se resida, adjuntando a este trámite la ineficaz tasa judicial, juntamente con los demás requisitos que, según el caso de la curaduría sea considerado como habilitante.
- Posteriormente, dicha petición se sortea como cualquier demanda y pasa a conocimiento del Juzgado que conocerá la causa.
- El Juez que tiene conocimiento de la misma, procederá a revisarla si cumple con los requisitos de Ley será calificada de clara y precisa, caso contrario, mandará a completarla dentro del plazo de tres días, conforme el Art. 67 del Código de procedimiento Civil.
- Luego de ser calificada como apta para el trámite, el Juez procederá a emitir una providencia en la que ordene una Audiencia con el menor y sus parientes cercanos.
- En el caso, de que el menor no cuente con parientes cercanos, el Juez ordenará que se cuente con el visto favorable a un Agente Fiscal o al Procurador de Menores de ser el caso.
- Una vez que se cuente con las vistas favorables de las autoridades indicadas, el Juez que conoce la causa, señalará día y hora para que el curador o guardador proceda al discernimiento del cargo, ante el Secretario.

- Antes de posesionarse del cargo de curador, el Secretario del Juzgado, deberá tomar el juramento de Ley, es decir que se obliga a cumplir con todas las responsabilidades que abarca este cargo.
- Uno de los requisitos indispensables es la de prestar fianza, antes de discernir el cargo.
- Posteriormente el Secretario del Juzgado, realizará el Acta del discernimiento firmado por el Juez y secretario que certifica dicho acto.
- Y finalmente dicha resolución se protocolizará en una de las Notarias del cantón que se resida, para que de esta manera se de perfecta validez de esta clase de documentos.

El trámite expuesto en el párrafo precedente aparenta sencillez y rapidez en la tramitación por parte de los funcionarios judiciales, más en la práctica es todo lo contrario, ya que, desde que se ingresa a la sala de sorteos hasta que el juez emita su resolución transcurre aproximadamente tres o cuatro meses, es decir se requiere la disponibilidad de tiempo por parte del interesado y del Abogado que patrocine la causa, a más del tiempo que transcurre en la protocolización del documento en las Notarias.

2.2 JURISPRUDENCIA DE LAS CURADURÍAS EN EL ECUADOR

Interdicción del demente

De conformidad con el Art. 486 del Código Civil “Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y, por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente”.¹⁶

De autos no aparece prueba alguna de que se hubiese procedido a poner bajo interdicción a Veintimilla, ni que se haya cumplido con lo que dispone el Art. 468 en concordancia con el Art. 483 del mismo Código.

De donde se sigue que para obtener la declaración de la nulidad del contrato debió probarse que quien lo celebró, es decir, en el presente caso. Veintimilla, estuvo entonces demente, esto es al momento de la celebración del contrato. Ahora bien, el Tribunal Ad-quem, en el considerando séptimo de la sentencia recurrida, llega a la conclusión de que el certificado médico que obra en el cuaderno de primera instancia es suficiente para considerar que Veintimilla, a la fecha de la celebración de las escrituras públicas se encontraba en estado de demencia.

El criterio de la segunda sala de la Corte Superior de Justicia de Loja, peca de errónea interpretación de preceptos aplicables a la valoración de la prueba, lo que ha conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia. Por las consideraciones expuestas que anteceden, la primera Sala de lo Civil y Mercantil, Administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley, casa la sentencia dictada por la Segunda Sala, de la Corte Superior de Justicia de Loja y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 14 de la Ley de Casación, se dicta sentencia declarando sin lugar la demanda propuesta por Sarmiento, por falta de fundamentos, como se lo determina en el considerando tercero de este fallo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia

Curadora de demente

¹⁶ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Art. 486

En otro orden, el Art. 484 del Código Civil, establece las personas que pueden ser llamadas a la curaduría legal del demente, y la mentada disposición legal del demente, y la mentada disposición legal otorga al Juez la facultad de designar como Curadora a la persona que más idónea le pareciere; y, en el caso se ha designado a una sobrina de la interdicta, la que, además, es quien mantenía a su cuidado desde hace mucho tiempo a la Srta. Morales López, así también porque el señor Agente Fiscal que interviene en la causa como representante del Ministerio Público, en su dictamen opina a favor de dicha designación. Por estas consideraciones, se conforma el auto venido en grado.

Corte Suprema de Justicia. Cuarta Sala. Auto de 20 de octubre de 1998.

Si bien es verdad que de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 742 del Código de Procedimiento Civil el menor adulto debe elegir a la persona que le represente en la causa y este requisito no se ha cumplido, de autos consta que los menores han estado representados en el juicio por el Dr. Beltrán Cañisares, persona de reconocida idoneidad y un profesional de prestigio. Además en la práctica la designación de curador ad-litem es una mera y intrascendente formalidad, ya que no cumple ninguna función, siendo su única actuación la de aceptar y posesionarse de su cargo.

Uno de los principios básicos de la administración de justicia es aquel consignado en el Art. 169 de nuestra actual Constitución de la República y que dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia... No se sacrificará ésta por la sola omisión de solemnidades”. El que los menores adultos, en el presente caso, no hubieren designado al curador, y los haya presentado la persona que el Juez designó, a no dudar es una mera

formalidad que no influye ni puede influir en la decisión de la causa, a quien expresamente se le llama la atención.¹⁷

CURADURIA ADJUNTA

GJ XII, 2, p.237

“Como las partidas de nacimiento señalan que la madre de los legatarios Enrique y Fabián Guerrero, es Julio Guerrero, la actora no tiene la representación legal que invoca y, como en el testamento se designa a Hortensia Gallegos tutora de los menores, técnicamente se trata de una curaduría adjunta que debe ejercitarse con independencia de los respectivos padres, cónyuges o guardadores y con las mismas facultades que los tutores. Por tanto, la representación judicial de los pupilos compete no a la madre sino al curador adjunto, en todo aquello que tiene que ver con los bienes que se ponen en sus manos”.¹⁸

CURADURIA DEL SORDOMUDO

GJ XII, 6, p. 1132-1133

“Como el presente juicio es de interdicción de sordomudo mayores de edad, debe aplicarse lo dispuesto en los Arts. 508 y 509 del CC y, por consiguiente, la madre no podía dar curador por testamento, de acuerdo al Art. 401, desde que no había mayores interdictos” ni se trata de menores. La comparecencia a juicio de Ocampo, es de persona extraña que solamente tiene la mera expectativa de poder llegar a ser designado curador de los interdictos, en el supuesto de no haber personas llamadas a la guarda legítima; por tanto, no se trata de curador testamentario, porque no estaban los señores Borja y Borja en el caso contemplado en el Art. 508 sino el señalado en el Art. 497 del CC y, porque la madre, al no haber provocado juicio de interdicción, mal podría haber señalado curador testamentario para sus hijos mayores que habían sido declarados interdictos. El Art. 508 tiene que aplicarse en armonía con lo previsto en los Arts. 497, 502 y 503 del CC, de manera que no habiendo las personas indicadas en ellos, tiene lugar la curaduría dativa, siendo facultad del

¹⁷ SÁNCHEZ Manuel, Todos Los Juicios, ediciones especiales, Quito- Ecuador. 2003, Pág. 199

¹⁸ Ibídem, Pág. 182

juez nombrar uno o más. La validez del testamento y de cada una de sus disposiciones, no es de competencia del juez que conoce solamente la interdicción, ni corresponde en este proceso resolver los planteamientos hechos por Ocampo y es un error considerar que se tratan de fallas acerca de una prioridad de la guarda, como es igualmente equivocado que el juez de esta causa tenga la facultad de discernir el cargo que se dice ha designado la testadora, cuestiones todas extrañas a la litis y que deben ventilarse por cuerda separada. Como el auto de julio 9-99 esta ejecutoriado, no se pueda dejar sin valor el nombramiento de curador interino ni la declaratoria de interdicción provisional, tanto más si todo lo actuado, inventariado, publicación y registros se ha cumplido a base de providencias, por tanto, es evidente que Cristóbal, no ha perdido ni puede perder su calidad de curador interino de los interdictos, cargo que debe continuar desempeñando por todo el tiempo que dure el retardo o el impedimento de la curaduría general. Por lo expuesto no habiendo la alegada “prioridad de la guarda” y estando ejecutoriada la declaratoria de interdicción definitiva, se revocan los nombramientos de curadores y en uso de las facultades que tiene el Juez para la elección del curador, se declara que, Cristóbal es el curador interino de los sordomudos Juan y Susana Borja Borja, debiendo desempeñar este cargo hasta cuando entre en sus funciones el guardador titular y se designe al mismo ciudadano como Curador General”.¹⁹

2.3 TRATADOS INTERNACIONALES, INTRODUCIDOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

La mayor parte de los internacionalistas y de las leyes de los estados, consideran que las guardas están fundamentalmente relacionadas con el estatuto personal, y por lo mismo que deben aplicarse la ley personal a la

¹⁹ SÁNCHEZ Manuel, Todos Los Juicios, ediciones especiales, Quito- Ecuador. 2003, Pág. 213

regulación de casi todos los asuntos que suscitan en el plano internacional, la tutela o curaduría de un incapaz.

Sin embargo la jurisprudencia inglesa y norteamericana, en buena parte, se inclina más bien a la aplicación de la ley territorial, inclinándose más bien por el cuidado de los bienes y dando de esta manera más interés material, que el cuidado, protección de la integridad física y síquica del mismo incapaz.

En el Código Italiano, en relación a este tema de investigación que es de las tutelas, y curadurías, existen además instituciones de protección a los incapaces se regulan por una ley especial, dando exclusiva atención a los pupilos, tanto en el aspecto de los bienes como en el de protección familiar.

La jurisprudencia francesa se basa específicamente en otros parámetros, ya que resalta la importancia de aspectos tales como: el procedimiento del curador, quien lo impone, que atribuciones han de tener los curadores, cuales son sus responsabilidades, cómo puede ser removido un curador, o la manera de excusarse u otros asuntos más particulares que se pueden presentar.

En otros países europeos, esta cuestión es más generalizada ya que si una persona es menor o mayor de edad, se resuelve según la ley personal, del mismo modo, que las cuestiones referentes a los efectos de las tutelas, en cuanto a su establecimiento, organización, duración, atribuciones del tutor, administración que le corresponde y rendición de cuentas, por regla general, podrá obrar el tutor aún en el extranjero, sin necesidad de una autorización del juez del país que está situado los bienes.

El derecho alemán, permite que los estados extranjeros organicen la tutela de los alemanes que tengan su domicilio o residencia en el extranjero,

dispensando en tal caso a las autoridades alemanas de establecer su propia tutela, basándose en la ley nacional.

La convención de La Haya de 1902, somete a la ley del pupilo lo relativo a las guardas, concretamente la interdicción, quien debe estar sujeto a ella, quien puede pedirla, a quien se debe someter al interdicto y los poderes del guardador. También autoriza a los agentes diplomáticos o consulares del país del pupilo para prever su guarda, conforme a las leyes nacionales o de cada país. Las tutelas empiezan y acaban en el tiempo y por las causales que cada ley nacional señala, y de acuerdo a las mismas leyes se regirán el aspecto de los bienes.

En los tratados de Montevideo de 1940, coinciden en el discernimiento de la tutela o curaduría por la ley del lugar del domicilio de los incapaces, y en la regla de que el cargo de guardador discernido en alguno de los estados contratantes será reconocido en los demás países, así como también el precepto de que la hipoteca legal que las leyes concedan a los incapaces tendrá efecto cuando la Ley del estado en el que se ejerce el cargo de tutor o curador concuerde con la de aquel en donde están situados los bienes afectados por ella.

El Código Sánchez Bustamante adopta un sistema ecléctico, combinado a la ley personal del menor, la del lugar y la ley personal del guardador, además se declara la extraterritorialidad de algunos efectos, y se limita la misma por el orden público internacional.

Según el Código de Derecho Internacional Privado, se aplica la ley personal del pupilo, con respecto a al objeto, organización y especies de tutelas o curadurías, a la institución del protutor y de los consejos de familia, a la fianza

que debe dar el guardador, y a las reglas para ejercicio de la guarda y las cuentas que deben rendirse en cuanto a sus pupilos.

Difieren mucho los tratados en cuanto a la ley que deben regir los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la tutela o curaduría, por parte de los guardadores, pero hemos intentado hacer un enfoque general, para nuestra mejor visión sintetizada.

Para terminar, otro de los tratados de importancia que aún tiene actual vigencia es el restatement of law, que en líneas generales, sigue el principio del domicilio del pupilo, es decir, a ley nacional, misma que contiene razonables limitaciones dentro del campo de los bienes materiales.

2.4 LAS DIFERENTES REFORMAS

Considero que en nuestro sistema las reformas de carácter general más urgentes sería relativas a dos puntos específicos: a) Una mayor vigilancia al guardador, b) una mayor simplificación de los trámites para ciertos actos administrativos.

En cuanto al cuidado personal del menor, o pupilo en general, si parece que nuestra ley dispone cuanto es razonable esperar, y sería más bien el control ejercido sobre el guardador el que se hiciera que se cumpliera cabalmente las reglas legales al respecto.

También debe notarse que, como nuestro sistema se distingue las tutelas de las curadurías, únicamente sería preciso distribuir mejor los dos grupos: someter a tutela a los absolutamente incapaces, y a curaduría los relativamente incapaces, dando mayores facultades a los tutores que a los curadores.

Otra de las alternativas para mejorar nuestro sistema operativo dentro del marco legal, es la creación de los Consejos de Familia, instituciones jurídicas que se encargan sobre los menores, e incapaces, opción ésta que la tienen países europeos tales como Francia, Bélgica, Cuba y España, los mismos que garantizan la protección de los menores en general.

Además este Consejo de Familia, teóricamente podría contribuir a robustecer la familia misma, a consolidarla, fomentando el sentido de solidaridad.

Se optaría también por la creación de otras instituciones públicas encargadas de los menores, que tengan un elevado nivel cultural, una notable difusión de los conocimientos jurídicos y un sólido sentido de solidaridad familiar.

Las oficinas técnicas especializadas en menores que fueron creadas en el actual Código de la Niñez y de la Adolescencia, tendrían también ingerencia en nuestras pretensiones, pero lamentablemente como siempre en nuestro medio, las normas y preceptos son letra muerta, hasta la actualidad no se ha conformado el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, organismo éste que también estaba creado en el mismo Código de la Niñez y Adolescencia.

El funcionamiento de nuestras dependencias públicas deja mucho que desear, además los sistemas operativos actuales contribuyen a deshumanizar la institución, a debilitar más todavía la ya maltrecha familia ecuatoriana.

En términos razonables se podría también conferir al juzgado de la Niñez y de la Adolescencia amplias facultades para la vigilancia de todo lo relativo a las guardas, elevando a la vez, el prestigio, dignidad y preparación de estas dependencias.

Otra institución interesante que ha surgido en los últimos años es el Registro de Tutelas, siendo Austria el primero que lo implantó dentro de su legislación, que es una buena opción, para el mejor control y marcha de las guardas y aún de

terceras personas interesadas en contratar con sujetos sometidos a guardas, pueden informarse de la verdadera situación jurídica de la otra parte. Bien podría organizarse un registro de este tipo en el Ecuador, como dependencia anexa al poder judicial, quizá asociada al juzgado de la Niñez y de la Adolescencia, o bien dentro de las oficinas del registro Civil, como también no se podría descartar la posibilidad de ser una dependencia adjunta al registro de la propiedad.

Sin duda alguna las vías que se podrían tomar para mejora nuestro sistema judicial en cuanto a los menores son amplias y variadas, pero si necesitamos de unos indicadores reales, y precisos para su correcta aplicación y eficiencia en el Ecuador.

CAPITULO III

SUSTENTO JURÍDICO PARA LA REFORMA

DEL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL

3.1 EL MARCO JURÍDICO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL ECUADOR.

En cuanto a nuestra legislación interna, cabe señalar en primer lugar que no contiene disposiciones de derecho Internacional privado, expresas para las guardas, por lo tanto, es preciso remitirse a las normas generales contenidas en el título pertinente a las tutelas y curadurías en el Código Civil, y por su mismo carácter de generales, dan amplio campo de aplicación a las reglas más específicas del Código Sánchez Bustamante, que también es ley de nuestro país.

Se debe distinguir el caso de las guardas conferidas en el Ecuador, y las discernidas en el extranjero. Todos los habitantes del Ecuador están sometidos a las leyes ecuatorianas, en lo referente a las incapacidades provenientes de los menores, sordomudos, ebrios, prodigalidad, demencia, toxicomanía o

delitos, se someten a la ley ecuatoriana y dan lugar para que se pueda poner en interdicción en el Ecuador, según nuestras leyes, tanto a ecuatorianos como a extranjeros.

Concede nuestro Código a los agentes consulares y representantes diplomáticos la facultad de provocar la interdicción de los extranjeros en el Ecuador, a si como la disipación o demencia.

En cuanto a los ecuatorianos en el extranjero, están sometidos a las leyes de su patria en todo lo relativo a su capacidad para ejecutar actos, con tal de que deban verificarse en el Ecuador, de modo que podrían ser puestos bajo guarda conforme a nuestra Ley, si tienen bienes en el Ecuador, o parientes, o cónyuge en este país, o si por su trabajo, negocios, etc., los efectos de sus actos se producirían, pues lógicamente en el Ecuador.

Pero si los efectos de sus actos se producen en otros países, es decir, en el extranjero, no basta la nacionalidad ecuatoriana para que deba aplicarse fuera de nuestras fronteras el derecho ecuatoriano, salvo los casos contemplados en tratados internacionales y principalmente en el Código Sánchez Bustamante, que es lo aplicable en nuestra legislación.

3.2 ANÁLISIS DEL ART. 738 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

En nuestro Código de Procedimiento Civil, se refiere al nombramiento de guardadores y del discernimiento de las guardas, específicamente en los Artículos 738.- **Petición de discernimiento.**- Todo guardador debe manifestar al juez competente su nombramiento y pedirle que señale día para el

discernimiento del cargo.” El Art. 739.- **“Del juramento del guardador.-** El juez mandará a concurrir al guardador, y, ante el secretario, le tomará el respectivo juramento, previniéndole sobre la observancia de los deberes que le impone la Ley. El Art. 740.- **“Acta de discernimiento.-** El discernimiento se extenderá en una acta, en el cual, hecha mención del nombramiento del guardador, se expresará que se autoriza para ejercer todas las funciones de su cargo. Firmada el acta por el juez, el guardador y el secretario, se mandará a protocolizarla, así como se de al guardador copia de ella, para que le sirva de poder”²⁰.

Como podemos estimar, que el nombramiento de curador, se lo hace refiriéndose a tres artículos, que aparentemente son sencillos y breves, más en la actualidad y en el libre ejercicio profesional de los Abogados, no sucede así, toda vez que, dicho tramite se constituye en una verdadera odisea, y sobre todo una pasadera de tiempo por parte de los mismos profesionales del derecho, así como de la parte interesada, sin contar con el desdén de actuar de los funcionarios judiciales, dicho proceso, ya lo hemos analizado en el capítulo precedente de esta obra.

De igual manera el Código Civil Ecuatoriano dedica el título XVII, a las tutelas y curadurías en general, en el mismo que se hace referencias demasiado amplias, que dan paso a la interpretación extensiva, de acuerdo a las conveniencias de los interesados, dicho compendio se refiere a las definiciones y reglas en general, hace un verdadero análisis de las diligencias y formalidades y formas de administración que deben preceder al ejercicio de las tutelas y curadurías.

²⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de estudios y publicaciones, Art. 738 a 740

Más adelante hace varias clasificaciones y con sus respectivas reglas, que hacen de este tema un verdadero conflicto dentro de la correcta aplicación de este cargamento de reglas y disposiciones, que en la vida cotidiana no se las aplican por extensas y obsoletas.

En vista de estas circunstancias anotadas brevemente, mi propuesta de reforma a la Ley notarial, en el artículo pertinente, dando paso a la prolijidad, rapidez en la aplicación, y diligencias en los actos administrativos, consecuentemente los interesados directos son los más beneficiados, sin dejar de nombrar a los profesionales del derecho que sirven de mejor manera a sus clientes, los distinguidos funcionarios judiciales también se benefician, ya que les merman trabajo inoficioso, y porque no decir, a los mismos notarios, que les dejaría más ingresos económicos.

