



NOMBRAMIENTO DE CURADOR AD-LITEM

RESOLUCIÓN No. 10-2016

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. ANTECEDENTES:

1.1. Los niños, niñas, adolescentes y los demás incapaces civiles como sujetos de especial protección:

El ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador, dispensa a los niños, niñas y adolescentes y demás incapaces, un conjunto de derechos de fuente constitucional, convencional y legal, considerados como grupo humano que goza de atención prioritaria del Estado, destacando que, -se atenderá al principio de su *interés superior*¹ y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.- (cursiva fuera de texto)

1.2. Sobre el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes:

Este principios constituye la base sobre la cual ha girado la doctrina de la protección integral, y que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ha elevado a rango de norma fundamental, en cuya consecuencia las legislaciones nacionales han receptado esta noción como una norma que contiene un principio estructurante del ordenamiento jurídico, asimismo se ha erigido en un principio guía-rector de interpretación por parte de toda

¹ Ver art. 35, 44, 45 y 69 CRE.

autoridad,² en aquellos casos en los que derechos de niñas, niños y adolescentes se encuentren discutidos.

En la doctrina, “[...] el interés superior del niños es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican.³ Pensar que el solo reconocimiento de derechos a favor de este grupo humano, supone *per se*, la concretización del principio de interés superior, resulta peligroso e inexacto, pues el solo reconocimiento de derechos puede alcanzarse con prescindencia del principio, así la propia Convención sobre los derechos del Niño, como la Constitución, y el Código de la Niñez y Adolescencia, reconocen un amplio catálogo de derechos a favor de niños, niñas y adolescentes.

El reconocimiento de derechos a favor de la niñez y adolescencia, ha de ir necesariamente acompañado por una teoría de la autonomía, que posibilite el ejercicio individual de los derechos; ⁴ de esta forma se pueden distinguir entonces, dos categorías, el reconocimiento y goce de derechos, y el nivel de autonomía por parte de los y las niñas y adolescentes, para ejercerlos por sí mismos o a través de sus representantes legales, tutores o curadores.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, al respecto se pronuncia:

[...] el interés superior del menos no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y racional,⁵ sólo se puede establecer prestando la

² Miguel Cillero Bruñol, en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, (edit), *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, Quito, 2010, p. 97, disponible en <http://www.unicef.org/ecuador/Derechos-garantias-niñez.pdf>

³ *Ibidem*, p.99.

⁴ Domingo A. Lovera Parmo, “Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: De la protección a la autonomía, en Miguel Cillero, director, *Justicia y Derechos del Niño*, Número 11, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408 de 1995 (Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz) En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela

debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal [...]⁶

1.3. En el ámbito procesal, las personas que por su edad, su condición física, psíquica o sensorial (menores de edad y demás incapaces civiles), no pueden comparecer a ejercer sus derechos por sí mismas, 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 la capacidad, que tienen todas las personas, excepto las que la ley declara incapaces.⁷

Capacidad que en sentido general es la facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, equivalente a la noción de personalidad jurídica.

Dentro de este concepto hay que distinguir, la capacidad de goce o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, de la capacidad de ejercicio o capacidad legal, que en sentido estricto, consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra. Quien carece de capacidad legal o de ejercicio es incapaz, dentro de esta categoría se encuentran los menores de edad, los dementes, los sordomudos, los disipadores, etc., como expresamente lo determina la legislación civil.

1.4. El régimen establecido sobre la incapacidad de ejercicio, que involucra a este grupo humano, se explica y tiene sentido, por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran frente al ejercicio de sus derechos, de ahí que este concepto en sí, no es discriminatorio al limitarles su capacidad de ejercicio, al contrario, se trata de otorgarles una protección legal, bajo la consideración, que la discusión de los intereses jurídicos con esta clase de

materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto que el padre de la menor le impedía hacerlo.

⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia /-397 de 2004 (Ponente, Manuel Cepeda Espinosa)

⁷ Ver art. 1561 y siguientes del Código Civil

sujetos de derecho, no puede darse en igualdad de condiciones, por lo que requieren de acciones positivas,.

Por esta razón y en orden a velar por los derechos e intereses de los incapaces, es que el legislador creó, *la representación legal*, institución por la cual se coloca a unos sujetos al cuidado de otras, quienes pueden y deben actuar en su nombre y representación, vinculándoles a los efectos que de sus actos deriven, como si hubieran ejecutado ellos mismos.⁸

2. MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL Y LEGAL QUE RIGE PARA LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS INCAPACES, EN EL EJERCICIO Y GOCE DE SUS DERECHOS:

Entre los derechos constitucionales que deben ser particularmente efectivos para los niños, niñas y adolescentes, se destacan:

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*. (cursiva fuera de texto)

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

⁸ Ver artículo 1461 *ibídem*.

progenitores o familiares ausentes, salvo que fuere perjudicial para su bienestar.

CONSIDERANDO:

Que el Ecuador al ratificar la Convención de los Derechos del Niño (1990), convierte a este instrumento jurídico internacional, en parte del ordenamiento jurídico nacional, y, asume 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.

Que el artículo 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el marco del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, impone 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.

Que la Constitución de la República en los arts. 35 y 45, y en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el art. 31 inciso final establecen, que los niños, niñas y adolescentes, recibirán atención prioritaria del Estado y deben ser consultados en los asuntos que les afecten y/o –escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.-

En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), entre los Principios Fundamentales, el artículo 11 inciso último consagra: “El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente *la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.*” (cursiva fuera de texto); entre los Derechos de Participación se garantiza: “Art. 60.- Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún, niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionada de cualquier forma para expresar su opinión”.

Que el artículo 398, inciso primero del Código Civil, señala: “Toda tutela o curaduría debe ser discernida, excepto la curaduría para pleito o ad-litem. En esta el decreto del Juez y la diligencia de aceptación del cargo valen por discernimiento (...).”

Que el artículo 515, inciso segundo del Código Civil, establece: “(...) Los curadores para pleito o ad-litem son dados por la judicatura que conoce en el pleito.”

Que el artículo 32, incisos segundo y tercero del COGEP, dispone: “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 adlitem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes.”

Que el COGEP en el artículo 122 Diligencias Preparatorias, previene: “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.”

El artículo 108 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia prescribe: “Se suspende la representación legal tratándose de actos, contratos o juicios en los que exista o pueda existir intereses contrapuestos entre el hijo o la hija y quien o quienes la ejercen. En estos casos ejercerá la representación el padre o la

madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el Juez si el interés los inhabilita a ambos.”

Que las normas del COGEP han suscitado dudas respecto al procedimiento y el momento en el que debe escucharse al niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarse, a efecto de la designación y posesión del curador ad-litem o especial para juicio, que debe representarlo en los casos en que carezca de representación legal o exista conflicto de intereses de éste o ésta con su padre o madre. Así como al procedimiento a seguirse para dotar de curador/a a los adultos/as incapaces en los casos previstos en el Código Civil.

En uso de la atribución prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial

RESUELVE:

Artículo 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.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el juez/a, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los y las adolescentes será obligatoria para el juez/a, a menos que sea manifiestamente perjudicial para sus intereses.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 5.- En el evento de que el tutor, tutora, curador o curadora que resulte nombrado, se encuentre inmerso en una de las causas de incapacidad previstas a partir del artículo 518 y siguientes del Código Civil; o incumpla las obligaciones legales atinentes a su cargo y su negligencia le resulte manifiesto perjuicio a los intereses y derechos de su representado/a, a petición de parte o de oficio, justificada la causa que la provoque, el juez/a dispondrá la remoción de su cargo, y acto seguido designará a la persona que debe actuar en su reemplazo, siguiendo el procedimiento previsto en las reglas anteriores.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia (V.C.), Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS

NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Beatriz Suárez, Dr. Efraín Duque Ruiz, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL