

Curadores *ad litem*, evolución o retroceso en las reformas procesales de Colombia y el mundo

Guardians *ad litem*, evolution or regression in the procedural reforms of Colombia and the world

ROSA MARÍA GUTIÉRREZ VARGAS

*Abogada, especialista y magíster en Derecho Procesal
Directora del Consultorio Jurídico de la Universidad Autónoma del Caribe
rosa.gutierrez@uac.edu.co*

MARÍA CRISTINA VARGAS CORMANE

*Abogada, Especialista en Derecho de Familia y Candidata a Magister en Derecho Procesal
Subdirectora Consultorio Jurídico de la Universidad Autónoma del Caribe
mariacvargas@uac.edu.co*

EMERSON ROCHA OSORIO

*Abogado Conciliador, Especialista en Derecho Administrativo y candidato a especialista en derechos Humanos
erocha@uac.edu.co*

Para citar este artículo

Gutiérrez, R., Vargas, M., & Rocha, E (2014) Curadores *ad litem*, evolución o retroceso en las reformas procesales de Colombia y el mundo. *Justicia Juris*, 10(2), 95-103.

Recibido: Julio 30 de 2014

Aceptado: Septiembre 25 de 2014

RESUMEN

En la realidad jurídica existente en un proceso, salvo las excepciones del caso, se requiere la existencia efectiva y física del demandado, quien si por alguna circunstancia no puede o no quiere concurrir a ese escenario -como es el proceso- se debe, bajo instituciones constitucionales y legales, suplirse en mandatarios designados por el Juez para velar por el debido proceso y cumplir con uno de los tantos actos, como es trabar la Litis y ejercer el derecho de defensa ante las postulaciones expresadas por el demandante y de esta manera proseguir con las otras etapas demostrativas y resolutorias que enmarcan el proceso. En este artículo de reflexión se analiza justamente esa delegación que hace el Juez, en otra persona distinta al demandado en rebeldía o en incapacidad para comparecer, para mostrar como no se está cumpliendo con la verdadera finalidad que busca esa delegación muy a pesar de las reformas procesales que se han dado en lo referente a la figura y sobre quién recae ésta defensa; por constituirse dichos patrones, en una herramienta más para llenar un vacío del que está ausente y no para la protección de sus derechos y de esta forma poder garantizar una tutela y una igualdad entre las partes que concurren al proceso. Constituyéndose por lo tanto en un instrumento aunque obligatorio, carente de defensa técnica y revestido de parcialidad, ante las disposiciones de la legislación actual y las reformas traídas por el Código General del Proceso.

Palabras clave: *Abogados, Curador, defensa, Estado, proceso, reformas.*

ABSTRACT

In the existing legal situation in a process, with the exceptions of some cases, the effective and physical existence of the defendant, who if for some reason cannot or will not go to that scenario, how the process is required, it must, under institutions constitutional and legal, be supplemented by agents appointed by the court to ensure due process and meet one of the many events, for instance, blocking the Litis and exercise the right of defense before the nominations expressed by the plaintiff and thus continue other demonstrative and decisive steps that frame the process. This article analysis the delegation that the judge does in someone other than the defendant in default or failure to appear, which is not being met with the true purpose, in spite of procedural reforms that have occurred in relation to person figure and who bears this defense; be constituted such patterns, another tool to fill a void which is absent and not for the protection of their rights and in this way to ensure protection and equality between the parties which contribute to the process. Thus constituting a binding instrument but, lacking technical and coated bias defense to the provisions of existing legislation and reforms brought by the General Code of Procedure.

Keywords: *Lawyers, Curator, defense, State, process reforms.*

El Curador ad litem en Colombia

El Capítulo II del Ordenamiento Procesal Civil colombiano, ha venido regulando lo relacionado a la figura jurídica de los auxiliares de la justicia, estableciendo la naturaleza de dicho cargo como oficios públicos que deben ser desempeñados por personas de conducta intachable, excelente reputación, idóneas e incuestionable imparcialidad. Siendo éstas dos últimas características que exige el legislador para desempeñar dicha función, donde se hará énfasis, por considerar que son el centro del problema a plantear.

Si se ahonda un poco en el capítulo en mención se encuentra en el artículo 9º del C.P.C, numeral 1º, literal a), párrafo segundo, que la norma consagra que

en el mismo auto el juez señalará los gastos de curaduría que debe cancelar la parte interesada. El pago podrá realizarse mediante consignación a órdenes del Juzgado o directamente al auxiliar y acreditarse en el expediente.

Al respecto, no es necesario realizar un gran ejercicio mental, para entender que el legislador, instituye que la parte interesada a que hace alusión, no es más que el demandante; quien ante la imposibilidad de trabar una *litis* expuesta al funcionario judicial competente- por encontrarse el demandado ausente- debe recurrir a esta figura, como es la de los auxiliares de la justicia.

En Colombia, en el actual y controvertido Código general del Proceso, Título V, Artículo 47, titulado "Auxiliares de la Justicia" y subtítulo "Naturaleza de los cargos", se nota que quiso recalcar el legislador que

Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales (el subrayado es de los autores), de conducta intachable y excelente reputación. Para cada oficio se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, garantía de su responsabilidad y cumplimiento. Se exigirá al auxiliar de la justicia tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar, cuando fuere el caso. (Ley 1564 de 2012).

Agregó la norma y a la vez modificó lo que se plasmaba en el Código de Procedimiento Civil, respecto a los honorarios de dicho auxiliar de la justicia, específicamente en el numeral siete (7) del Artículo 48 de la ley 1564 de 2012, que estableció como novedad que

la designación del curador ad litem recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión, quien desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio. El nombramiento es de forzosa aceptación, salvo que el designado acredite estar actuando en más de cinco (5) procesos como defensor de oficio. En consecuencia, el designado deberá concurrir inmediatamente a asumir el cargo, so pena de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar, para lo cual se compulsarán copias a la autoridad competente.

Variación ésta que si bien ya fue objeto de demanda de Constitucionalidad, al considerarse que el Legislador además de confundir dos figuras procesales, colocó al curador ad litem en estado de desigualdad con los demás auxiliares de la justicia, dándole un trato irrazonable, al obligarlo a realizar una labor forzosa e irrenunciable (salvo en la excepción igualmente estipulada), de manera gratuita como defensor de oficio en los casos reservados para representar al demandado ausente, se argumentó, es violatoria de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, como son la Igualdad y el Trabajo (Sentencia C-083/14 de la Corte Constitucional), declarándose exequible la norma acusada, bajo postulados relacionados con el desarrollo del principio de solidaridad, que justifica el trato diferente entre los auxiliares de la justicia que son curadores Ad Litem y el resto de los auxiliares judiciales, puesto que se busca satisfacer fines constitucionales propuesto como lo son la colaboración efectiva del derecho de acceso a la administración de justicia en situaciones en que puede verse obstaculizada, agilización de los procesos judiciales e implementación de la oralidad. Aunque en similares situaciones, la Corte Constitucional colombiana en otras sentencias de constitucionalidad, había acentuado posición en el examen de la gestión del curador en lo atinente a las costas de la labor a desarrollar y a los honorarios, (Sentencia C-159 de 1999), como también sobre el cargo de defensor de oficio (Sentencia C-071 de 1995), teniendo casi los mismos argumentos planteados en la reciente jurisprudencia.

Lo anterior, a pesar de no ser el propósito de este artículo debatir la ratio de la Honorable Corte Constitucional, resultaba necesario traerlo a colación, por tener relación con lo que se proyecta analizar, debido a que el asunto procesal presentado es mucho más de fondo, ya que se trata de aspectos fundamentales como son la persona en quien recae la protección al derecho de defensa- independientemente de que el servicio sea oneroso o gratuito-, así como del debido proceso, en la labor que vienen realizando la mayor parte de los curadores ad litem, que en lugar de revestirse de imparcialidad y de una defensa técnica, propia a lo enunciado por la Constitución y a la

regla procesal; así sea de forma indirecta se empapela de parcialidad y de fallas en la defensa; lo cual no permite, aunque sea su propósito, practicar la igualdad de armas y garantizar los intereses del demandado ausente.

Se estima que la gestión que realiza el curador ad litem, ya bajo la norma del Código de Procedimiento Civil o bien bajo la nueva disposición del Código General del Proceso, aunque tiene sus asentamientos constitucionales como es el acceso a la justicia, se puede decir que se está dejando entre renglones los principios que constituyen el debido proceso, como son la tutela, la contradicción, la gestión ininterrumpida en todos los actos procesales, desde que se traba la litis hasta el juzgamiento y que en su conjunto son elementos aptos, no solo para salir del paso en situaciones en que puede verse obstaculizada la justicia, sino para atender las necesidades del ausente y cumplir a cabalidad lo anunciado en el artículo 29 de la Carta Política como es un debido proceso público, con derecho de controvertir, solicitar pruebas e impugnar decisiones proferidas contra quien se está representando. Mecanismos éstos que no se están empleando, ya que los profesionales del Derecho en su labor de curador ad litem, solo se están restringiendo no ha contestar una demanda, sino a referirse a expresiones comunes y ya relegadas en el sistema moderno de defensa, como son solamente “no me consta”, dejando de lado los insumos propios y permitidos de defensa, como la solicitud de pruebas, la formulación de excepciones en los casos permitidos, como es el interés para que se declare que la acción cambiaria ha prescrito y todas aquellas diligencias procesales pertinentes y oportunas de un mandato técnico y en derecho, con las limitaciones establecidas, como son la no disposición de los bienes o derechos materia de litigio o aquellas que requieren mandato expreso. Borrando de la memoria de la norma, las facultades que le asisten, como es salvaguardar los derechos del ausente para que no se le dé un tratamiento procesal diferente, que generaría el desconocimiento y desamparo de sus derechos constitucionales y legales. Orientaciones invocadas por la Corte Constitucional al mencionar:

El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. Sobre el particular, la Corte ha dicho que la decisión de designar curadores ad litem, tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo, puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho funda-

mental de defensa. Por ello, debe entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia puede ser afectado con la decisión que se tome”.(Sentencia T – 088 de 2006).

Similarmente el mismo alto tribunal ha esclarecido las facultades del Curador, como también sus limitaciones, a fin de que asuma de fondo la defensa de quien representa, como cuando asevera:

El curador ad litem, también llamado para el pleito, como se recordará, es un abogado titulado que actúa en un proceso determinado en representación de una persona que no puede o no quiere concurrir al mismo y cuya función termina cuando el representado decidiera acudir personalmente o mediante un representante ... Como se observa, la figura del curador ad litem tiene por fin brindar representación al que no concurre al proceso – de manera inadvertida o intencionalmente – con el objeto de garantizarle su derecho a la defensa, está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio. Ello indica que el curador ad litem está autorizado para realizar todas las actuaciones tendientes a proteger los intereses de su representado, dentro de las cuales se encuentra obviamente la proposición de una excepción de mérito destinada a que se declare que la acción cambiaria ha prescrito. Pues, al fin y al cabo, ¿qué puede ser más favorable a un demandado que obtener que se declare que la acción que se podría intentar contra él ya ha fenecido? . Proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria en favor de su representado no implica que el curador ad litem entregue, enajene, renuncie o limite un derecho de aquél, sino más bien que asume a fondo la defensa de los intereses de la parte que debe proteger. (Sentencia T-299/05).

Relativo a esto, la Corte Constitucional ha controvertido providencias de algunos funcionarios judiciales, que han manifestado que el Curador no podía formular este tipo de excepción, instaurando que si es viable y que hace alusión a proteger el debido proceso de quien se encuentra ausente. Lo que demuestra que el Curador, muy a pesar de las restricciones que tiene, si posee las herramientas para efectuar una defensa proporcionada y técnica, en la labor que se le encomienda. ¿Pero éste auxiliar de la justicia de hoy y el que concibió el legislador en el Código General del proceso, es el adecuado o conveniente para esta función? Véase en la exégesis que se tantee.

Se sabe de buena tinta que es una realidad, que de manera directa o indirecta la labor ejercida por la gran mayoría de los Curadores Ad Litem, está influenciada por el actor; lo cual conlleva a despojar la imparcialidad de que debe estar revestida la defensa y que en últimas se termina haciendo lo apropiado para los intereses del demandante y no para los intereses del demandado; terminando así el demandante prácticamente con dos apoderados. Acontecimiento que declina a un más, cuando bajo el amparo del Código de Procedimiento Civil, es el demandante quien le cancela al Curador los honorarios por la actuación procesal y el pago de las costas de la gestión, se aleja aún más la defensa técnica del ausente, que a nuestro juicio esta carente de toda probidad; marcando desde el inicio de la relación jurídica, una tutela subjetiva y con presencia no de dos partes contrarias “demandante y demandado” que controvierten hechos, pruebas y pretensiones, sino de dos partes “demandante y demandante”, concentradas en un mismo extremo de la balanza de la justicia y no repartidas o equilibradas en ésta, desconociendo la esencia misma del debido proceso y los principios rectores que deben regir toda actuación.

Lo señalado en este escrito, no personifica una identidad con la tesis de la Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 47 del Código General del Proceso; el cual se considera constitucional en casi todos sus aspectos y se aprecia la acción del legislador, en haber anulado el pago de los honorarios a este auxiliar de la justicia, de parte de quien tiene todas las prebendas en el proceso, donde no comparece realmente el demandado. Aunque esto no significa que se esté de acuerdo con la segregación efectuada al Curador de pleito, entre los otros auxiliares de la justicia y mucho menos con la disposición forzosa del cargo sobre los litigantes de este país; que si bien ejercen un cargo con fines particulares, pertenecen a un mismo grupo de auxiliares de la justicia y desde el modo que se mire, se refleja en un trato diferente. Y si del principio de solidaridad se trata, debió aplicar la función social sobre todos y no solamente sobre el Curador Ad Litem, llamado hoy bajo el nuevo reglamento, Defensor de Oficio.

Así las cosas, apartándose un poco de los razonamientos de la Corte ante la imposición del Legislador, en el sentido de que si bien, se consideró que el articulado no es contrario al derecho al trabajo, no es sano, ni motivante, obligar a los abogados litigantes llevar cinco (5) casos, aunque de manera esporádica o excepcional, como así lo afirma el Tribunal Constitucional, como Curador Ad litem, mas propiamente como defensor de oficio. No siendo esto contrario al principio de solidaridad o del deber de colaboración que todos los ciudadanos debemos tener con la administración de justicia, puesto que existen otras instituciones que bien podrían por su esencia, cumplir sin

desmedro alguno, esa gestión en los casos de indefensión judicial, bajo la misma especialidad, profesionalismo, calidad y lo que es más substancial, la idoneidad y la imparcialidad, lo cual perfecciona el objetivo de la norma, como es la defensa técnica o mejor, la salvaguarda del debido proceso que exige el legislador; adecuado a la función social que ejecutan y la naturaleza de las funciones propias del cargo, como son los defensores públicos, adscritos a la Defensoría Nacional del Pueblo y los abogados estudiantes adscritos de los consultorios jurídicos, en las cuantías permitidas por la ley. Y que esa designación esporádica de la labor obligada en cuestión de que habla la Corte, al responder la demanda de inconstitucionalidad presentada, recaiga sobre los abogados que ejerzan habitualmente la profesión, solo sea cuando no es suficiente la cobertura de los defensores públicos de la Defensoría del Pueblo y los estudiantes de consultorios jurídicos.

En lo concerniente a los defensores públicos, éstos tienen cobertura a nivel nacional y como principal finalidad proveer el acceso de las personas a la administración de justicia; son particulares elegidos objetivamente bajo principios de transparencia, remunerados por el mismo Estado y profesionales aptos para garantizar una defensa integral, oportuna, técnica y competente, lo cual permitiría ejercer un servicio imparcial e idóneo del demandado ausente; además actúa en nombre del Estado, velando para que se materialice la misión de la Carta Magna. Y en lo relacionado a los estudiantes de consultorio jurídico, ya la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, al instituir, que todas sus actuaciones se encuentran bajo la coordinación y directa orientación de los profesores y profesionales designados para el efecto, garantizando la idoneidad de la defensa que realizan en actuaciones que adelantan en representación de las personas que lo requieren; siendo una de estas competencias, cuando fungen como abogados de oficio en los procesos penales, en los procesos de competencia de las Contralorías municipales, distritales, departamentales y General de la República, en los procesos administrativos de carácter sancionatorio que adelanten las autoridades administrativas, los organismos de control y las entidades constitucionales autónomas, bajo las condiciones de exequibilidad y en las cuantías permitidas.

Ahora si dicha propuesta no resulta sugestiva, no se debe olvidar que desde el punto de vista constitucional el primer comprometido en la garantía efectiva de los derechos fundamentales, en especial el de defensa, es el Estado y por tanto su compromiso debe llegar hasta la materialización efectiva del mencionado derecho y en este sentido considerarse la posibilidad de que sea él mismo el que asuma mediante la creación de mecanismos la defensa del demandado ausente.

Es apreciable subrayar que el problema de la falta de defensa técnica e imparcialidad en la tutela que debe ejercer el Curador Ad Litem, bajo la norma del Código del Procedimiento Civil o la del Código General del Proceso, no se encuentra en que se hayan eliminado o no los honorarios, porque si bien, se le quita un alto grado de influencia por parte del actor sobre la defensa, ya que es quien los sufragó, fue colocado ahora de manera obligatoria y gratuita en cabeza de los abogados que habitualmente ejercen el litigio, sobre la concepción de que la labor del Curador Ad Litem es diferente a todas las demás de los auxiliares de la justicia, porque debe desarrollarse durante todo el transcurso del proceso judicial hasta que se haga parte el demandado y no sobre etapas muy precisas y concretas del mismo, como lo hacen los otros auxiliares. Sumado a que es una función social que pregona el Estado Social de Derecho de la Carta Política, por el principio constitucional de solidaridad y dado que es un cargo que se desprende de la ley y no de una modalidad contractual. Reforma que para nada soluciona el problema planteado, puesto que incluso puede llevar a empeorar lo cuestionado.

Así las cosas no se avizora con dicho cambio, evolución alguna; muy al contrario más bien puede ser un retroceso, puesto que continúa el demandante como parte dinámica en el proceso y con todas las influencias sobre la defensa del demandado. Y no porque los abogados litigantes nominados por el legislador para ésta labor, en la nueva norma, no tengan las características y requerimientos exigidos, no; concebirlo así, sería desnaturalizante para la carrera, sino por sus múltiples ocupaciones, falta de asistencia y colaboración por parte de la administración de justicia, para ejercer el cargo; mientras que en el medio existen defensores más adecuados y apropiados, para tan noble y fundamental gestión, que por su propia naturaleza y ocupación le darían una mayor notabilidad y equilibrio procesal, propio del derecho de defensa. Sin dejar de lado que la gestión de un curador debe ser vocacional y no impuesta como se pretende.

Otra cosa sería si el cargo recayera inicialmente sobre los defensores públicos y sobre los estudiantes de consultorio jurídico y excepcionalmente sobre los abogados de ejercicio habitual en el litigio, cuando la lista de los primeros se haya agotado. Convirtiéndose así la gestión en una verdadera asistencia libre, idónea, imparcial y profesional, propia de la función social que se ejercen; uno por las funciones propias de su trabajo y motivada por la remuneración que le brinda el Estado y el otro con el objetivo de formación integral de los estudiantes en práctica, bajo la coordinación de los profesionales expertos. Dándole de esta manera cumplimiento al “deber constitucional de los abogados, como es la de velar por la realización de los derechos fundamentales de las personas y la consecución

de la justicia en los procesos en los que actúan”.¹ Al mismo tiempo remediaría que la figura se limitara a un simple acto de notificación y de aparente controversia, que aleja la verdadera representación pública para remplazar al demandado ausente en todos los actos pertinentes que conllevan un proceso debido, que garanticen y materialicen en todas sus partes el derecho de defensa, revistiéndolo de una relación jurídica, donde no se confundan las partes procesales y no se pierda la protección de los intereses que debe ejecutar el imparcial e idóneo curador o defensor. De esta forma el Consejo Superior de la Judicatura o quien haga sus veces, conformarán listados de defensores con la base de datos de los abogados adscritos a la Defensoría del pueblo o en su defecto crear un área dedicada solamente a ejercer ésta función. Igualmente las universidades con programas de Derecho, inscribirán semestralmente, los estudiantes de Consultorio Jurídico que llevarán a cabo esta labor jurídico social.

3. La figura del curador ad litem en otras legislaciones.

3.1 La figura del curador ad litem en Chile

Es muy nutrida la similitud de la legislación chilena con la colombiana y el tema de las Curadurías no es la excepción. Toda vez que tales auxiliares o colaboradores de la administración de justicia son designados por el juez que conoce de la relación procesal. Resaltándose el hecho de que en ambas, éstos gozan de amplias facultades para el cumplimiento del mandato con excepción a la realización de actos que por su misma naturaleza solo le competen al representado y, en lo que toca a los curadores actuantes en relaciones o proceso contenciosos, sus honorarios se cubrirán con el equivalente a la décima parte de los valores en litigio y liquidados judicialmente. Figura ésta que se asemeja al lineamiento que se sigue en Colombia en el Código de Procedimiento Civil, ya en las ritualidades y en la medida en que es el juez del conocimiento, quien porcentualmente señala los honorarios del Curador ad litem.

El artículo 538 del Código Procesal Chileno determina que los Curadores de bienes ausentes, los curadores de derechos eventuales de un póstumo, los de una herencia yacente y los curadores especiales no tienen derecho a esta décima y será dispositivo del juez tal asignación. Así las cosas, la defensa del ausente se extiende a todas aquellas personas que por razones distintas no pueden hacer presencia procesal. Razones que van desde su condición de carencia de capacidad jurídica (menores de edad, in-

¹ Ver Expediente D-9761-Concepto 5638, Procuraduría General de La Nación.

terdictos) hasta aquellas que aun siendo capaces se ignora su paradero o que, simplemente, se niegan a hacer presencia procesal.

3.2. La figura del curador ad litem en la legislación venezolana

En esta legislación se observa que el curador desde el momento de su designación y posesión pasa a ser un funcionario público de carácter accidental y colabora con la administración de justicia; pero por su función, que es la defensa de los intereses del demandado, tiene los mismos poderes que corresponden a todo apoderado que ejerce un mandato concebido en términos generales, sin las facultades de disposición de los intereses y derechos que defiende.

Por su lado, el procesalista, Aristides Rengel Romberg (1986), co-autor del Código de Procedimiento Civil venezolano vigente, sobre el nombramiento del defensor ad litem, expone:

El defensor es un verdadero representante del demandado en el juicio, equiparable a un apoderado judicial, con la diferencia de que su investidura no deriva de la voluntad del demandante, como en la representación voluntaria, sino directamente de la Ley. Su designación es aplicación del principio de bilateralidad del proceso, que le imprime una estructura dialéctica y realización de la garantía constitucional de la defensa en juicio, que es un derecho inviolable. En la designación del defensor debe darse preferencia en igualdad de circunstancias, a los parientes y amigos del demandado o a su apoderado, si lo tuviere (Artículo 225 C.P.C.); y sus honorarios y demás litis expensas se pagarán, consultando la opinión de dos abogados sobre la cuantía (Artículo 226 C.P.C.). Por su origen, el defensor queda investido de una función pública de carácter accidental y colabora con la administración de justicia; pero por su función, que es la defensa de los intereses del demandado, tiene los mismos poderes que corresponden a todo apoderado que ejerce un mandato concebido en términos generales, porque no tiene facultades de disposición de los intereses y derechos que defiende. (Baumeister Toledo, A.1995)

Se nota también que el curador ad litem, al momento de ejecutar el cargo, está revestido de todos los poderes de un funcionario público, estando sometido a todas las responsabilidades civiles, disciplinarias y penales de estos. Pero por representar a una parte en el proceso, se identifica con ésta y por ella no puede ser recusado.

En este orden son muchas las similitudes con el ordenamiento colombiano, empero existen las naturales y obvias diferencias, resaltándose entre ellas, por su novedad, la no gratuidad de la labor del curador ad litem venezolano.

3.3 La figura del curador ad litem en Ecuador.

Al igual que se establece en Colombia, antes de la reforma del Código de Procedimiento Civil, en el vecino país del Ecuador, sólo podrán ser curadores ad litem los abogados inscritos y su designación, remoción, deberes, responsabilidad y remuneración se rigen por las normas sobre auxiliares de justicia. De la misma forma en cuanto a sus facultades los curadores Ad Litem, una vez nombrados, podrán dentro del proceso realizar todos los actos inherentes al proceso necesarios para tratar de sacar adelante los intereses de su representado, e incluso sustituir bajo su entera responsabilidad; pero lo que no podrá es recibir ni disponer del derecho en litigio.

A diferencia de Colombia en Ecuador las Curadurías Ad Litem, son un tipo de curaduría de naturaleza especial; pero tiene como norte la misma finalidad que busca el legislador en Colombia; es decir, servir como instrumento de defensa protegiendo los derechos de la persona que en un proceso se encuentra ausente; de ahí que en la legislación ecuatoriana este tipo de curaduría solo tendrá lugar ante la ausencia de toda otra representación para una persona en un proceso.

3.4 La figura del curador ad litem en la legislación Argentina

En la legislación de Argentina la institución de los Curadores Ad Litem, tiene una connotación especial, y es que los legisladores de ese país cercano, al regular su designación y operatividad, entra a efectuar un profundo análisis de cómo se debe apreciar el concepto de la ausencia y en este sentido se distingue entre la ausencia en sentido lato, común o no técnica y la ausencia técnica; entendiéndose por la primera el evento que una persona simplemente no se encuentra en un lugar determinado; contrario a lo que antecede, la ausencia técnica, es decir aquella que puede ser calificada por ciertas circunstancias particulares y de interés para el orden jurídico argentino, son reconocidas por el legislador, atribuyéndoles determinadas consecuencias.

En este sentido, según la circunstancia calificante de la ausencia, en la legislación argentina se distinguen tres (3) supuestos: a) ausentes de domicilio ignorado; b) ausentes con bienes en estado de abandono y c) ausentes con presunción de fallecimiento, siendo necesaria en cada

uno de estos supuestos de la ausencia, la intervención del Estado argentino, materializada en la Institución de los Curadores Ad Litem, con miras a garantizar en cada caso los derechos e intereses del ausente en un determinado proceso judicial. Al respecto Luis Moisset de Espanes, en su artículo La ausencia y la Ley 14.394 (1960), escribió:

Vamos a analizar brevemente cada uno de estos supuestos, para ver por qué razón esas circunstancias calificantes de la ausencia presentan interés para el orden jurídico. a) Ausentes de domicilio ignorado. Al estudiar los atributos de la personalidad hemos visto que uno de ellos era el domicilio, que es el lugar donde el derecho considera que la persona tiene el centro de sus relaciones. El conocimiento o la ignorancia del domicilio de la persona tiene gran importancia para el derecho; por ejemplo, el requerimiento de pago debe efectuarse en el domicilio del deudor; las demandas judiciales deben notificarse en el domicilio del demandado; la sucesión se abre en el último domicilio conocido del causante, etc., etc. Supongamos que se debe iniciar una demanda contra una persona cuyo domicilio se ignora, es decir que está ausente del lugar del juicio. Las leyes procesales contemplan esta situación y la solucionan disponiendo que en ese caso debe citársela por edictos, para que comparezca a estar a derecho y defender sus intereses en el juicio. Si no compareciera deberá nombrársele un representante, o curador ad-litem (para el juicio o litigio), para que atienda el cuidado de los intereses de este ausente de domicilio ignorado durante todo el trámite del litigio. Tenemos otros casos de aplicación en el Código Civil, en los artículos 57, inciso 3º (pago por consignación), 2846 (ausencia del propietario para la entrega de un bien en usufructo); 3203 (cancelación de hipotecas) y 3463 (partición de herencias). b) Ausentes con bienes en estado de abandono. Una persona se encuentra ausente del lugar de su domicilio y a este hecho negativo de la no presencia se suma otra circunstancia calificante: la persona ausente ha dejado bienes y no ha designado ningún representante o administrador con poderes suficientes, o sus poderes han caducado. Esos bienes están, pues, en estado de abandono, se encuentran en una situación de desamparo y corren peligro de deteriorarse y perderse. El Derecho civil debe contemplar esta situación y ponerle remedio; no puede permitir que dichos bienes continúen en estado de abandono. (Hay en juego dos intereses: uno de tipo social, que no se destruyan bienes que, en definitiva, forman parte de la riqueza conjunta de la sociedad; otro de tipo individual, proteger a la persona, cuyo patrimonio corre peligro). Este supuesto no había sido especialmente reglado por

el Código Civil, notándose aquí una grave laguna, que ha sido subsanada por la ley 14.394, sancionada el 22 de diciembre de 1954, que contiene una reglamentación orgánica, en sus artículos 15 a 21. La única disposición que podíamos encontrar en el Código relacionada con los ausentes con bienes en estado de abandono era el inciso 5º del artículo 54, que incluía entre los incapaces de incapacidad absoluta a los ausentes declarados tales en juicio. Esta disposición legal dio lugar durante mucho tiempo a enconadas controversias doctrinarias y jurisprudenciales respecto a quienes eran estos “ausentes declarados tales en juicio.