3.3 ANÁLISIS DEL ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL

Cuando era presidente interino de la República del Ecuador el señor Clemente Yerovi Indaburu, se expide esta Ley Notarial, el 29 de noviembre de 1967, en la que el Artículo 18 de la Ley Notarial dice “Son atribuciones de los Notarios, además de las constantes en otras leyes:

1. Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieran razón o excusa legítima para no hacerlo;
2. Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogados, salvo prohibición legal;

3. Autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas;
4. Dar fe la supervivencia de las personas naturales.

En el año de 1978, cuando las necesidades judiciales aumentaban y apremiaban se concede más facultades a los notarios, aliviando de esta manera el trabajo a las comisarías nacionales y a otras dependencias públicas que en ese entonces realizaban este tipo de trámites, por lo que en el registro oficial 564 del 12 de abril de 1978, se da paso a una reforma, según decreto No. 2386:

1. Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias, y de otras copias producidas, por procedimientos o sistemas técnicos mecánicos, de documentos que se les hubiere exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el libro de diligencias que llevarán al efecto;
2. Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagares a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno.²¹

En 1986, el Congreso Nacional considerando que la función de los notarios deberá expenderse con la finalidad de mermar el trabajo a otras dependencias, dicta una reforma de ley, según registro oficial No. 476 del 10 de julio de 1986, en la que se les concede más facultades en el siguiente sentido:

²¹ LEY NOTARIAL, Corporación de estudios y publicaciones, 1998 Quito- Ecuador Pág. 6

1. Incorporar al libro de diligencias, actas de remate, de sorteos y de otros actos en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública,
2. Conferir extractos en los casos previstos en la ley; y,
3. Practicar reconocimiento de firmas”

Pero en el año de 1996, según registro oficial 64, del 8 de noviembre, el Congreso Nacional nuevamente concede amplísimas facultades en el ámbito jurídico a los señores notarios, concediendo de esta manera más ingresos económicos a los derechos notariales, con esta ordenanza gubernamental, se logra que las otras dependencias judiciales, me refiero puntualmente a los juzgados, se dediquen expresamente a administrar justicias dentro de los juicios propiamente dichos, y dejar que los trámites de jurisdicción voluntaria que no requieren controversia, los ventile el notario.

Desde mi punto personal de vista, me parece acertada esta decisión de los legisladores, toda vez que en los juzgados, éstos trámites eran engorrosos, que ocasionaban pérdida de tiempo, tanto a los profesionales del derechos que se encargaban de la sustanciación, así como de los litigantes y por que no decir, de los mismos funcionarios de dichas dependencias.

Veremos como el campo operacional de los notarios se desplaza de la siguiente manera:

1. Receptar la declaración juramentada del titular del dominio, con la intervención de dos testigos idóneos, que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento

previsto por la Ley, el patrimonio familiar, constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el notario elaborará el acta que lo declara extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el registro de la Propiedad correspondiente;

En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas.

2. RECEPTAR LA DECLARACIÓN JURAMENTADA DEL TITULAR DEL DOMINIO CON INTERVENCIÓN DE DOS TESTIGOS IDÓNEOS QUE ACREDITEN QUE LA PERSONA QUE VA A DONAR UN BIEN, TENGA BIENES SUFICIENTES ADICIONALES QUE GARANTICEN SU SUBSISTENCIA, LO CUAL CONSTARÁ EN ACTA NOTARIAL LA QUE CONSTITUIRÁ SUFICIENTE DOCUMENTO HABILITANTE PARA REALIZAR TAL DONACIÓN;

3. RECEPTAR LA DECLARACIÓN JURAMENTADA DE QUIENES SE CREYEREN CON DERECHO A LA SUCESIÓN DE UNA PERSONA DIFUNTA, PRESENTANDO LA PARTIDA DE DEFUNCIÓN DEL CUYUS Y LAS DE NACIMIENTO U OTROS DOCUMENTOS PARA QUIENES ACREDITEN SER SUS HEREDEROS, ASÍ COMO LA DE MATRIMONIO O SENTENCIA DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE SI LO HUBIERA. TAL DECLARACIÓN CON LOS REFERIDOS INSTRUMENTOS, SERÁN SUFICIENTES DOCUMENTOS HABILITANTES PARA QUE EL NOTARIO CONCEDA LA POSESIÓN EFECTIVA DE LOS BIENES PRO INDIVISO DEL CAUSANTE A FAVOR DE LOS PETICIONARIOS, SIN PERJUICIOS DE LOS DERECHOS DE TERCEROS. DICHA DECLARACIÓN CONSTARÁ EN ACTA NOTARIAL Y SU COPIA SERÁ INSCRITA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CORRESPONDIENTE.

4. TRAMITAR LA SOLICITUD DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE GANANCIALES DE CONSUNO DE LOS CÓNYUGES, PREVIO RECONOCIMIENTO DE LAS FIRMAS DE LOS SOLICITANTES ANTE EL NOTARIO, ACOMPAÑANDO LA PARTIDA DE MATRIMONIO O SENTENCIA DE RECOGIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO. TRANSCURRIDO DIEZ DÍAS DE TAL RECONOCIMIENTO EL NOTARIO CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, EN EL CUAL LOS CÓNYUGES, PERSONALMENTE, O POR MEDIO DE APODERADOS RATIFICARÁN SU VOLUNTAD DE DECLARAR DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES FORMADA POR EL MATRIMONIO O UNIÓN DE HECHO. EL ACTA RESPECTIVA SE PROTOCOLIZARÁ EN LA NOTARÍA Y LA COPIA SE SUBINSCRIBIRÁ EN EL REGISTRO CIVIL CORRESPONDIENTE, PARTICULAR DEL CUAL SE TOMARÁ NOTA AL MARGEN DEL ACTA PROTOCOLIZADA;
5. AUTORIZAR LA VENTA EN REMATE VOLUNTARIO DE BIENES RAÍCES DE PERSONAS MENORES QUE TENGAN LA LIBRE ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES CUMPLIENDO LAS DISPOSICIONES PERTINENTES DE LA SECCIÓN DÉCIMA OCTAVA DEL TÍTULO SEGUNDO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL;
6. RECEPTAR LAS INFORMACIONES SUMARIAS Y DE NUDO HECHO,
7. SENTAR RAZÓN PROBATORIA DE LA NEGATIVA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS O DE PAGO DE TRIBUTOS POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS O AGENTES DE RECEPCIÓN;
8. PROTOCOLIZAR LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES, INVENTARIOS SOLEMNES, PODERES ESPECIALES, REVOCATORIAS DE PODERES QUE LOS COMERCIANTES OTORGAN A SUS FACTORES Y DEPENDIENTES PARA ADMINISTRAR NEGOCIOS; Y,

9. PRACTICAR MEDIANTE DILIGENCIAS NOTARIALES, REQUERIMIENTOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE CONTRATO COMO PARA LA ENTREGA DE LA COSA DEBIDA Y E LA EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES.

DE REGISTRARSE CONTROVERSIA DE LOS CASOS ANTES INDICADOS, EL NOTARIOS SE ABSTENDRÁ DE SEGUIR TRAMITANDO LA PETICIÓN RESPECTIVA Y ENVIARÁ COPIA AUTENTICADA DE TODO LO ACTUADO A LA OFICINA DE SORTEOS DEL CANTÓN DE SU EJERCICIO, DENTRO DEL TÉRMINO DE TRES DÍAS CONTADOS A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE TUVO CONOCIMIENTO DEL PARTICULAR, POR ESCRITO O DE LA OPOSICIÓN DE LA PERSONA INTERESADA, PARA QUE DESPUÉS DEL CORRESPONDIENTE SORTEO SE RADIQUE LA COMPETENCIA EN UNO DE LOS JUECES DE LO CIVIL DEL DISTRITO.²²

De esta manera hemos podido observar y apreciar a la misma vez que los trámites donde no hay otra parte interesada que los mismos actores, es decir, los de jurisdicción voluntaria, tranquilamente los puede ejercer como autoridad alterna, el notario.

En mi trabajo investigativo, el proyecto de reforma al Art. 18 de la Ley Notarial, se apunta a que esta misma competencia que se les concedió a los notarios, sea ampliada, en el sentido de que tengan la misma facultad de tramitar el nombramiento de curador como he planteado.

3.4 CONSIDERACIONES DE CARÁCTER DOCTRINARIO

²² *Ibíd*em, Pág. 8

Examinaremos a este propósito: a) las principales doctrinas de los autores y su aplicación en algunas legislaciones; b) los más importantes tratados internacionales; c) el estado de nuestra legislación interna.

La mayor parte de los internacionalistas y de las leyes de los Estados, consideran que las guardas están fundamentalmente relacionadas con el estatuto personal, y por lo mismo que debe aplicarse la ley personal a la regulación de casi todos los asuntos que suscitan en el plano internacional la tutela o curaduría de un incapaz.

Sin embargo, la jurisprudencia inglesa y norteamericana, en buena parte, se inclina más bien a la aplicación de la ley territorial. Algunos autores quieren ver en esta dirección de la ciencia anglosajona un interés centrado más en la protección de los bienes que en cuidado de la persona del incapaz.

Estas dos grandes corrientes tienen cada una sus propias consecuencias naturales. Si se acepta el criterio de aplicar el estatuto personal, la guarda fácilmente conservará su unidad; en cambio, al aplicarse la ley de la situación de los bienes, con frecuencia se dividirá o fragmentará la guarda.

En cuanto a la doctrina del estatuto personal aplicable a las guardas tropieza con las mayores dificultades cuando se trata de precisar cuál es ese estatuto personal. Efectivamente, en muchos países principalmente europeos, se considera que es la ley de la nacionalidad la que debe regir las tutelas y curadurías, pero en otros países, sobre todo americanos, se prefiere como ley personal la del domicilio.

Todavía surge otra dificultad: sea que se aplique la ley de la nacionalidad o la del domicilio, se puede tomar en consideración solamente al pupilo, al incapaz sometido a guarda, o también se puede tener en cuenta la nacionalidad o el

domicilio del guardador, sobre todo en lo que se refiere más estrictamente a su propia persona, como por ejemplo, cuando se trata de determinar su capacidad para ejercer el cargo, o las causas de remoción o de excusa.

Dado así el cuadro de las distintas tendencias en esta materia, se comprenderá cómo por una parte resultan de difícil interpretación las reglas de Derecho Internacional Privado contenidas en algunos Códigos y en convenciones internacionales, y por otra parte, también se justifican algunas salvedades o excepciones muy notables que pronto vamos a señalar, y que admiten muchos internacionalistas, a pesar de sostener en principio uno u otro sistema.

El Art. 21 de las disposiciones preliminares del Código Civil Italiano dice que "la tutela y demás instituciones de protección de los incapaces se regulan por la ley nacional del incapaz". Se discute mucho sobre el alcance de esta disposición. Mónaco, por ejemplo, sostiene que es por lo menos dudoso que la capacidad del tutor se rijan por esta norma, al parecer tan absoluta. Otros autores sostienen radicalmente que la obligación de aceptar la guarda y la capacidad del guardador deben regirse por las dos leyes nacionales combinadas. Tampoco resulta admisible someter a la ley nacional del pupilo lo referente a la organización misma de la protección tutelar, ya que entran entonces en juego cuestiones que afectan a las atribuciones de organismos públicos.

Los principales problemas que se plantean en el campo internacional consisten en determinar qué ley debe aplicarse a los siguientes asuntos: quién debe estar sometido a una guarda; qué valor tiene la declaración de interdicción fuera de las fronteras del país en que se declara; quienes pueden pedir la interdicción o el nombramiento de guardador; cómo se ha de determinar la preferencia de los diversos tipos de guardas (testamentarias, legítimas,

dativas); quienes deben ejercer la guarda; qué atribuciones han de tener; cuáles son sus responsabilidades; cómo puede excusarse o ser removido de la guarda. Todavía otros asuntos más particulares se pueden presentar, y se aprecia de inmediato, como resulta difícilísimo someter toda esta complicada maraña de relaciones jurídicas a una sola ley. Hay, en efecto, asuntos que vinculan más con el estatuto real como lo referente a la enajenación de los bienes del pupilo, o a la hipoteca que puede estar obligado a dar el guardador en seguridad de los bienes que administra, etc.

En cuanto a la extraterritorialidad de la interdicción, es admitida con bastante universalidad. Es decir, que una vez declarado un individuo en interdicción, se le ha de considerar como tal en cualquier país. Efectivamente este punto toca más directamente, tal vez, que cualquier otro a la capacidad y por lo mismo al estatuto personal, que es extraterritorial. Sin embargo, aún respecto de esta doctrina que parece inobjetable, se suelen señalar algunas excepciones. En primer lugar no podría aceptarse la interdicción de un nacional pronunciada conforme a una ley extranjera, en otro país, y cuando la ley del propio nacional no admite ese tipo de interdicción, o exige otro género de pruebas para llegar a tal interdicción. Si por ejemplo un sueco es declarado en interdicción por ebriedad consuetudinaria en el Ecuador, conforme a nuestra ley, dicha interdicción no se admitirá en Suecia, si allí no existe la privación de la capacidad civil por el indicado motivo. Otro caso, en el que la interdicción no suele tener afectos extraterritoriales es cuando se produce por condena penal, y esto responde a que en el estado actual del Derecho Internacional Privado no se suele admitir el valor extraterritorial de las sentencias penales, aunque a mi modo de ver, por lo menos este efecto civil de una sentencia penal sí debería tener valor fuera de las fronteras de cada Estado.

Lerebours-Pigeoniere, indica que la jurisprudencia francesa aplica a las guardas las reglas del Art. 3 del Código Civil Francés, según el cual rige la ley

nacional y considera que esta se refiere únicamente a la ley nacional del menor. La ley alemana en cambio, Art. 19 de la introducción al Código Civil, somete estos asuntos a la ley nacional del jefe de familia, y algunos autores franceses, como Bartin, siguen esta doctrina. Pero hay que observar que si no se transmite la nacionalidad del jefe de familia al incapaz, entonces tampoco resulta razonable someterle a la ley nacional del jefe de familia.

Muchos que sostienen la ley nacional tienen que reconocer que razones prácticas harán muchas veces preferible la aplicación de la ley del domicilio: según ella es mucho más fácil organizar la guarda de un extranjero.

Además, las limitaciones, propias del derecho contemporáneo, a las atribuciones de la familia, y la mayor injerencia del Estado en lo relativo a la protección de los incapaces hace que, en muchos países, se aplique la *lex fori* desde el momento en que suscita un trámite judicial; antes, mientras las cosas funcionan normalmente, se trata de atribuciones familiares que se rigen por la ley personal, pero desde el momento en que intervienen las autoridades públicas, prevalece el derecho local. Así, por ejemplo, la patria potestad sigue la ley personal, pero la privación judicial de la patria potestad se rige por la *lex fori* y da lugar a otras clases de protección del incapaz, que igualmente se someten a la ley local.

Todas estas circunstancias obligan a los países que siguen la ley nacional, a hacer ciertas excepciones. Así, en Francia, la interdicción de un extranjero se pronuncia, aunque con carácter provisional, de conformidad con la ley francesa; y recíprocamente, se admite que fuera de Francia se declare interdicto a un francés, conforme a las leyes del lugar donde es preciso declararle interdicto. Esta excepción, se funda en que la interdicción puede resultar una medida urgente, y en que no tiende solamente a proteger al propio

incapaz, sino también a terceros que podrían contratar con él, y a la sociedad en general.

A su vez, la jurisprudencia inglesa, favorable a la ley del lugar y que por lo mismo admite la pluralidad de guardas, admite, sin embargo, por cortesía internacional, la constitución de una tutela en el extranjero, en el domicilio del pupilo, y que ésta tenga efectos en Inglaterra, sobre todo si las gestiones y administración del tutor se limitan a bienes muebles, como atestigua Pilet. De todos modos, aquel representante legal constituido en el extranjero, administraría los bienes situados en Inglaterra, sometiéndose a las disposiciones locales, es decir, de las leyes inglesas.

Planiol y Ripert recogen también la jurisprudencia favorable en Francia a la aplicación de la ley nacional, pero señala estas tres importantes excepciones: 1o. hay que excluir las cuestiones de orden público cuando la ley nacional de un pupilo extranjero impone reglas que puedan considerarse contrarias al orden público francés, o cuando el orden público francés exige una destitución del tutor. 2o. La ley aplicable a la propiedad inmobiliaria es la ley territorial, y ejerce su influencia en la hipoteca legal a favor del menor; esta hipoteca no podría existir sino en un país que admita la tutela y mediante la aplicación de la ley de la situación de los bienes. 3o. la *lex loci actus* puede aplicarse por consecuencia de la imposibilidad en que se encuentra el guardador de realizar en un país extranjero las formalidades exigidas por la ley nacional para un acto determinado.

En varios países americanos se sigue muy de cerca estas orientaciones de la jurisprudencia francesa, aunque en América domina más bien la ley personal del domicilio. Así, observa Ortiz Marín, que las facultades del tutor con referencia al menor, están limitadas por la legislación del país donde se está ejerciendo la tutela sin que se puedan sobrepasar sus límites.

Del mismo modo, la ley personal del menor es aplicable en todo lo referente a la administración de sus bienes, pero no podrían ser vendidos o hipotecados sino observando también las disposiciones legales del lugar en que están situados dichos bienes.

Por otra parte, la aplicación de la ley personal del pupilo, muy difícilmente podría extenderse a las causas de excusa o de remoción del guardador; éstas afectan más al propio guardador que al pupilo, y normalmente se acepta que se rigen por la ley personal del que desempeña la guarda. Si bien es verdad, que a veces, se combinan ambas leyes personales: la del guardador y la del pupilo; y parece que esta sería la mejor solución, aunque un poco complicada, y siempre que se tenga en cuenta prevalentemente los intereses del incapaz que debe ser protegido.

Asser y Rivier resumen en pocas palabras la doctrina más generalizada en Europa sobre estos problemas: "La cuestión relativa a si una persona es menor o mayor de edad se resuelve según su ley personal, del mismo modo que las cuestiones referentes a los efectos de la minoría. Y también esa misma ley es la que rige la tutela en cuanto a su establecimiento, organización, duración, atribuciones del tutor, administración que le corresponde y rendición de cuentas. Por regla general podrá obrar el tutor aún en el extranjero, sin necesidad de una autorización del juez del país en que estén situados los bienes".

Pero como ya he indicado, la ley nacional puede entrañar graves dificultades prácticas, cuando el país en que se ejerza la guarda no sea el del pupilo. Por esto, se ha pensado en algunos paliativos al rigor de la ley nacional: 1o. atribuir facultades de los agentes diplomáticos y consulares, para ejercer provisionalmente la tutela; 2o. autorizar una actuación provisional de las

autoridades locales, reservando la organización definitiva de la guarda a las autoridades del país de origen del pupilo. Pero ésta salvedades a su vez, no dejan de tener inconvenientes: no siempre el país en donde esté el pupilo permitirá esos procedimientos, o les reconocerá validez; y, como observa Caicedo Castilla, aquellos inconvenientes desaparecen con la aplicación de la doctrina del domicilio en lugar de la de la nacionalidad.

Otro punto, en que no se puede admitir, ni generalmente se acepta, la aplicación de la ley nacional, es el relativo a los castigos y corrección del menor o incapaz, sobre todo, cuando deban intervenir las autoridades locales; en tal caso, como señala Nivoyet, no cabe otra cosa que atenerse a las leyes locales, aunque a veces es preciso combinarlas con la ley nacional del menor, en el sentido más favorable a éste.

En los principales países europeos se siguen las normas que quedan formuladas. Así, en Italia, se declara la aplicación en general de la ley nacional, y a ella se somete la capacidad especial del tutor o curador, su derecho de ejercer el oficio y las causas de excusa, las relaciones entre tutor o curador y el menor; pero la capacidad del guardador se rige por su ley nacional y no por la del menor. En Inglaterra y Alemania, consideran la tutela sujeta a la ley territorial, la del lugar en que están situados los bienes; lo que da el resultado de que en aquellos países han tenido que hacer salvedades para confirmar los cargos de tutores extranjeros, a quienes se les exige una fianza para el ejercicio de sus funciones y para tratar de evitar la simultaneidad de tutelas; también suelen reconocer el carácter del tutor extranjero, siempre que a juicio de los magistrados locales, se actúe en beneficio de los menores o incapaces. El derecho alemán permite que los estados extranjeros organicen la tutela de los alemanes que tengan su domicilio o residencia en el extranjero, dispensando en tal caso a las autoridades alemanas de establecer su propia tutela (§ 47 de la Ley alemana de jurisdicción voluntaria). También según el

derecho español, las guardas se someten a la ley nacional, y ésta rige la extensión de los poderes del representante legal del incapaz, así como los actos que puede realizar por sí mismo.

b) La Convención de La Haya de 12 de junio de 1902 somete a la ley del pupilo lo relativo a las guardas; concretamente: la interdicción, quien debe estar sujeto a ella, quien puede pedirla, a quien se debe someter el interdicto y los poderes de su guardador. También autoriza a los agentes diplomáticos o consulares del país del pupilo para proveer su guarda, conforme a la ley nacional, cuando el pupilo vive habitualmente en el extranjero (Art. 2); pero si esto no es posible, se organiza la guarda conforme a la ley del lugar en que se establece (Art. 3); y esta guarda organizada conforme a la ley del lugar no impide que se establezca definitivamente, después, de conformidad con la ley nacional (Art. 4). En todo caso, la tutela empieza y acaba en el tiempo y por las causas que señala la ley nacional del pupilo (Art. 5); y la ley local rige la administración de los inmuebles allí situados (Art. 6).

