



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y HUMANÍSTICAS

CARRERA: DERECHO

TESIS DE GRADO

TEMA:

**“ LA AUTOCURATELA COMO MEDIDA PREVISORIA DE LA
PROPIA INCAPACIDAD, EN FAVOR DE LOS
DEMENTES EN ECUADOR.”**

Tesis presentada previo a la obtención del Título de Abogado de los Juzgados y tribunales de la República del Ecuador.

Autores:

Hinojosa Tapia Karina Tatiana

Zambrano Andrade paulina Jeanneth

Director:

Torga Hernández Nileidys

Latacunga - Ecuador

Abril - 2010

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotras Karina Tatiana Hinojosa Tapia y Paulina Jeanneth Zambrano Andrade, con cédula de ciudadanía número 050317237-1 y 050214737-4, de nacionalidad ecuatorianas, actuando en nombre propio, en calidad de autores de la tesis denominada: La autocuratela como medida previsoria de la propia incapacidad, en favor de los dementes en Ecuador; autorizamos a las Universidades Técnica De Cotopaxi y Hermanos Saíz Montes de Oca, para que utilice y use en todas sus formas el presente trabajo.

Las autoras declaramos que la obra objeto de la presente autorización es de su exclusiva autoría y detenta la titularidad sobre la misma.

Karina Tatiana Hinojosa Tapia

Paulina Jeanneth Zambrano Andrade

Lic. Nileidys Torga Hernández

AGRADECIMIENTO

Son muchas las personas que debería agradecer, pero me quedaré con las más trascendentales, las que siempre me han apoyado, en mi carrera universitaria y en de mi vida.

Ante todo, dar gracias a Dios, por estar conmigo en cada paso que doy.

Agradecer a mi familia porque se que desean mi bienestar desde mi país y si no fuese por el esfuerzo realizado por ellos, mis estudios no hubiesen sido posible.

Gracias a mi madre Gladys Tapia, por ser la incansable mujer que desde pequeña me ha guiado y acompañado en los momentos en que más la he necesitado. Por su apoyo, por su incondicionalidad de madre y principalmente por su amor que no espera nada a cambio.

Mi padre Hugo Hinojosa, gracias por los consejos que siempre me diste y por preocuparte de mi persona en todo el transcurso de mi carrera universitaria.

A mis hermanitas Génesis y Cristal por ser la luz de mis ojos y no puedo sino darles las gracias por entender las veces en que no pude estar con ellas, pero sobre todo por el inmenso amor que siento de su parte.

Un agradecimiento especial a mi pareja Julio César, gracias por haberme brindado tu amor cariño y comprensión, gracias por tu paciencia y sobre todo por tu apoyo incondicional.

A mi abuelita Isabel Tapia por bendecirme y apoyarme en todos los momentos de mi vida.

A mi tía María Eugenia Hinojosa por haber contribuido positivamente con su confianza y apoyo en mi vida personal y en mi carrera universitaria.

A toda mi familia en general porque a pesar de la distancia, el ánimo, apoyo y alegría que me brindan me dan la fortaleza necesaria para seguir adelante.

A mi tutora de tesis Lic. Nileidys Torga Hernández por orientarme a lo largo de la tesis y por compartir su conocimiento conmigo e inspirar en mí mucha admiración.

A mi querida Universidad Técnica de Cotopaxi, por haberme brindado la posibilidad de superarme como profesional y alcanzar mis metas propuestas.

A la Universidad Hermanos Saíz Montes de Oca, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Departamento de Derecho, por haberme brindado la posibilidad de terminar mi trabajo de tesis, por haber sido unas buenas personas y sobre todo muy colaboradoras en el transcurso del desarrollo del trabajo de tesis.

A mi compañera de tesis, Paulina Zambrano, por todo el tiempo compartido a lo largo de la carrera, por haber logrado juntas este triunfo y por ser unas muy buenas amigas.

Karina Tatiana Hinojosa Tapia

AGRADECIMIENTO

Como no agradecer al hacedor de mis días, tu Dios, mi creador, gracias por las bendiciones y los regalos que recibo día tras día. Eres el motor de mi vida, porque todo lo que tengo y lo que hago es por ti.

A mis padres, mil gracias por el apoyo incondicional que me brindan, por todos los sacrificios que hicieron a lo largo de mi carrera, así también por su comprensión y paciencia.

Agradecer sinceramente a mi tutora de Tesis Lic. Nileidys Torga Hernández, que con su conocimiento, orientación, esfuerzo y dedicación, me ha guiado no como una maestra sino como una amiga, por lo que mi admiración es infinita, me siento en deuda con ella, ya que no tuvo ningún reparo para compartir todo su saber, durante el tiempo que he permanecido en esta linda tierra.

Sin lugar a duda este trabajo no pudo haberse realizado sin la formación que recibí en mi querida Universidad Técnica de Cotopaxi durante estos cinco años de largo trajinar de mi vida estudiantil. Gracias a todos los maestros que contribuyeron en mi formación.

A todas las personas del Departamento de Derecho de la Universidad Hermanos Sainz Montes de Oca por toda la colaboración que nos brindaron en nuestro paso por este país.

A una persona muy especial Jorge Felix, un ser maravilloso que llego a mi vida e hizo que mi soledad se convirtiera en alegrías compartió conmigo momentos llenos de felicidad y tristezas , quien supo llegar a mi corazón y llenar el vacio y la

soledad que sentía pero sobre todo por apoyarme en mi más deseado anhelo,
culminar mi tesis, siempre vivirás en mi...

Y por último, estaré eternamente agradecido a mi amiga y compañera de trabajo,
Tatiana Hinojosa con quien he vivido momentos felices y tristes durante toda mi
formación profesional y la convivencia en esta etapa de nuestra vida.

A todos mis amigos pasados y presentes; pasados por ayudarme a crecer y
madurar como persona y presentes por estar siempre conmigo apoyándome en
todas las circunstancias que nos tocó pasar, también son parte de esta alegría, y
sin su apoyo quizá no hubiese podido cumplir mi meta. LOS RECORDARE.

PAULINA JEANNETH ZAMBRANO ANDRADE

DEDICATORIA

*Dedico este trabajo de tesis y toda mi carrera universitaria a Dios y a mis
padres: a Dios por ser quien me ha brindado salud, vida y sabiduría y a mis
padres por haber hecho de mí lo que soy hoy en día.*

*A mis hermanitas pequeñas Génesis Hinojosa y Cristal Hinojosa porque todas
mis alegrías son también de ustedes.*

Karina Tatiana Hinojosa Tapia

DEDICATORIA

*Esta tesis la dedico primeramente con mucho cariño y respeto a DIOS, por darme la oportunidad de vivir.
Gracias por levantarme de mis fracasos, por aprender de ellos y sobre todo por permitir cumplir el sueño
más importante de mi vida.*

Con mucho amor, a mis Padres, Segundo e Isabel, quienes han estado conmigo en todo momento, guiándome por el camino del bien. Ellos me han enseñado a superar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento. Me han dado todo lo que soy como persona.

Los valores, los principios, la perseverancia, el empeño que me han dado con una gran dosis de amor y sin pedir nunca nada a cambio, es recompensado ahora de mi parte. El alejarme de mis seres más queridos para conseguir el sueño anhelado es el sacrificio más grande que la vida me ha puesto en el camino, pero nada sería suficiente para pagarles lo que ustedes mis adorados padres han hecho. Espero ser su orgullo. Los adoro con todo mi corazón.

También, a mis hermanos, Patricia, Alexandra, Ampari, Omar por acompañarme en este difícil trajinar de la vida y apoyarme siempre. A ti Karina mi inolvidable y sobre todo amada hermana que estas aquí en estos momentos conmigo, se que tu alma esta junto a mi , te dedico con todo mi corazón mi tesis. Siempre te mantendrás viva en mi recuerdos. A Jimmy por brindarme su apoyo.

Este triunfo lo comparto con ustedes.

A mis sobrinos Stephany, Hamilton, Patricia, Nayzeth que con sus travesuras y sus sonrisas me hacen crecer y sentirme muy afortunada de tenerles.

“Pero sobre todo deseo dedicar este momento tan importante e inolvidable; a mi misma, porque me ha enseñado a crecer como persona y a valorar lo que verdaderamente importa mi Familia, mi Patria y el deseo de siempre ser lo que “YO QUIERO SER...”

PAULINA JEANNETH ZAMBRANO ANDRADE



UNIVERSIDAD TECNICA DE COTOPAXI
UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y HUMANISTICAS
Latacunga – Ecuador

TEMA:” LA AUTOCURATELA COMO MEDIDA PREVISORIA DE LA PROPIA INCAPACIDAD, EN FAVOR DE LOS DEMENTES EN ECUADOR.”

**Autores: Hinojosa Tapia Karina Tatiana
Zambrano Andrade Paulina Jeanneth**

RESUMEN

La investigación que se ha presentado, con las generales que se consignan, incursiona en un tema de los más interesantes y novedosos que propone el Derecho de Familia en la actualidad. Se halla sumamente vinculada a los cambios demográficos que a nivel mundial se están dando y concretamente, persigue soluciones para las situaciones jurídicas que ha consecuencia de ello se van

haciendo más comunes en todas las latitudes y por supuesto en Ecuador. La ponentes han concluido un trabajo investigativo que, si bien tiene como nervio central cuestiones de carácter jurídico en consonancia con su especialidad, toca materias propias de otras ramas del conocimiento que lo convierten en un material integrador y multidisciplinario.

La incapacidad ha sido definida por la profesora María del Carmen Gete Alonso como “una limitación sobrevinida de la capacidad de obrar de una persona, que comprende además, la puesta en funcionamiento de la institución de guarda.

Supone una restricción al libre desarrollo de la personalidad y al ejercicio de los derechos que afecta, en especial, a los principios de igualdad y al de libertad”.

La enfermedad es una de esas causas que históricamente se ha reconocido como una limitación natural. Las enfermedades que ocasionan la incapacidad se clasifican en físicas y mentales. En el segundo grupo se ha recogido por varias legislaciones a la locura, demencia e imbecilidad.

El vocablo demencia proviene del latín *de* que significa alejado más (*genitive mentis*) que significa mente.

El término demencia describe un grupo de síntomas causados por alteraciones de las funciones cerebrales.

Existen varias definiciones de demencia, para Quirós Pérez demencia es un trastorno mental de nivel psicótico, asociado a alteraciones orgánicas del encéfalo que resulta afectado en la etapa de vida en la que su desarrollo se ha completado (madurez).

Se caracteriza por la disminución general de la capacidad intelectual a niveles tales que da lugar a un comportamiento inadaptado al medio social, siempre que las causas que la provocaron sean lesionales y los efectos irreparables.

Para Cabanellas de Torres: sinónimo de demente es loco, carente de razón, privado de juicio, enajenado mental.

El artículo 1463 del Código Civil ecuatoriano se refiere a la incapacidad jurídica, declarando en su primer párrafo que son absolutamente incapaces, entre otros, los dementes.

Para los menores, entiéndase el que no ha cumplido los 18 años según lo que establece el artículo 21 de C.C, se prevé que la institución aplicable es la tutela, los artículos 371 y 1463 del C.C declara que la institución de guarda y protección para proteger a los dementes es la curaduría general, la designación de un

curador general para el demente debe estar precedida por una declaración del tribunal referida a la incapacidad del futuro curaletado.

El Poder de Previsión para la Propia Incapacidad “debe entenderse como la posibilidad, en cuanto sea admisible, de tomar medidas que aseguren la defensa de los intereses de la persona conforme a su propia voluntad y de forma integral”

Dentro de las instituciones tuitivas se han regulado la tutela y la curatela con semejanzas y diferencias más o menos agudas, según la legislación de que se trate.

Para el caso de Ecuador el instituto de la autotutela, también estaría mal denominado si tenemos en cuenta que tutores se le nombra a los menores y curadores, a los mayores; por lo tanto, si estamos creando una figura de la que puedan hacer uso las personas mayores de 18 años, deberíamos hablar de autocuratela.

En cuanto a la denominación de la figura analizada, tampoco ha sido homogénea la doctrina ni las legislaciones que la admiten.

Rivas Martínez prefiere denominarla como "autodelación de la tutela" mientras que Rendón Ugalde se inclina por la designación de “tutela voluntaria”, García Villegas, se pronuncia a favor del término “tutela autodesignada”

En conclusión, de las varias terminologías usadas para señalar el mismo fenómeno, nos inclinamos por la utilización de la tutela autodesignada, para el caso de Ecuador curatela autodesignada, por cuanto nos parece más descriptiva de la situación que designa.

Definimos la autocuratela como el negocio jurídico mediante el cual una persona jurídicamente capaz designa, positiva o negativamente y en orden de preferencia las personas que, según su voluntad, deban curatelo en el supuesto que se incapacite.

La autocuratela está llamada a operar en el espacio de tiempo que medie entre la extinción del mandato por incapacitación o interdicción del mandante y la ineficacia del testamento durante la vida del testador.

❖ Es un acto jurídico.

❖ Es unilateral.

En Ecuador en el art. 545 del CC, la autocuratela tendría *a priori* carácter oneroso.

El negocio de autotutela deberá ser considerado un acto personalísimo e indelegable.

La autotutela tiene también los caracteres de solemne, típico, revocable

NORMAS DE ALCANCE GENERAL EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO QUE RESPALDAN LA REGULACIÓN DE LA AUTOTUTELA.

En el derecho positivo ecuatoriano no hay norma respecto a la institución de la autotutela.

Sin embargo, consideramos que de las regulaciones en torno a la tutela y la curatela se puede concluir que la inclusión de esta figura, no iría en contra de los principios del Código Civil vigente y del Derecho ecuatoriano en general.

En la Constitución en el art. 66 se realiza una enumeración bastante amplia de algunos derechos que se reconocen a las personas y que garantizan la libertad.

En el numeral 5 se establece que se tiene derecho al libre desarrollo de la personalidad siempre y cuando esto no atente contra los derechos de los demás.

En el Código Civil aparecen varios artículos en los que se confiere a terceros la posibilidad de disponer acerca de la guarda y cuidado de personas que, de alguna manera, están ligados a ellos

El art. 380, manifiesta; que establece que el donante o testador puede sujetar el acto de liberalidad a la condición de que los bienes cedidos al que se encuentra bajo tutela o curatela, se administren por la persona que él ha designado; a menos que escuchados los parientes se piense que es mejor repudiar la herencia o donación que aceptarlos en estos términos. Si aceptada la designación herencia o legado y el donante no designa la persona o esta no es idónea el juez hará la designación

En este mismo sentido el artículo 381 expone las clases de guarda que existe. A su vez el artículo 478 admite que la curatela del demente puede ser de cualquiera de estas clases y faculta al adulto que se halle en estado de demencia a ser privado de la administración de sus bienes aunque tenga momentos de lucidez.

El artículo 386 admite que la designación de curador no se limite a los padres sino también cualquier otra persona mediante testamento o por acto entre vivos. La autotutela es una institución que tiene como objeto proteger al interdicto como lo es el demente

Corral García señala que la mejor solución radica en obligar al juez a respetar la voluntad del incapacitado.

En nuestra pretensión de buscar regulaciones del CC que justifiquen la admisión de la autocuratela, resultan curiosas las disposiciones del art. 459.

Tan significativo es el aporte de este artículo a nuestro análisis que es lógico que si se va a atender para la designación de un tutor a la voluntad de una persona que no ha alcanzado la mayoría de edad; muchos más motivos se tienen para considerar las disposiciones similares de quién ya fue plenamente capaz y le sobrevino la incapacidad por demencia luego de los 18 años.

De manera que aún cuando en el ordenamiento jurídico de nuestro país no hay reconocimiento expreso de la autocuratela, consideramos que de las regulaciones en torno a las instituciones de guarda de tutela y curatela se puede colegir que la inclusión de la figura, no iría al traste con los principios informantes del Código Civil vigente y del Derecho ecuatoriano en general.

ABSTRACT

The investigation that has been presented, with the general ones that are consigned, intrudes in a topic of the most interesting and novel that proposes the Right of Family at the present time. It extremely linked to the demographic changes that are giving at world level and concretely, it pursues solutions for the juridical situations that to consequence of they leave it making more common in all the latitudes and of course in Ecuador. The presenters have concluded an investigative work that, although it has as nerve central questions of juridical

character in consonance with their speciality, it plays matters characteristic of other branches of the knowledge that transform in an integrative and multidisciplinary material.

The inability has been defined by the teacher María del Carmen Gete Alonso like "a happened limitation of the capacity of working of a person that understands also, the setting in operation of guards institution.

It supposes a restriction to the free development of the personality and the exercise of the rights that it affects, in special, to the principles of equality and that of freedom."

The illness is one of those causes that historically has been recognized as a natural limitation. The illnesses that cause the inability are classified in physical and mental. In the second group it has been picked up by several legislations to the madness, insanity and imbecility.

The word insanity comes from Latin that it means far away more (genitive mentis) that means mind.

The term insanity describes a group of symptoms caused by alterations of the cerebral functions.

Several definitions of insanity exist, for Quirós Pérez insanity is a mental dysfunction of level psicótico, associated to organic alterations of the encéfalo that is affected in the stage of life in which its development has been completed (maturity).

It is characterized by the general decrease from the intellectual capacity to such levels that it gives place to a behavior inadaptado to the social means, whenever the causes that provoked it are injure them and the irreparable effects.

For Cabanellas de Torres: demented is synonym of crazy, lacking of reason, private of trial, alienated mental.

The article 1463 of the Ecuadorian Civil Code refer to the juridic inability, declaring in their first paragraph that are absolutely unable, among other, the demented.

For the minor, understand who has not turned the 18 years according to what establishes the article 21 of C.C, that the applicable institution is the it guides, the articles 371 and 1463 of the C.C declare that guards institution and protection to protect the demented are the general guardianship, the appointment of a general

healer for the demented it should be preceded by a declaration of the tribunal referred to the inability of the future curatado.

The Power of Forecast for the Own Inability " it should understand as the possibility, as soon as it is acceptable, of taking measures that assure the defense of the interests of the person according to their own voluntyand in an integral way"

Inside the institutions tuitivas they have been regulated the it guides and the guardianship with likeness and differences more or less sharp, according to the legislation.

For the case of Ecuador the institute of the autotutela, would be also not well denominated if we keep in mind that tutors are named the minor and healers, to the adults; therefore, if we are creating a figure of which can make use to the people 18 year-old grown ups, we should speak of autocuratela.

As for the denomination of the analyzed figure, neither it has been homogeneous the doctrine neither the legislations that admit it.

Rivas Martínez prefers to denominate it as "autodelacion of the guides " while Rendón Ugalde leans for the appointment of "it guides voluntary", García Villegas, is pronounced in favor of the term "it guides autodesignada"

In conclusion, of the several terminologies used to point out the same phenomenon, we lean for the use of it guides autodesignada, for the case of Ecuador guardianship autodesignada, since we find more descriptive of the situation than it designates.

We define the autocuratela like the juridical business by means of the one which a person legally capable it designates, positive or negatively and in preference order people that, their volunty should be curatellarlo in the supposition that is disabled.

The autocuratela is called to operate in the space of time that it mediates among the extinction of the command for handicap or interdiction of the mandante and the inefficacy of the testament during the life of the testator.

" It is a juridical act.

" It is unilateral.

In Ecuador in the art. 545 of the DC, the autocuratela would have onerous character a priori.

The autocuratela business will be considered an act personalísimo and indelegable.

The autocuratela also has the characters of solemn, typical, revocable

NORMS OF IT REACHES GENERAL IN THE ECUADORIAN CIVIL CODE THAT SUPPORT THE REGULATION OF THE AUTOCURATELA.

In the right positive Ecuadorian there is not norm regarding the institution of the autocuratela.

However, we consider that of the regulations around it guides and the guardianship we can conclude that the inclusion of this figure, would not go against the principles of the effective Civil Code and of the Ecuadorian Right in general.

In the Constitution in the art. 66 are realize an wide enumeration of some rights that are recognized to the people and that they guarantee the freedom.

In the numeral 5 settle down that is entitled to the free development of the personality provided this doesn't attempt against the rights of the other ones.

In the Civil Code several articles appear in those that it is conferred at third the possibility to prepare about the guard and care to the people that, somehow, they are bound to them

The art. 380, apparent; that the donor or testator can hold the act of liberality to the condition that the goods given the one that is low guide or guardianship, be administered by the person that he has designated; unless listened the relatives are thought that it is better to reject the inheritance or donation that to accept them in these terms. If accepted the appointment inheritance or legacy and the donor don't designate the person or this it is not suitable the judge will make the appointment

In this same sense the article 381 expose guard's classes that it exists. In turn the article 478 admit that the demented guardianship can be of anyone of these classes and it authorizes the adult that is in state of insanity to be deprived of the administration of its goods although this person has moments of lucidity.

The article 386 admit that healer's appointment is not limited the parents but also any other person by means of testament or for act among alive. The autocuratela is an institution that has like object to protect to the injunction like it is it the demented

Corral García points out that the best solution resides in forcing the judge to respect the will of the one disabled.

In our pretense of looking for regulations of the CC that justify the admission of the autocuratela, are curious the dispositions of the art. 459.

So significant it is the contribution from this article to our analyses that is logical that if it will assist for the appointment from a tutor to the will of a person that has not reached most of age; many more reasons are had to consider the similar dispositions of who it was already fully capable and it happened him the inability for insanity after the 18 years.

So that still when in the juridical classification of our country there is not expressed recognition of the autocuratela, we consider that of the regulations around guard's institutions of it guides and guardianship you can deduce that the inclusion of the figure, would not go to the fret with the principles informants of the effective Civil Code and of the Ecuadorian Right in general.

“(...) lo que todos debemos asegurar a nuestro prójimo es un servicio de amor, para que siempre se defienda y promueva su vida, especialmente cuando es más débil o está amenazada. Es una exigencia no sólo personal sino también social, que todos debemos cultivar, poniendo el respeto incondicional de la vida humana como fundamento de una sociedad renovada.”