Siguiendo la opinión de la cátedra, se puede entender que eran los ausentes con bienes en estado de abandono. Actualmente la ley 14.394 cierra el camino a toda discusión, pues legisla expresamente sobre los ausentes con bienes en estado de abandono y dispone que se les nombre un curador que es, precisamente, el representante que debe nombrarse a los incapaces. Se debe hacer notar que en este caso todavía no se plantea, respecto al ausente, la duda sobre si está vivo o muerto. La única circunstancia que el derecho debe tener en cuenta es el cuidado, administración y conservación de los bienes que se encuentran abandonados. c) Ausencia con presunción de fallecimiento. Para que se configure este tercer supuesto de ausencia calificada, es necesario que se conjuguen tres circunstancias; 1) el hecho de que la persona se encuentre ausente del lugar de su domicilio o residencia en la República; 2) el transcurso de un término o plazo fijado por la ley y 3) la falta total de noticias o informes sobre la existencia de esa persona. Estas tres circunstancias deberán ser acreditadas en juicio, observando todo el procedimiento fijado por el Código Civil, que en este campo ha invadido en cierta medida la jurisdicción provincial en materia procesal”.

De lo anterior es evidente que en la legislación argentina, la institución de los Curadores Ad Litem, tienen una regulación aunque similar a la colombiana, concebida en un sentido más amplio, con diferencias marcadas en cada caso, que permite una mayor efectividad en la protección de los derechos involucrados.

3.5 La figura del curador ad litem en Costa Rica

Se aprecia que en Costa Rica la Institución de Curador Ad-Litem se regula en similares circunstancias que en Colombia, tal y como lo dispone el Código de Procedimiento Civil, se siguen percibiendo honorarios por sus servicios, los cuales son fijados por el juez de conocimiento y cuyo monto debe ser consignado por la parte demandante del asunto. Al igual que en Colombia la persona sobre la cual recae la designación de curador debe ostentar el título de

abogado y dicha designación es realizada a petición de la parte demandante u oficiosa de conforme a cada caso en concreto.

3.6 La figura del curador ad litem en Francia.

En materia de tratamiento legal del curador ad litem, Francia presenta unos avances novedosos, entre los que se cabe resaltar el hecho de que en esta legislación, se puede incluso representar a las víctimas en su condición de actor de la relación procesal, esto es, pueden actuar como querellantes y para un mejor desempeño en una particular labor contarán con la concurrencia efectiva de Trabajadores Sociales. Especialmente cuando se tratare de víctimas infantiles o adolescentes, en cuyos casos los curadores serán abogados titulados designados por la Corporación de Asistencia Judicial, institución pública cuya misión es entregar atención socio-jurídica, o cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes. Estos Curadores reciben subvención estatal remunerativa y amplio apoyo para el desempeño de su labor lo cual incluye alojamiento, transporte y alimentación en los sitios que por razones de su trabajo les toque desplazarse.

Por lo demás, al igual que en otros países el curador representará al ausente procesal en aras de la defensa de sus derechos y de la igualdad de las partes en litigio.

De acuerdo a lo observado, en las distintas legislaciones u ordenamientos jurídicos de cara a un estudio de derecho comparado es claro que la figura del Curador Ad Litem debe su presencia a la observancia del derecho de defensa y al debido proceso. Entidades que son común denominador a la hora de estudiar comparativamente las legislaciones que lo contemplan. Sin embargo no ha de olvidarse que en ordenamientos como el colombiano la figura del Curador Ad Litem, se ideó como un instrumento para evitar que el accionado, en una relación procesal cualquiera, torpedeara el avance y desarrollo del proceso con su ausencia o no comparecencia a la litis y reemplazando de paso el llamado demandado ausente o rebelde para comparecer en juicio.

Así las cosas, en todas las legislaciones latinoamericanas, incluyendo a Colombia; como también en distintas reglamentaciones del mundo, la figura del curador, como se anotó, no solo es una figura creada para destrabar la Litis y evitar la paralización de la justicia, sino principalmente para salvaguardar el derecho de toda persona a la defensa, ante postulados de rango constitucional y de esta forma establecer bilateralidad e igualdad entre las partes que comparecen al proceso.

Sin embargo se observa que la figura representativa del demandado ausente en la mayor parte de los países traídos a colación, en el estudio comparativo, de manera general reciben honorarios por el servicio en la gestión prestada y que solo excepcionalmente es gratuito, pero bajo las prebendas de que son organismos que pertenecen al Estado y actúan en representación de éste y con apoyo del mismo en su gestión; actuando todos bajo la principal finalidad de velar por el derecho de defensa del ausente y secundariamente bajo otros aspectos menos relevantes.

Conclusión

Estos son en síntesis los comentarios, de si las reformas procesales realizadas en el régimen colombiano en cuanto al tema planteado, han logrado una evolución o un retroceso; siendo partidarios de ambas hipótesis, debido a que por una parte, se le abona al legislador, el hecho de haber eliminado el pago de los honorarios por parte de los demandantes al *curador ad litem* de quien no puede comparecer o de quien se encuentra en rebeldía para comparecer, lo cual no resultaba ético en la defensa ejercida en la parte contraria; pero por otra parte se considera que ha sido un retroceso al instituir de manera obligatoria dicha labor en cabeza de un defensor de oficio, que recae sobre el abogado que ejerce habitualmente la profesión; no por la gratuidad, porque ésta está revestida de principios de solidaridad en cuanto a la ayuda y colaboración al Estado de parte de tan social profesión, como ya se ha recalcado, sino por la no utilización del Estado de las auténticas instituciones como son los defensores Públicos de la Defensoría del Pueblo y los estudiantes de Consultorio Jurídico. Los primeros sobre los parámetros de que se trata de un mandato que armoniza con las funciones propias de su cargo y que son la esencia de su labor profesional; además porque es el mismo Estado que los remunera para prestar este servicio y a la vez cumple con su deber ser y los segundos por la función social que por ley prestan, cuya contraprestación es el aprendizaje y formación integral, partiendo que sus actuaciones estas supervisadas y avaladas por profesionales docentes expertos para estos quehaceres.