La nueva convención de La Haya, del año 1905, acepta los siguientes principios: 1o. La curaduría debe organizarse conforme a la ley del incapaz. 2o. Si el incapaz es extranjero, el país donde está domiciliado puede, a instancia de los que están capacitados según su ley nacional para solicitar su interdicción, organizarla, avisándolo a la nación del interesado, para que proceda a la organización definitiva (ésta debe hacerse dentro de seis meses). 3o. Los bienes se someten a la ley nacional salvo que la ley territorial los proteja por leyes especiales, como sería el caso de la prohibición de usufructos sucesivos, etc.

Como se ve, la convención de 1902 se refiere principalmente a los menores de edad, y la de 1905, a los interdictos, y los principios admitidos por ambas son

muy similares, siguiendo fundamentalmente el criterio de la aplicación de la ley nacional. En cambio, la Convención de 1960 prefiere la *lex fori*.

En América tenemos principalmente los tratados de Montevideo, el Código Sánchez de Bustamante y el Restatement of Law on the Conflicts of Law, recopilación privada de altísimo valor en los Estados Unidos.

Los tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 coinciden en cuanto a regir el discernimiento de la tutela o curaduría por la ley del lugar del domicilio de los incapaces, y en la regla de que el cargo de guardador discernido en alguno de los Estados contratantes será reconocido en los demás. También el precepto de que la hipoteca legal que las leyes conceden a los incapaces tendrá efecto cuando la ley del Estado en el que se ejerce el cargo de tutor o curador concuerda con la de aquel en donde están situados los bienes afectados por ella.

Difieren los tratados en cuanto a la ley que debe regir los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la tutela o curaduría. El de 1889 aplica la ley del lugar en que fue discernida. El de 1940 prefiere la ley del lugar del domicilio de los incapaces al momento en que se ejercen tales derechos o cumplen las obligaciones.

En cuanto a las facultades de los tutores o curadores respecto de los bienes que los incapaces tuvieren fuera del lugar de su domicilio, el tratado del 89 disponía que se ejercitaran conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallen situados; el de 1940, dice que se regirán por la ley del domicilio en cuanto no esté prohibido por el carácter real, por las leyes del lugar de la situación de los bienes.

El Código Sánchez de Bustamante adopta un sistema ecléctico, combinando la ley personal del menor, la del lugar y la ley personal del guardador, además se declara la extraterritorialidad de algunos efectos, y se limita la misma por el orden público; finalmente, ciertos elementos se declaran de orden público internacional.

Según el Código de Derecho Internacional Privado se aplica la ley personal del pupilo: al objeto, organización y especies de tutela o curaduría; a la institución de protutor y de consejos de familia; a la fianza que deba dar el guardador (salvo la hipotecaria); a las reglas para ejercicio de la guarda y a las cuentas que deben rendirse.

Se deben combinar (acumulación de estatutos) las leyes personales del pupilo y del guardador, para: las incapacidades y excusas del ejercicio de la guarda y para lo relativo al registro de tutelas.

La ley territorial es aplicable: a las responsabilidades penales que resultaren del ejercicio de una guarda; a los alimentos que se deban dar al pupilo; a los castigos a que pueda someterse al menor, y a la forma de las actas y más procedimientos del consejo de familia.

Se declara de orden público internacional (y por lo mismo, deberá aplicarse normalmente el derecho territorial, aunque también justifica desconocer las medidas tomadas con respecto a los nacionales en el extranjero); la declaración de interdicción del demente o sordomudo. En cambio la interdicción del pródigo, no tendría valor fuera del país, si las leyes del Estado en que se pretende hacer valer no la reconocen. También es de orden público internacional la intervención del Ministerio Público.

El efecto extraterritorial del discernimiento de una guarda, se acepta sólo limitadamente, porque los Estados que tengan por ley personal la del domicilio pueden exigir nuevo discernimiento cuando el pupilo cambia de domicilio de un país a otro.

También el Restatement of Law, en líneas generales, sigue el principio del domicilio, con algunas razonables limitaciones.

c) En cuanto a nuestra legislación interna, cabe señalar en primer lugar que no contiene disposiciones de Derecho Internacional Privado, expresas para las guardas, y por lo tanto, es preciso remitirse a las normas generales contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, y por su mismo carácter de generales, dan amplio campo de aplicación a las reglas más específicas del Código Sánchez de Bustamante, que también es Ley de la República.

Se debe distinguir el caso de las guardas conferidas en el Ecuador, y las discernidas en el extranjero. Todos los habitantes del Ecuador están sometidos a las leyes ecuatorianas, en principio, en virtud del Art. 13 del Código Civil, por lo cual las incapacidades provenientes de minoría de edad, sordomudez, ebriedad, prodigalidad, demencia, toxicomanía, o delitos, se someten a la ley ecuatoriana y dan lugar a que se pueda poner en interdicción en nuestro país, según nuestras leyes, tanto a ecuatorianos como a extranjeros, y aún sin consideración del domicilio. Pero, no parece razonable que se procediera a la interdicción de un simple transeúnte, salvo que se tratara de la necesidad urgente de protegerlo, o de que pusiera en peligro el orden público, cosa que pueda suceder en el caso de locura furiosa. Concede nuestro Código a los agentes consulares y representantes diplomáticos extranjeros la facultad de provocar la interdicción de los extranjeros en nuestro país, en el caso de disipación o de demencia, y pueden también pedir curaduría de bienes (Arts.

465, 481, 495 del Código Civil), pero se entiende que el trámite en todo se somete a la ley ecuatoriana.

En cuanto a los ecuatorianos en el extranjero, en virtud del artículo 14 del Código Civil están sometidos a las leyes de su patria en todo lo relativo a su capacidad para ejecutar actos, con tal de que deban verificarse en el Ecuador; de modo que podrían ser puestos bajo guarda conforme a nuestra ley, si tienen bienes en el Ecuador, o parientes o cónyuge en este país, o si por su trabajo, negocios, etc., los efectos de sus actos se producirán en el Ecuador. Pero si los efectos de sus actos se producen en el extranjero, no basta la nacionalidad ecuatoriana para que deba aplicarse fuera de nuestras fronteras el derecho ecuatoriano, salvo los casos contemplados en tratados internacionales y principalmente el Código Sánchez de Bustamante.

3.5 ANÁLISIS PERSONAL PARA LA REFORMA

Mi trabajo investigativo, propone una reforma para que los tramites de jurisdicción voluntaria que se refiere al nombramiento de Curador, sea facultativo de los Notarios, en el sentido de que el mismo tedioso trámite que se ventila en los juzgados de lo civil, se lo realice de la misma manera, pero en las notarias del país.

Es decir que las peticiones o solicitudes que se las hacía a los Juzgados, ahora sean presentadas ante los notarios públicos, siguiendo el mismo orden que estipula los Artículos 738 y siguientes del Código de procedimiento Civil, o sea:

En la petición se hará constar tanto los fundamentos de hecho como de derecho que justifiquen las pretensiones del peticionario, a la misma vez, se insinuará el nombre del curador y los respectivos testigos que expresen la idoneidad de la persona indicada, y que se efectúe también las correspondientes vistas.

En la primera providencia de aceptación a trámite que el notario emita, haga constar que se cuente con el visto favorable a uno de los Agente Fiscales y ahora con el Procurador de Menores, antes fue con el Presidente del Tribunal de Menores, y se señale día y hora para la declaración de testigos en la misma diligencia se emitirá el acta de discernimiento del cargo, y allí mismo se protocolice, quedando de esta manera finiquitado este trámite.

Como hemos analizado, éste procedimiento se lo realizaría en dos fechas, convirtiéndose en sencillo y nada complicado, obviamente la tasa judicial que ya no se pagaría, pasaría a ser los derechos notariales que por ley le corresponde a los notarios del país.

Consecuentemente el trámite ya expresado, nos evitaría la pasadera de tiempo por parte de los interesados y de los profesionales del derecho y especialmente el malestar con los funcionarios judiciales, y éste gran trámite de nombramiento de curador que se lo realiza en el juzgado, se lo efectuaría reducida y directamente en las notarias.

Derivadamente, se les eliminaría trabajo a los funcionarios judiciales en lo referente a la jurisdicción voluntaria y vía sumaria, quedando de este modo, más tiempo para la administración de justicia en los casos contenciosos.

CAPITULO IV

INVESTIGACIÓN DE CAMPO

4.1 APLICACIÓN DE ENCUESTAS DE LAS PERSONAS LITIGANTES.

La encuesta que he realizado en este trabajo investigativo fue aplicada a las personas que están inmersas en este campo, mismas que debían presentar de la demanda en la oficina de sorteos, quienes demostraron su inconformidad e insatisfacción, por el inoficioso trámite que debe aplicarse a este clase de procesos.

Mis colegas abogados fueron encuestados, demostrando también su insatisfacción, toda vez, que los tramites de esta clase, es decir de jurisdicción voluntaria, que deberían ser sencillos prácticos y sobre todo rápidos, como lo establece nuestra legislación, son todo lo contrario, largos, tediosos que llevan consigo molestias y pasaderas de tiempo, sintiéndonos de esta manera privados a nuestro legítimo derecho que es la justicia.

En el medio en que laboramos en la provincia de Imbabura, específicamente me refiero a la ciudad de Ibarra, trabajan personas que de una u otra manera se encuentran laborando dentro del campo de la administración de justicia, ellos son, las secretarias de las oficinas jurídicas, los licenciados que están realizando las prácticas en las mismas; y personas que tienen conocimientos empíricos, y que están en su derecho a trabajar para llevar el sustento diario al hogar.

En la Función Judicial de mi ciudad, fueron encuestados varios secretarios de los juzgados, los mismos que dieron

el debido respaldo a dicho proyecto, en mérito a sus trabajos y a favor de las personas interesadas.

Muy pocos jueces me colaboraron con la encuesta, ya que no disponían de tiempo, y principalmente por sentirse parcializados en este ámbito de dura crítica, entre los que llenaron el interrogatorio, como es lógico, apoyaron el proyecto de reforma, respondiendo positivamente a favor del mismo, ya que sin duda alguna al cristalizarse este trabajo investigativo, se lograría beneficio directo y especialmente a todos los funcionarios judiciales.

Sistemáticamente se supone, que en el pliego de preguntas no consta el nombre de identificación de la persona encuestada, ya que de cierta manera se sentirían comprometidos por la respuesta, consiguientemente, su aporte a la misma debe caracterizarse por la imparcialidad, la sinceridad y su espontánea solución al conflicto.

Por razones obvias, la encuesta se la aplicó a personas mayores de edad, para que su dictamen fuera razonado y

procedente con verdaderas propuestas de solución y alternativas viables.

A continuación se detalla el formato de la encuesta, para que el lector tenga un enfoque global de la esencia de la misma.



ENCUESTA

Proyecto de reforma para que “Los Trámite De Jurisdicción Voluntaria Que Se Refiere Al Nombramiento De Curador, Sea Facultativo De Los Notarios”.

1- ¿Es usted mayor de edad?

SI () NO ().

2.- Su actividad profesional es:

Empleado judicial () Profesional del Derecho ()
litigante ()

Inmersa dentro del campo Jurídico () otro ().

3.- ¿Está de acuerdo con el trámite que actualmente se aplica para el nombramiento de curador?

SI () NO () ¿Por qué?

.....

4.- ¿Está conforme en seguir con el procedimiento que establece nuestra legislación, para el nombramiento de curador?

SI () NO () ¿Por qué

?.....

5.- ¿Piensa usted que se debería buscar alternativas para sintetizar los tramites para el nombramiento de curador?

SI () NO () ¿Por

qué?.....

6.- ¿Considera Usted, que es factible que el nombramiento de curador se lo haga a través de las notarias del país?

SI () NO () NO SABE ()

7.- ¿Cree usted necesario que se haga una reforma a la ley notarial, en el sentido de dar facultades al notario para el nombramiento de curador?

SI () NO () En partes ()

8.- ¿Considera usted que dicha reforma, simplificaría los tramites en estos casos?

SI () NO () A VECES ()

9.- ¿Piensa usted, que sería positiva la reforma a la ley notarial?

SI () NO () NO SABE ()

10.- ¿Considera usted, que el actual procedimiento para el nombramiento de curador en los juzgados es optimo?

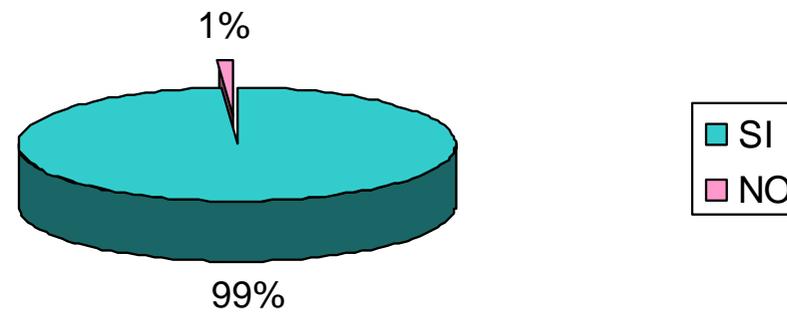
SI () NO () A
VECES ()

4.2 REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICAS DE RESULTADOS

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

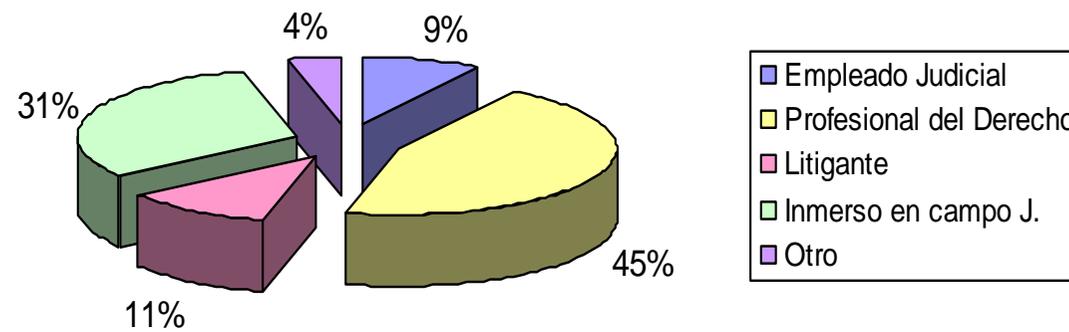
PREGUNTA 1: ¿Es usted mayor de edad?

GRAFICO 1



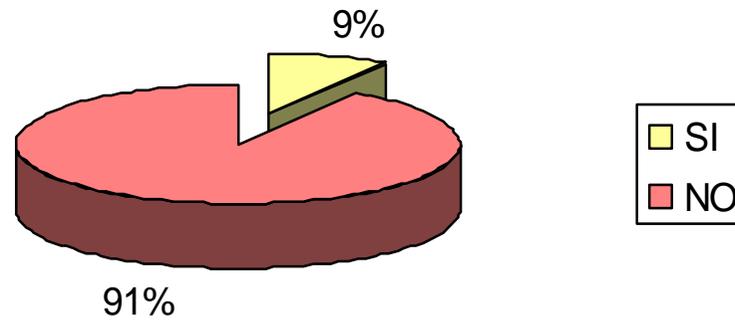
ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**PREGUNTA 2: Su actividad profesional es:****GRAFICO 2****ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO****FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS
**PREGUNTA 3: ¿Está de acuerdo con el trámite que
actualmente se aplica para el nombramiento de
curador?**

GRAFICO 3



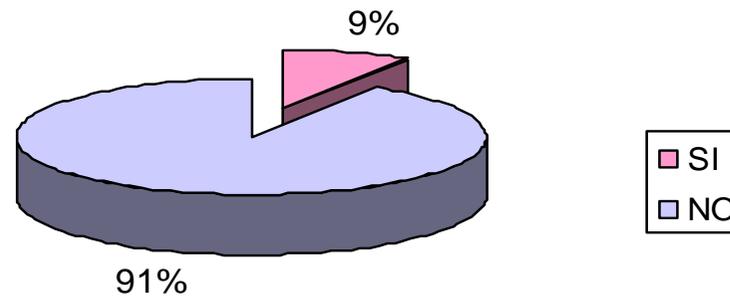
ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

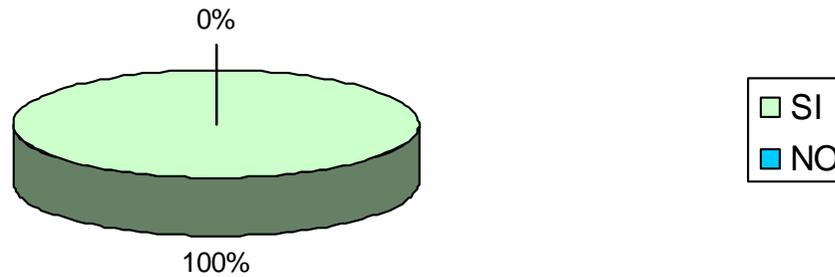
**PREGUNTA 4: ¿Está conforme en seguir con el
procedimiento que establece nuestra legislación,
para el nombramiento de curador?**

GRAFICO 4



ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO
FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES
REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS
PREGUNTA 5: ¿Piensa usted que se debería buscar alternativas para sintetizar los tramites para el nombramiento de curador?

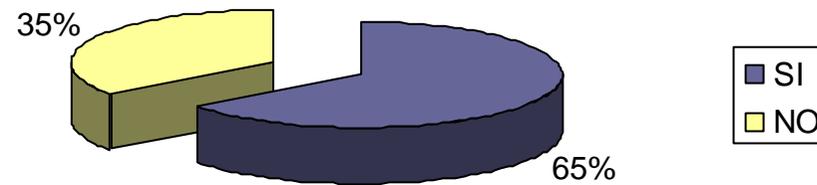
GRAFICO 5



ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO
FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES
REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

PREGUNTA 6: ¿Considera Usted, que es factible que el nombramiento de curador se lo haga a través de las notarias del país?

GRAFICO 6



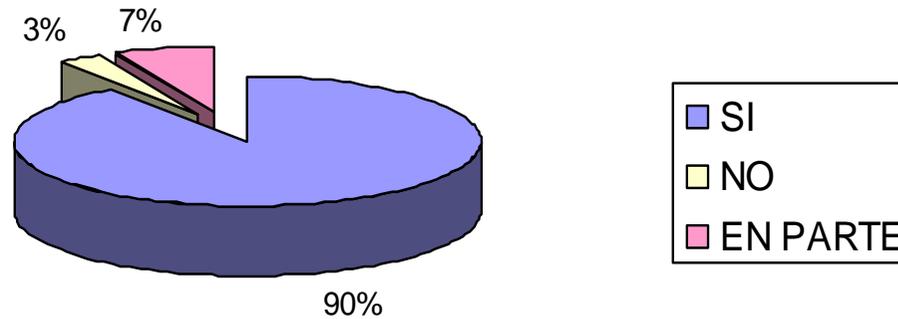
ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

PREGUNTA 7: ¿Cree usted necesario que se haga una reforma a la ley notarial, en el sentido de dar facultades al notario para el nombramiento de curador?

GRAFICO 7



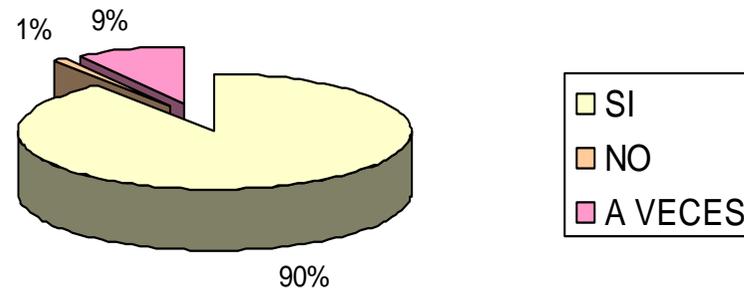
ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

PREGUNTA 8: ¿Considera usted que dicha reforma, simplificaría los trámites en estos casos?

GRAFICO 8



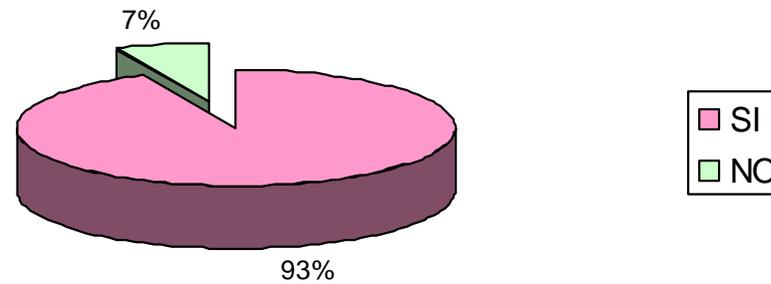
ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

PREGUNTA 9: ¿Piensa usted, que sería positiva la reforma a la ley notarial?

GRAFICO 9



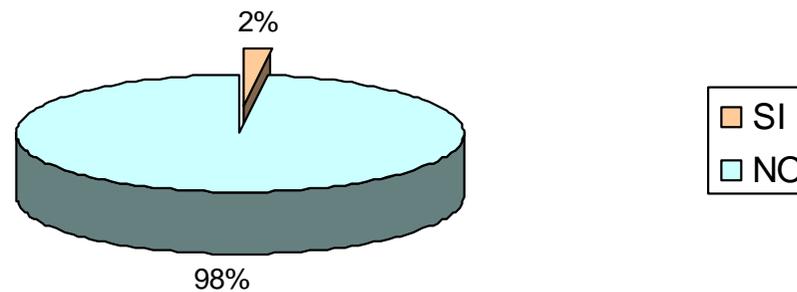
ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

**PREGUNTA 10: ¿Considera usted, que el actual
procedimiento para el nombramiento de curador
en los juzgados es optimo?**

GRAFICO 10



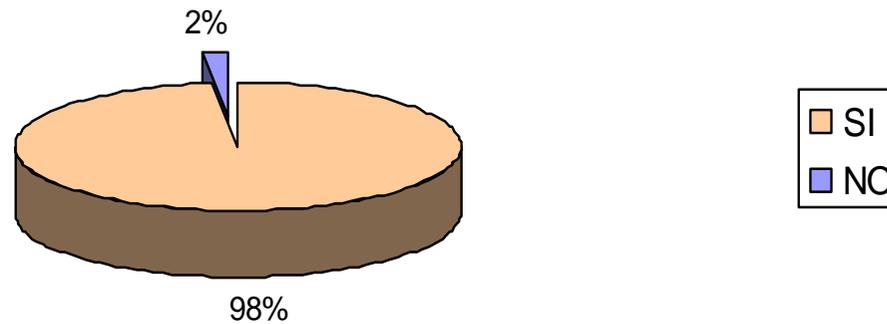
ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

PREGUNTA 11: ¿Piensa que el nombramiento de curador en las notarias sería rápido y diligente?

GRAFICO 11



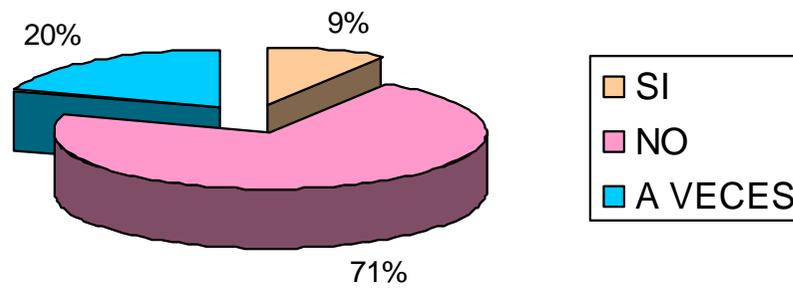
ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

PREGUNTA 12: ¿Considera usted que reformar las leyes, mejoraría el sistema judicial del país?

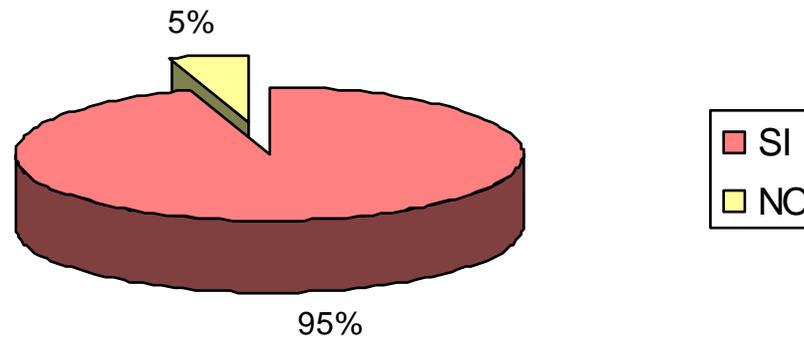
GRAFICO 12



ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO
FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES
REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

PREGUNTA 13: ¿Está conciente de que para cambiar la situación del país, en menester un cambio de actitudes individuales y colectivas?

GRAFICO 13



ELABORACIÓN: LIC. JAVIER BOSMEDIANO

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

4.2.1 ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

GRAFICO 1

Nuestra encuesta comienza preguntando a los encuestados si es mayor de edad o no, ya que podemos partir de la premisa que estamos tratando con personas maduras jurídicamente hablando y que seguramente aportaran en forma positiva a la misma.

Como podemos apreciar en la representación gráfica, únicamente el 1% son personas menores de edad, la mayor parte de encuestados que representa el 99% son mayores de edad, así podemos deducir fácilmente que la mayoría de las personas tienen conocimientos legales.

GRÁFICO 2

En la siguiente pregunta averiguamos la ocupación del personal que fue entrevistado, entre ellos están, constituyendo el 9% los empleados judiciales, en los que están incluidos, los ayudantes judiciales, y los secretarios, tenemos también con un 45% a los profesionales del derecho, entre ellos, los Doctores en jurisprudencia, los Abogados y los licenciados que de una u otra manera aportan en la aplicación de la administración de justicia, igualmente constan algunos litigantes que personifican el 11% de los encuestados, personas que están inmersas en el campo jurídico en un 31% y finalmente está la población mas reducida, en la que se encuentran otras personas totalmente ajenas al tema de investigación pero que igual aportaron con nuestra investigación ellos representan el 4%.

GRAFICO 3 y 4

En las preguntas 3 y 4, la mayor parte de los encuestados que representan el 91%, no están de acuerdo con el trámite que actualmente se aplica para el nombramiento de curador, así como tampoco están conformes en seguir con el procedimiento que establece nuestra legislación, para el nombramiento de curador, el restante 9% dice estar de acuerdo con lo planteado anteriormente.

GRAFICO 5

Los gráficos número cinco nos indica que el 100% los encuestados, piensan que se debería buscar alternativas para sintetizar los tramites para el nombramiento de curador

GRÁFICO 6

La pregunta número 6 nos dice que si consideran, que es factible que el nombramiento de curador se lo haga a través de las notarias del país, a lo que el 65% de los encuestados respondieron que si es factible que un notario pueda y tenga la facultad para nombrar curador. El restante 35% piensa que esta disposición no tendría el apoyo necesario para que se lo pueda efectuar.

GRAFICO 7 y 8

La representación gráfica de las preguntas 7 y 8 nos demuestran que un gran porcentaje de encuestados, es decir el 90%, piensan que es necesario que se haga una reforma a la ley notarial, en el sentido de dar facultades al notario

para el nombramiento de curador y que dicha reforma, simplificaría los trámites en estos casos, por otra parte un porcentaje mínimo, el 3 y 1% respectivamente contrastan con estas respuestas, proporcionando una contestación negativa, en cambio el 7 y 9% dicen que dichas alternativas de reforma, solo se podrían dar en partes y no siempre.

GRAFICO 9

La siguiente les pregunta, que si Piensan, que sería positiva la reforma a la ley notarial. El 93% de respuestas fueron positivas pues si creen que la reforma sería adecuada, en cambio el 7% de encuestados respondieron negativamente a la pregunta.

GRÁFICO 10

La representación gráfica de la pregunta 10 demuestra que el 2% de encuestados piensan que el actual procedimiento para el nombramiento de curador en los juzgados es optimo, al contrario de lo que opinan el 98% de los encuestados, que dicen que tal procedimiento para el nombramiento de curador en los juzgados no tiene la agilidad correspondiente, provocando malestar en todos cuantos requieren realizar esta diligencia.

GRÁFICO 11

La respuesta a esta pregunta acerca de que si piensa que el nombramiento de curador en las notarias sería rápido y diligente, contrasta notablemente con la interrogante anterior, puesto que en este caso el 98% de las respuestas fueron positivas, diciendo que, esta clase de trámites en las notarias serias más

vertiginosos, hubo casos claro, en los que no estuvieron del todo de acuerdo con la propuestas planteadas, estos figuran únicamente el 2%.

GRÁFICO 12

La siguiente pregunta nos dice si considera, que reformar las leyes, mejoraría el sistema judicial del país, a lo que el 9% respondieron que si lo mejoría, el 71% en cambio dicen que no es posible mejorar el sistema judicial con una simple reforma que se necesita de mucho más, el restante 20% indican que podrían mejorar pero no por completo.

GRÁFICO 13

Finalmente el 95% de encuestados están concientes y en absoluta concordancia, en que para cambiar a nuestro país necesitamos la colaboración de todos los ciudadanos, esforzándonos por trabajar dignamente por un mejor porvenir.

4.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES, LEGALES PARA LA PROPUESTA DE LA REFORMA.

La esencia de la Constitución de la República del Ecuador lleva en su contenido el deber y la estricta obligación que el Estado deberá garantizar a todos sus habitantes, sin discriminación alguna el libre y eficaz ejercicio en la administración de justicia, en la que se incluirá, la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, además dice que no se sacrificará la justicia por la omisión de solemnidades, y el goce de los derechos humanos, sin dejar de lado todos y cada uno de los pactos, convenios y tratados internacionales para la correcta aplicación de nuestro marco jurídico.

Basándome en los principios que la misma Constitución nos garantiza, me he permitido realizar este trabajo investigativo, con la finalidad de hacer efectivas las mismas garantías indicadas.