Joannes Paulus II

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN / 10

CAPÍTULO I: Generalidades en torno a la curatela como institución de guarda de las personas incapaces por demencia. /18

- 1. Precisiones conceptuales previas y necesarias sobre la capacidad jurídica de las personas: la incapacidad jurídica. /18**

1.1 Distinción de las categorías de incapacidad, capacidad restringida y discapacidad. /23	
1.2 La demencia como causa de incapacidad jurídica. /26	
2. La curatela como institución de guarda y cuidado de las personas. /29	
2.1. Evolución histórica. /29	
2.2 Concepto y naturaleza jurídica. /35	
2.3 Distinción con la tutela. /38	
2.4 Contenido y ejercicio. /40	
3. Reconocimiento y regulación de la curatela en beneficio de los dementes en el Código Civil ecuatoriano. /41	
CAPÍTULO II: Una mirada a la autocuratela, como medida pevisoria de la propia incapacidad, en favor de los dementes, desde la doctrina y la legislación civil ecuatoriana. /44	
1. La previsión de la propia incapacidad o autoprotección. /44	
1.1 Fundamentos de la necesidad de prever la propia incapacidad. /46	
2. La autocuratela. /48	
2.1 Notas históricas. /49	
2.2 Denominación y concepto. /51	
2.3 Naturaleza jurídica. /55	
2.4 Características. /57	
2.5 Elementos. /60	
2.6 Regulación en el Derecho Comparado. /61	
3. Normas de alcance general en el Código Civil ecuatoriano que respaldan la regulación de la autocuratela. /65	
CONCLUSIONES / 70	
RECOMENDACIONES / 71	

BIBLIOGRAFÍA / 72

INTRODUCCIÓN

La existencia del ser humano se puede abreviar o reducir a una secuencia de actos y sucesos de la cual la mayoría de las personas, si son plenamente capaces, se consideran dueñas y responsables; por tanto es legítima y lógica la pretensión humana de que toda su vida esté dominada, sin solución de continuidad, por su propia voluntad. Es por ello que se ha hecho frecuente en los tiempos actuales, como producto del desarrollo de la humanidad y la creciente complejidad de las relaciones sociales, que las personas interesen disponer la organización y administración de sus bienes y el cuidado de su persona, cuando

comienzan a temer o sentir el menoscabo progresivo y la pérdida de sus facultades.

Para responder a estas necesidades pudiera pensarse, en principio, en el contrato de mandato para aquellos actos a celebrarse *inter vivos* y en el testamento si lo que se quiere es que surta efectos luego de la muerte del testad|or. Sin embargo, entre la extinción del mandato por la incapacidad del mandante y el fallecimiento de ese individuo, con la correspondiente apertura de la sucesión mixta o testamentaria, que son las que permiten la intervención también de su voluntad; muchas veces discurre un lapso (precisamente el de la incapacidad), durante el cual lo querido por la persona no es trascendente en la protección de sus intereses, las emisiones de voluntad del sujeto no son válidas para el Derecho y por ello carecen de fuerza vinculante y obligatoriedad.

Por otro lado no nos parece razonable desconocer las evidencias sociales, pues la realidad contemporánea demuestra un notable incremento de las causas que conllevan a que algunas personas se incapaciten¹. Aparejada a esta situación y como suceso relativamente frecuente, el resultado de la incapacitación de un individuo produce que esa persona que ha sido incapacitada quede en la miseria, mientras que sus bienes van a parar a manos de otros individuos completamente desaprensivos. Las instituciones protectivas han sido tradicionalmente valoradas como las óptimas para el amparo a la persona que se incapacita; en su concepción tradicional, con modernas reformulaciones o con la aparición de

¹ (...)

Recordemos que hasta el siglo XIX, la vida humana era mucho más corta y el hombre moría a causa de infecciones en epidemias y fiebres incontrolables. Pero es en ese mismo siglo que se producen avances notables en materia sanitaria tendentes a lograr la higiene en general y la asepsia en los centros de salud. (...)

La longevidad desarrolla en un alto número de personas enfermedades que ocasionan el deterioro de órganos y tejidos, problemas de motricidad impeditivos, y deterioros psíquicos que se traducen en conductas patológicas compatibles con la demencia. (...).RENDÓN UGALDE, Carlos: "Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela" en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, no. 11, México, mayo-agosto de 2005, <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr4.pdf>, consultado el día 9 de febrero de 2010.

instituciones semejantes y afines², están llamadas a adquirir relevancia una vez que se comprenda y se haga consciente la necesidad y conveniencia de prestar una protección verdadera y ampliamente satisfactoria a las personas que la requieren. En este sentido y haciendo una interpretación integradora de los extremos hasta aquí expuestos, se impone una valoración mínima: la posibilidad de elección de la persona o institución a la que encomendar el cuidado propio y la administración de los bienes. La libre elección personal y la autonomía de la voluntad tienen que estar por encima de una abstracta preferencia legislativa o de la decisión tomada por un juez. Nadie mejor que el propio interesado, cuando todavía está plenamente lúcido, para organizar su patrimonio y el cuidado de su persona para el futuro, si así lo quisiera.

Toda legislación civil y familiar que responda a un Estado protector de aquellas personas en situación de inferioridad social, debe hacer descansar su normativa en un tratamiento adaptado a las condiciones reales y la especialización que permita la eficacia de la función tuitiva. La presente investigación tiene que ver con la previsión de la propia incapacidad o autoprotección; o sea, con las disposiciones y estipulaciones que pueden realizar las personas capaces en relación con la incapacidad que les pueda sobrevenir.

