

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS
CRITERIO NO VINCULANTE**

REMITENTE: PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA

OFICIO: 350-2022-P-CPJP-YG

FECHA: 28 DE JULIO DE 2022

MATERIA: FAMILIA

TEMA: NO ES POSIBLE REALIZAR EL NOMBRAMIENTO DE UN CURADOR AD LITEM O DE PLEITO, MEDIANTE PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO O DILIGENCIA PREPARATORIA.

CONSULTA: En los juicios de paternidad/maternidad por falta de uno de los progenitores o cuando existiendo aquellos, está(n) privado(s) de la patria potestad, ¿se puede solicitar el nombramiento y posesión del curador *ad litem* o de pleito, mediante procedimiento voluntario o diligencia preparatoria?

FECHA DE CONTESTACIÓN: 17 DE MAYO DE 2023

NO. OFICIO: 684-2023-P-CNJ

RESPUESTA A LA CONSULTA:

Constitución de la República del Ecuador. –

“Art... (44).- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”.

“Art... (45).- La niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura; al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto a su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse (...); y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuere perjudicial para su bienestar”.

Código Orgánico General de Procesos. –

*“Art... (31).- **Capacidad procesal.** Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley.*

(...) En los casos en que ciertos incapaces contraigan obligaciones, se admitirá con respecto a estos asuntos su comparecencia de acuerdo con la ley (...).

Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos”.

“Art... (32).- Representación de menores de edad e incapaces. *Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal.*

Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia.

En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes”.

“Art... (122).- Diligencias preparatorias. *Además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias:*

(...) 4. El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador para las o los incapaces que carezcan de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta (...).”

Código Civil. -

“Art. 381.- *Las tutelas o curadurías pueden ser testamentarias, legítimas o dativas. Son testamentarias las que se constituyen por acto testamentario. Legítimas, las que se confieren por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo. Dativas, las que confiere el juez.”*

“Art. 395.- *A falta de otra tutela o curaduría, tiene lugar la dativa”.*

“Art. 398.- *Toda tutela o curaduría debe ser discernida, excepto la curaduría para pleito o ad-litem. En ésta el decreto del juez y la diligencia de aceptación del cargo valen por discernimiento. Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo”.*

“Art. 515.- *Las curadurías especiales son dativas. Los curadores para pleito o ad-litem son dados por la judicatura que conoce en el pleito.”*

Resolución No. 10-2016, de la Corte Nacional de Justicia. -

“Art... (1). *En los casos en que la ley exija la presencia de un curador ad litem o especial para proteger los intereses en conflicto del niño, niña o adolescente en juicio, la jueza o el juez de la causa, en providencia de calificación de la demanda dispondrá, que cumplida la citación, se le escuche para que en ejercicio de su derecho opine sobre el curador/a que le represente, señalando día y hora para el efecto, previo a la convocatoria a cualquier otra audiencia, según el tipo de proceso” (...).*

“Art... (2).- *En los casos en los que el niño, niña o adolescente no pudiere o no quisiere expresarse, la designación la hará el juez/a previa audiencia de parientes o personas hábiles, para cuyo efecto señalará día y hora”.*

“Art... (3).- *Efectuada la elección en una de las formas previstas en los artículos que anteceden, el juez/a designará en providencia al curador/a y dispondrá su comparecencia para la posesión del cargo. Cumplida esta diligencia, el juez/a llevará a cabo la audiencia que corresponda según la naturaleza del juicio”.*

“Art... (4).- Para el nombramiento de tutor, tutora, curador o curadora que debe representar a los incapaces que carezcan de guardadora o guardador de los que trata el artículo 112.4 COGEP, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en los artículos que anteceden, previo al discernimiento del cargo, con las solemnidades previstas en el Código Civil (...).”

ANÁLISIS:

En nuestro sistema procesal, los menores de edad o incapaces civiles que no pueden comparecer a ejercer sus derechos por sí mismos, en situación de igualdad frente a los demás. Para su protección, la ley ha establecido el régimen de la incapacidad de ejercicio, en oposición a la regla de capacidad que tienen todas las personas, excepto a las que la ley declara incapaces.

Es por ello que, para distinguir la capacidad de goce o aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones, referente a la capacidad legal, a este grupo prioritario, debido a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran frente al ejercicio de sus derechos, para no dejarlos en situación de desigualdad, se les otorga una protección legal para que la discusión de intereses jurídicos sea racional, supervisada o guiada.

En tal virtud, con el fin de velar por sus derechos e intereses, el legislador creó la representación legal, institución por la cual se coloca a unos sujetos al cuidado de otros, quienes pueden y deben actuar en su nombre y representación, vinculándoles a los efectos que de sus actos deriven, como si lo hubieran ejecutado ellos mismos.

Por lo que, a fin de precautelar, respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas, adolescentes e incapaces, el Estado ecuatoriano ha ratificado tratados internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño (1990), convirtiendo a este instrumento internacional parte del ordenamiento jurídico nacional, asumiendo un posicionamiento ético y político al reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, con la adopción de la Doctrina de la Protección Integral como paradigma de reflexión y acción.

En ese contexto, los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecte directamente o, por medio de un representante u órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Es así que, según la naturaleza del juicio sobre demandas tanto de paternidad o maternidad, dependiendo de la naturaleza del juicio, en el caso que el niño, la niña o el adolescente no quisiera expresarse, el juez decidirá según lo que corresponda, previa audiencia de parientes o personas hábiles, para cuyo efecto señalará día y hora.

ABSOLUCIÓN:

Respecto a la presente consulta, el artículo 32 del Código Orgánico General de Procesos establece que las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal.

Para ello, es importante partir de que la curaduría ad-litem o especial para juicio, corresponde a la curaduría dativa, que es aquella que confiere el juez, a falta de otra tutela o curaduría, de conformidad a los artículos 381 y 395 del Código Civil. En este sentido, mal podría hablarse de curador ad-litem o especial para la controversia, en la que la designación la hace el juez, si es que para su nombramiento media la solicitud como diligencia preparatoria.

Del mismo modo, los asuntos de jurisdicción voluntaria, por regla general, se resuelven sin contradicción y, en el caso de que exista oposición por escrito hasta antes la convocatoria a audiencia, la o el juzgador inadmitirá la oposición cuando sea propuesta sin fundamento o con el propósito de retardar el procedimiento. De lo contrario, se entenderá que ha surgido una controversia que deberá sustanciarse por la vía sumaria.

En tal virtud, la Resolución No. 10-2016, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, es clara respecto del procedimiento de la designación y posesión del curador ad-litem o especial para juicio, al referirse a los casos en que no exista curador designado para la controversia para aquellas personas que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, o cuando existe un conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, debiendo la o el juzgador designar al curador.

Es decir que, al ser las curadurías especiales, dativas, los curadores ad-litem o especiales para el pleito, como su nombre lo indica, son dados por la judicatura que conoce el juicio, por lo que no se podría hablar de curaduría ad-litem si para su designación se ha interpuesto una solicitud de diligencias preparatorias o aquella que dé inicio a un procedimiento voluntario.

Por lo tanto, en los casos en que la ley exija la presencia de un curador ad-litem o especial para juicio para proteger los intereses en conflicto del niño, niña o adolescente, la jueza o el juez de la causa deberá nombrarlo en cada proceso judicial, una vez efectuada la elección en una de las formas previstas en la normativa aplicable para el efecto.