Pues el Art. 18 de la ley Notarial, evidencia claramente las facultades que tiene el notario, para realizar los trámites de jurisdicción voluntaria, consecuentemente, mi propuesta de reforma a esta ley se basa puntualmente en este sentido:

Que las demandas que se las hacía a los Juzgados, ahora sean presentadas ante los notarios públicos, siguiendo el mismo orden que estipula los Artículos 738 y siguientes del Código de procedimiento Civil, o sea:

En la solicitud se hará constar tanto los fundamentos de hecho como de derecho que justifiquen las pretensiones del peticionario, a la misma vez, se insinuará el nombre del curador y los respectivos testigos que expresen la idoneidad de la persona indicada, y que se efectuó también las correspondientes vistas.

El notario en la fe de presentación hará constar la aceptación a trámite, así como también deberá ordenar que se cuente con el visto favorable a uno de los Agente Fiscales y ahora con el Procurador de Menores, antes fue con el Presidente del Tribunal de Menores, y se señale día y hora para la declaración de testigos en la misma diligencia se emitirá el acta de discernimiento del cargo, y allí mismo se protocolice, quedando de esta manera finiquitado este trámite.

Pues éste procedimiento se lo realizaría en dos fechas, convirtiéndose en sencillo y nada complicado, obviamente los derechos notariales pasarían a remplazar a la inoportuna tasa judicial.

Con la aplicación de este trámite, nos evitaríamos la pasadera de tiempo por parte del los interesados y de los profesionales del derecho y especialmente el malestar con los funcionarios judiciales, y éste gran trámite de nombramiento de curador que se lo realiza en el juzgado, se lo efectuaría reducida y directamente en las notarias.

Consecuentemente se les eliminaría trabajo a los funcionarios judiciales en lo referente a la jurisdicción voluntaria y vía sumaria, quedando de este modo, más tiempo para la administración de justicia en los casos contenciosos.

4.4 CONSTATACIÓN DE HIPÓTESIS.

De los resultados que han reflejado las encuestas efectuadas en el medio jurídico de mi ciudad, viene a nuestro conocimiento que el noventa y cinco por ciento de los encuestados están en total acuerdo con la aplicación de esta reforma, ya que ven plasmada el objetivo de todos, que es el de realizar nuestras gestiones legales con celeridad y prolijidad.

Las estadísticas nos arrojan resultados evidentes palpables y abismales en el cual se nota claramente la inconformidad de todo el pueblo, acerca del actual sistema operacional de los juzgados en cuanto se refiere a los nombramientos de curadores, sea por el extenso tiempo que se pierde en la tramitación, o sea por la actitud negligente de la mayoría de los funcionarios judiciales.

Pues todos los ciudadanos que vivimos dentro de un conglomerado social, estamos sedientos de justicia, que urgentemente necesitamos un país más

organizado, que nos ofrezca especialmente seguridad jurídica, y celeridad sin dilataciones, de esta manera poder trabajar con dignidad.

Por lo tanto, mi propuesta de reforma sería aplicable siempre y cuando los medios inmersos en este campo me brinden su acertada colaboración y apoyo en la presentación de este proyecto ante el Congreso Nacional, con la finalidad de perseguir el objetivo trazado. Y que sin duda alguna, este acontecer legal, sucede en todas y cada una de las provincias de nuestra patria.

De esta manera podamos construir juntos un Ecuador más justo, progresista, con miras al futuro, no sólo con el aporte de las personas que no sentimos lesionados en nuestros derechos, o de las personas que exigimos justicia, sino, con el contingente de todos y cada uno de los ciudadanos que conformamos este pueblo.

CAPITULO V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES

Y PROYECTO DE REFORMA

5. 1. CONCLUSIONES

De la ardua labor desempeñada en este trabajo investigativo, me queda la inmensa satisfacción de haber culminado con una faena productiva, haciendo un enfoque general de lo que representa y refleja nuestro actual sistema judicial.

Este trabajo investigativo dedica buena parte de su exposición a abordar el tema de las guardas en general, a través del tiempo, a través de sus reformas, desde el punto de vista de diferentes tratadista y sobre todo el tedioso tramite, que se realiza en la Función Judicial, para el nombramiento de tutores y curadores en nuestra nación.

Lamento la existencia y proliferación de interferencias, en la sustanciación de estos tramites, en los juzgados, lo cual lo hace ineficiente, negligente y burocrático, todo lo cual exige la inmediata reforma para que las notarias cumplan a cabalidad con los objetivos sociales en beneficio de la libertad y la paz social proclamados por todos los pueblos del mundo.

Se hace un enfoque permanentemente, a los positivos resultados de tan apreciada reforma de Ley, se proclama lo valioso, lo eficiente y lo acertado de este proyecto, poniendo en evidencia que las facultades y la autoridad de los notarios también son amplias, precisas y concisas.

Con esta investigación contribuyo notablemente a destacar el valor de la actividad judicial, sus responsabilidades y los correctivos que imperativamente deben introducirse para mejorar el sistema y las instituciones inmersas dentro del amplísimo campo del derecho y dentro del cual nos vemos reflejados.

El sustento jurídico para proclamar la reforma del Artículo 18 de la Ley Notarial, es bastante concreto, ya que no hay expresión democrática, voluntaria y soberana del pueblo, cuando la Constitución vulnera estos principios de celeridad, sin dilaciones de la Justicia que son calificados de categoría universal.

Plasmo mi contingente en la cuarta y quinta parte de mi trabajo fecundo, para contribuir con la praxis en bien de la evolución positiva de las instituciones públicas de derecho, indispensable para que el imperio de la Justicia no resulte un mito, sino que tenga genuina y eficaz existencia y se constituya pilar formidable y extraordinario para que se asiente firme la base de la sociedad.

Para finalizar estas conclusiones, es vital recalcar la importancia que tenemos todos los ciudadanos de aportar con conocimientos de derecho para gestionar y rescatar la dignidad que como personas de este medio social nos merecemos, procurando siempre vivir en armonía con todos.

5.2. RECOMENDACIONES

Dentro de este parámetro, constan las buenas intenciones que como abogado y siendo un profesional más de mi país, recomiendo:

1. Que se busque con suma urgencia un reordenamiento jurídico, empezando con la Constitución Política del Estado, hasta las leyes especiales para que guarden estrecha relación y armonía entre las leyes en estudio, como son las leyes del Código de Procedimiento Civil y la Ley Notarial, que garanticen la convivencia social y hagan posible la administración de la justicia bajo los principios universales de dar a cada uno lo que le corresponde en derecho.
2. Que los magistrados, jueces, funcionarios judiciales y los notarios hagan mérito a sus funciones estableciendo altas y serias responsabilidades para el fiel cumplimiento de sus obligaciones en aras de conseguir la correcta administración de justicia que todos y cada uno de los ciudadanos de este país lo merecemos.
3. Que se modifique el ampuloso sistema procesal vigente en orden a ser oral, o por lo menos, más ágil y expedito que impida la degeneración de la Justicia y no su retardo, permitiendo la correcta aplicación de las leyes al amparo de criterio uniformes y de justicia universal.
4. Me permito recomendar a los notarios que su misión es ayudar a que se exteriorice y materialice la voluntad de los otorgantes en una manera cierta y verdadera y que emprendan en una verdadera cruzada contra la corrupción que actualmente campea, impidiendo que ante su Autoridad se ejecuten actos que falsean a la verdad y atenten contra la ética profesional.

5. Que los órganos reguladores de los aranceles de derechos notariales, se basen en indicadores reales, con el objeto de que los honorarios profesionales por el servicio de los nombramientos de curadores, en las notarias, sea justo, adecuado, sobretodo constitucional y equilibrado, dando lugar así los principios de generalidad y proporcionalidad que consagra la Constitución política del Ecuador.
6. Que en los pensums de estudios de las universidades se cree una materia destinada a conocimientos básicos de derecho, con la finalidad de que su organización y conocimientos sea participativa por todos los ciudadanos de este pueblo pujante.
7. Que todas las personas aportemos al engrandecimiento de nuestra patria, procediendo transparentemente en todos nuestros actos, no fomentando la corrupción y trabajando fecundamente con el estricto afán de conseguir justicia social y por ende el acrecentamiento del desarrollo del Ecuador.

5.3 PROYECTO DE REFORMA PARA QUE LOS TRAMITES DE JURISDICCION VOLUNTARIA QUE SE REFIERE AL NOMBRAMIENTO DE CURADOR, SEA FACULTATIVO DE LOS NOTARIOS

A continuación me he permitido presentar el proyecto que contiene el anhelado sustento de este trabajo investigativo y que debería ser insertado en nuestra legislación ecuatoriana.

La República del Ecuador

La Asamblea Nacional

CONSIDERANDO:

- **Que el trámite a darse en los juzgados para el nombramiento de curador, basados en los Arts. 738 y siguientes del Código de Procedimiento Civil no hace efectivas las garantías constitucionales, como tampoco cubre las necesidades básicas prioritarias y apremiantes de los ciudadanos interesados en obtener esta resolución,**

- Que el trámite para el nombramiento de curador, requiere de un sistema de regulación moderada e inmediata, tendente a la eficaz aplicación de las disposiciones legales, y, a conseguir con celeridad dicha resolución,

- Que las facultades concedidas a los notarios, se hagan extensivas en el nombramiento de curadores, toda vez que son de jurisdicción voluntaria:

En el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, previstos en el Art. 120, numeral 6, de la Constitución Política del Estado; resuelve expedir la siguiente:

**LEY REFORMATORIA AL ART. 18 DE LA LEY
NOTARIAL PARA QUE LOS TRAMITES DE**

**JURISDICCION VOLUNTARIA QUE SE REFIERE AL
NOMBRAMIENTO DE CURADOR, SEA FACULTATIVO
DE LOS NOTARIOS**

Principio Fundamental:

**Art. 1.- “Que el nombramiento de
curadores en el país, se las haga a
través de las notarias, conforme el
siguiente Artículo:**

**Art. 2.- “Una vez presentada la petición
se señalará día y hora para la
declaración de testigos, y previo al
discernimiento del cargo, se tome en
cuenta la opinión del procurador de
menores. El Notario levantará el acta**

**respectiva la misma que se
protocolizará y se la marginará.**

**Art. 3 “Esta Ley entrará en vigencia a
partir de su promulgación en el Registro
oficial”**

**Dado en san Francisco de Quito, a los
treinta días del mes de abril del dos mil
nueve, en la sala de sesiones de la
Asamblea Nacional.**

PRESIDENTE

SECRETARIO