Concretamente el estudio que se propone se relaciona con la autocuratela, como medida pevisoria de la propia incapacidad. Interesa investigar sobre las posibilidades que ofrece el Código Civil ecuatoriano para la inclusión del negocio jurídico que pueden realizar las personas capaces, tendente a la designación de un curador para cuando les sobrevenga la incapacidad, con la especial consideración de esta figura como una vía efectiva y beneficiosa de protección a los dementes. No significa esto que la autocuratela no pueda funcionar para otras incapacidades sobrevenidas como el ebrio consuetudinario, la sordomudez, el disipador, etc.; pero la diversidad de causas que pueden dar lugar a la necesidad

² Autotutela, autocuratela, patria potestad prorrogada, patria potestad rehabilitada, la figura del defensor judicial como órgano caduco de actuación pevisoria de representación y administración, el guardador de hecho, que sin ser un órgano tutelar *strictu sensu*, se reconoce su existencia y se concede validez a determinados actos realizados en beneficio del necesitado.

de poner a una persona bajo curatela, nos obliga a limitarnos a sólo una. Vale aclarar que nos hemos concentrado en la autocuratela a favor de los dementes porque dentro de las personas totalmente incapaces según la legislación civil ecuatoriana³, este es el grupo más numeroso y la afección más común y abarcadora.

El tema que se abordará ha sido tratado por la doctrina de varios países, aunque su reconocimiento legislativo no ha sido unánime.⁴ La teoría acerca de las figuras autoprotectivas de autotutela y autocuratela es bastante homogénea, pero existen variaciones en cuanto a su consagración normativa al puntualizar la capacidad necesaria para que se constituya válidamente, requisitos para su eficacia, formalidades del acto, etc.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano aún no está contemplada la posibilidad de implementación de la figura de manera expresa e inequívoca. De hecho, la normativa nacional todavía no ha incorporado la autonomía legislativa del Derecho de Familia con relación al Derecho Civil, según las corrientes más modernas y avanzadas sobre este tema⁵. No obstante, pudiera decirse que en sede de medidas de autoprotección ambas ramas del Derecho se rozan y entrecruzan. Lo cierto es que el simple hecho de la falta de regulación de la autocuratela hace

³ Artículo 1463 del Código Civil ecuatoriano: Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.

(...)

⁴ Téngase en cuenta que en la doctrina generalmente se analiza la autotutela y no la autocuratela, como medida previsorio de la propia incapacidad, por ser esta institución de guarda la que reconoce la legislación correspondiente al autor del material consultado. Para examinar trabajos sobre el tema véase: MARTÍNEZ GARCÍA, José Ángel, "Apoderamientos preventivos y autotutela" en *La Protección Jurídica de Discapaces, Incapaces y personas en Situaciones Especiales*, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000 (España). MONTSERRAT PEREÑA, Vicente: "El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés" (España) en <http://www.escribaniapadula.com.ar/pag/AutocurTandil07.html> consultado el día 19 de febrero de 2010. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad? (Argentina). RENDÓN UGALDE, Carlos: *Op. Cit.* (México). MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús: "Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela." Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Notarial. Tutora: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. Universidad de La Habana, 20 de noviembre de 2007, copia cedida por su autor. (Cuba).

⁵ Al respecto *Cfr.*: MESA CASTILLO, Olga: Derecho de Familia, Módulo 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 22-24.

evidente los reclamos de la norma y de la realidad imperante para la inclusión de la figura ausente.

A nuestro juicio es de gran importancia analizar el tema que nos ocupa por la repercusión sociojurídica que puede tener en las personas. Su contenido es de actualidad mundial y nacional y su incursión en la legislación y la doctrina patria es prácticamente nula. Quizás la novedad de la figura sea el costo que han pagado las legislaciones que la desconocen. A pesar de poder ser la implementación de la autocuratela, la solución a las pretensiones de varias personas, dementes o no, existe gran desconocimiento sobre su existencia e incluso en el propio sector jurídico se perciben dudas acerca de su admisión de acuerdo a la normativa vigente.

Para dar cauce a los puntos de vista aquí expuestos, al tema de investigación propuesto y a la necesidad de regulación de la autocuratela nos planteamos el siguiente **problema científico**:

¿Cuáles son los presupuestos doctrinales y legales que ofrece el Código Civil vigente para la regulación de la autocuratela, como medida pevisoria de la propia incapacidad, en favor de las personas dementes en Ecuador?

En correlación con ello el objeto de investigación lo constituye: **la autocuratela, como medida pevisoria de la propia incapacidad, en favor de las personas dementes**. Para dar respuesta al problema señalado se han trazado los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL

- Valorar los presupuestos doctrinales y legales que ofrece el Código Civil ecuatoriano para la inclusión de la figura de la autocuratela, como medida pevisoria de la propia incapacidad, en favor de las personas dementes.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

-
- Caracterizar la curatela como institución de guarda de las personas incapaces jurídicamente por demencia, desde la doctrina y la legislación civil ecuatoriana.
 - Sistematizar los presupuestos doctrinales y legales que sustentan la regulación de la autocuratela en favor de las personas dementes, desde la doctrina y la legislación civil ecuatoriana.

Consecuentemente presentamos las preguntas científicas que guiarán la investigación en busca de la coherencia entre el problema científico, los objetivos de la investigación y los resultados que se pretenden obtener a partir de ella.

- ¿Qué rasgos esenciales informan a la curatela, como institución de guarda de las personas incapaces jurídicamente por demencia, desde la doctrina y el Código Civil ecuatoriano?
- ¿Cuáles son los presupuestos doctrinales y legales consagrados en el Código Civil, trascendentes para la inclusión de la autocuratela como medida previsorio de la propia incapacidad en favor de las personas dementes en Ecuador?