De este modo han sido pocos los aportes de las reformas procesales en la figura del curador ad litem, tanto en los compendios procesales y normas complementarias, como acuerdos expedidos por las Salas Administrativas del Consejo Superior de la Judicatura o del recién Código General del Proceso. El cual aún por razones de operatividad, no se ha implementado en su integridad; puesto que se siguen vulnerando derechos fundamentales, valores y principios orientadores del derecho como es la moralidad, la ética, la protección de derechos en especial, el debido proceso; al darle responsabilidades de

defensa pública de intereses, que son del consorte de la parte demandada ausente, a profesionales, cuyo servicio actualmente es remunerado por el demandante y gratuito con las nuevas consideraciones de la Ley 1564 del 2012, pero con un agravante de obligatoriedad, que podría desdibujar el espíritu del legislador e incluso magnificar la corrupción; muy a pesar de los intentos de mejorar el sistema, ya que aún se visualizan aparentes defensas defectuosas, de las que se sirve el demandante para obtener fallos favorables a sus pretensiones, siguiendo la defensa técnica con las mismas limitaciones e influencias de quien es el actor en un proceso.

Desde otro punto de vista y siendo provechoso este espacio, sería relevante que se considere de cara a la Constitución de 1991, el deber ser del Estado para garantizar a sus asociados que el derecho de defensa no se quede en escritos o palabras y pueda materializarse en forma plena. En este sentido sería oportuno recomendar que sea el mismo Estado que asuma la carga de los honorarios de los Curadores Ad litem, ya no en cabeza de la Defensoría del Pueblo o de los Estudiantes de Consultorio Jurídico, como una primera propuesta, sino bajo la creación de un nuevo organismo con estas funciones de auxiliares de la justicia y

así evitar su paralización y brindar un servicio eficaz a sus usuarios. No sea lo anterior óbice para pensar que usuarios de la justicia, se puedan escudar en esta figura para eludir la carga de los costos que pueda generar al proceso y sus obligaciones de comparecer al mismo, porque el Estado puede diseñar mecanismos de control y repetición, en caso de que compruebe rebeldía del demandado y no imposibilidad para concurrir a la defensa de sus intereses.

Para concluir, se está convencido de que una vez acogida la propuesta y se coloque la labor de curador ad litem en cabeza de los defensores públicos adscritos a la Defensoría y en los estudiantes de Consultorio jurídico, o se creen organismos para dicha labor, se garantizaría una defensa idónea de la parte que no ha comparecido al proceso, disminuiría la congestión judicial que tiene paralizada a la justicia y se cumpliría con el verdadero objetivo de la Carta Magna y la norma, como es una imparcial e idónea defensa técnica, tal y como se viene aplicando en Legislaciones propias de imitar, como es la institución de Francia, la cual desarrolla con más amplitud el cumplimiento del derecho de defensa a través de herramientas que materializan el deber ser del Estado y donde se refleja a nivel mundial una verdadera evolución en las reformas procesales.



Referencias

- Baumeister Toledo, A (1986) Conferencia sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil, serie Eventos; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Arte Caracas
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 088 de 2006. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. 9 de febrero de 2006. . Expediente T-1234185.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 083 de 2014. Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa. 12 de febrero de 2014. Expediente D-9761.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 159 de 1999. Magistrado Ponente Gregorio Hernández Galindo. 17 de marzo de 1999. Expediente D-2177.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 071 de 1995. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. 23 de febrero de 1995. Expediente D-713.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 299 de 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. 31 de marzo de 2005. Expediente T-1018322.
- Moisset de Espanes, L (1960) La ausencia y la Ley 14.394. Cuadernos del Instituto de Derecho Civil, 1960-I, p. 5-52, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. consultado el día 13 de junio de 2014. disponible en http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fartausencia4%2Fat_download%2Ffile&ei=4IW8VOikA4uzggT01IPQBw&usq=AFQjCNGmRkkoipajhysmJ7i_njoNaPGKrQ&bvm=bv.83829542,d.eXY.
- República de Costa Rica. Código Procesal Civil. Ley No 7130.
- Código de Procedimiento Civil.
- Código General del Proceso.
- Galeano, P (2007). Manual de derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, p. 251-252. Editorial Leyer Bogotá D.C
- República de Colombia. Ley 1564 de 2012).
- República de Colombia. Procuraduría General de La Nación. Expediente D-9761-Concepto 5638