Los métodos empleados en la investigación son esencialmente cuatro, reconocidos todos ellos por la Metodología de la Investigación Sociojurídica. Entre ellos existe una relación dialéctica que sirve para lograr eficazmente los resultados de este material científico:

- **Teórico-jurídico:** permitirá definir las categorías jurídicas que serán aludidas con reiteración a lo largo de la investigación y que por ello precisan ser abordadas y explicadas con profundidad y complejidad. Implica partir de la variedad de criterios, puntos de vista y diversidad de información recopilada durante las consultas y revisiones bibliográficas, para obtener los basamentos teóricos esenciales de las figuras tratadas y su integración en la investigación. En el caso específico de este trabajo será utilizado para caracterizar doctrinalmente las instituciones de la curatela y autocuratela.
- **Exegético:** permitirá el análisis de la eficiencia y eficacia de la norma, así como estudiar su sentido y alcance, calidad gramatical y si se logra lo que con ella

se persigue. Permite al investigador comprobar la correspondencia existente entre la norma jurídica analizada y la realidad socioeconómica existente. En esta investigación será de gran utilidad en aquellos casos en los que se analicen las regulaciones relativas a la capacidad jurídica de las personas y la curatela en la legislación ecuatoriana.

➤ **Análisis histórico:** se empleará para tratar el comportamiento de las instituciones analizadas en el tiempo, su devenir y las tendencias más modernas al respecto. Permite confrontar el Derecho nacional con el Derecho histórico; enfocar y visualizar el tema con una perspectiva histórica y proyectarlo en la actualidad con base en el proceso evolutivo típico de las instituciones jurídicas. Particularmente aportará la evolución histórico doctrinal de la figura de la curatela.

➤ **Jurídico comparado:** permite alcanzar una generalización teórica, basada en la comparación de distintas legislaciones. Facilitará el estudio de instituciones, principios y reglas en varios sistemas de Derecho. En esta investigación se concentrará en el análisis de la autocuratela como medida previsorio de la propia incapacidad en las legislaciones de otros Estados de nuestro interés y con ello permitir una valoración de la legislación ecuatoriana al respecto, que la convierta en instrumento cada vez más eficaz y actualizado.

La **técnica de investigación** utilizada fue el **análisis de documentos**, tomando en consideración que estamos en presencia de una investigación esencialmente doctrinal es indispensable, en armonía con los métodos propuestos, la revisión de las fuentes bibliográficas; lo que supone desde las Ciencias Jurídicas analizar trabajos, investigaciones anteriores y legislaciones que se soportan en documentos actuales e históricos referenciales de gran utilidad. La bibliografía que nos proyectamos utilizar es numerosa, sobre todo aquella que se encuentra a disposición nuestra en soporte digital.

En el desarrollo de la investigación se identifican tres etapas esenciales: la primera se corresponde con la búsqueda, recopilación y levantamiento bibliográfico respecto al tema en cuestión; la segunda está relacionada con la confección del diseño de investigación que ha sido fundamento de ésta con el protagonismo de

las autoras y su revisión por parte de la tutora y por último la redacción del cuerpo de la tesis.

En cuanto a la estructura formal: el trabajo consta de un primer capítulo eminentemente teórico denominado “Generalidades en torno a la curatela como institución de guarda de las personas incapaces por demencia”. En él se estudia, desde la doctrina y la legislación civil ecuatoriana, el instituto de la curatela en relación con la demencia como causal de incapacidad. Se reflejan, además, cuestiones doctrinales relativas a la capacidad jurídica y su ejercicio, con especial referencia a la incapacidad y aspectos relativos a la demencia.

El segundo capítulo se ha denominado: “Una mirada a la autocuratela, como medida pevisoria de la propia incapacidad, en favor de los dementes, desde la doctrina y la legislación civil ecuatoriana”. En él se analiza la autocuratela como medida pevisoria de la propia incapacidad desde la doctrina y las disposiciones normativas del Código Civil ecuatoriano, para justificar la posibilidad de la inclusión de la figura sin alterar la coherencia y armonía de la norma.

Consecuentemente con el problema científico planteado y los objetivos que persigue esta investigación, se obtienen los resultados siguientes:

- Un material para estudios y consultas sobre el tema que contenga clara y sistematizadamente, los postulados doctrinales y legales que fundamentan la regulación de la autocuratela, como medida pevisoria de la propia incapacidad, en favor de las personas dementes en Ecuador desde la legislación civil, así como análisis de Derecho Comparado, criterios sobre las deficiencias legales en el ordenamiento civil ecuatoriano relativas al instituto jurídico que se analiza y los razonamientos puramente jurídicos de las autoras, en aras de que puedan ser valorados para futuras modificaciones de la norma.

CAPÍTULO I: Generalidades en torno a la curatela como institución de guarda de las personas incapaces por demencia.

1. Precisiones conceptuales previas y necesarias sobre la capacidad jurídica de las personas: la incapacidad jurídica.

Desde el surgimiento del Derecho y hasta los tiempos actuales, los conceptos de *persona*, *personalidad*, *sujeto de derecho* y *capacidad jurídica* han sido categorías doctrinales objeto de fuertes disquisiciones teóricas y legales. Incluso, en varias

cuestiones relativas a estos términos no se ha conseguido sentar una posición homogénea en las diversas latitudes. Su aplicación actual no se identifica íntegramente con la concepción que al respecto tenía los romanos, pero es sin dudas de esa primera fuente de donde bebemos para establecer las diferencias hoy en día. De las varias ciencias que han incursionado en la conceptualización y estudio de las categorías antes citadas no se puede sustraer al Derecho, producto a que están asociadas a quienes, según el criterio de muchos, constituyen el eje cardinal de las ciencias jurídicas⁶. Es por ello que consideramos atinado, antes de referirnos a conceptos más específicos, puntualizar nuestra posición sobre este particular; más aún cuando sabemos que la institución central de nuestra investigación cobra eficacia como consecuencia de una deficiencia en la capacidad jurídica del ser humano.

En los marcos de nuestra ciencia la extensión del término *persona* es mucho más amplia que en el sentido vulgar del vocablo, ya que abarca más que al hombre individualmente considerado. Así, se recoge además bajo este rubro a la persona jurídica⁷, por lo que se impone considerar el aludido término de manera generalizadora como “ente capaz de derechos y obligaciones, que existe incluso aisladamente, pues se es persona desde el nacimiento”⁸. En estrechísima relación con este concepto encontramos el de *sujeto*, que “hace referencia a la persona dentro, o actuando, en una relación jurídica concreta”⁹; “sujeto de derecho es la propia persona inmersa en una concreta relación jurídica, bien como titular de un derecho o sujeto activo, o como titular de un deber u obligación o sujeto pasivo o

6 Hermogeniano plantea en el Digesto (D.1, 5, 2.): *Hominum causa omne ius constitutum est*. Con esta idea se sitúa al hombre en el centro de las relaciones humanas y jurídicas, se concibe al sujeto como creador y causa esencial de las elaboraciones del derecho.

7 Agrupación de personas individuales o patrimonio, con una estructura orgánica tal que les permita cumplir intereses económicos y sociales, así como jurídicos, reconocidos estos por la voluntad estatal. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta en Derecho Civil. Parte General, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 154. Coordinado por Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ.

8 DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa en Derecho Civil. Parte General, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 101. Coordinado por Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ.

9 *Ídem*.

ambos”¹⁰. Como característica propia, la relación jurídica siempre se establece entre personas que son consideradas su elemento subjetivo, o sea, esas personas son los sujetos de dicha relación.

En cuanto a la *personalidad*, es vista como un atributo esencial de la persona que le viene dado por el sólo hecho de serlo y es entendida como la aptitud que le es inherente para ser titular de obligaciones y derechos. Normalmente la *personalidad* se mantiene inalterable durante la existencia de la persona, aún cuando se le ajusten los conceptos de nacimiento y desaparición, pues con el fallecimiento o la extinción de una persona se eclipsan las actitudes para ostentar créditos y deudas (personalidad) que adquirió cuando su nacimiento, constitución o concepción.¹¹

“Por *personalidad jurídica* entendemos la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, reconocida por el Estado, a través del ordenamiento legal que como voluntad suya se impone a la sociedad. Es general e inalterable, lo cual significa que si se es persona, se tiene personalidad, con independencia de las cualidades o características físicas o psíquicas del individuo. Toda persona, por el sólo hecho de serlo, tiene personalidad, atributo o cualidad esencial de ella que es reflejo de su dignidad”¹².

Por último, “la *capacidad* es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, que se manifiesta respecto a relaciones jurídicas determinadas”¹³. En contraposición con la *personalidad*, que es una categoría abstracta, la *capacidad* se aprecia en situaciones específicas en relación con las cuales se precisa su determinación. BORDA define la capacidad de las personas jurídicas como la

10 VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: “Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana”. CD Libro Homenaje a la Doctora Olga MESA CASTILLO. p. 348.

11 Sobre este particular es preciso definir a qué teoría del surgimiento de la personalidad se afilia cada ordenamiento jurídico: teoría de la concepción, del nacimiento, de la viabilidad (fisiológica y legal), ecléctica y psicológica. Vid. CLEMENTE DÍAZ, Tirso: Derecho Civil. Parte General, Tomo I, Primera Parte, ENPES, U.H., La Habana, 1983, p. 202 a 207.

12 VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *Op. Cit.* p 347.

13 FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta y Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ: Derecho de la Persona en Introducción al estudio del Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana 2003, p 180. Coordinado por Andry MATILLA CORREA.

“aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones”.¹⁴ Al igual que con los términos de *persona* y *sujeto de derecho*, entre las categorías de *personalidad* y *capacidad jurídica* existe una relación directa.

Pudiera parcialmente concluirse entonces que la *persona* es el ente natural o ficticio que se constituye titular y eje de una serie de derechos y deberes y de la relación jurídica íntegramente considerada. Este ente, por el simple hecho de serlo y sin requerir la concurrencia de más requisitos, posee aptitudes para tener derechos y obligaciones, lo que determina su *personalidad* como cualidad esencial que le acompaña. Si bien es cierto que la existencia de una categoría determina la existencia de la otra, no es correcto identificarlas ni confundirlas; pues a juicio nuestro la primera es de carácter objetivo (más allá de la existencia de las personas jurídicas que son ficciones legales y por tanto no se pueden palpar como al ser humano) y la segunda atiende notablemente a la dimensión subjetividad. La persona, con respecto al derecho objetivo, es el ente sustantivo y la personalidad es la cualidad consustancial, fundamental o atributo inherente a él. Cuando la *persona* con *personalidad jurídica* reconocida por las normas estatales se desenvuelve en una relación jurídica concreta se torna técnicamente en *sujeto de derecho*. Por tanto, la *persona* y la *personalidad* son categorías generales y el *sujeto* y la *capacidad jurídica* son sus concreciones. La *capacidad* es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones pero valorado en una particular relación jurídica. Para simplificar aún más estas cuestiones, pudiera decirse que la *persona* y la *personalidad* son conceptos que al valorarse en una relación jurídica específica se transfiguran en los conceptos de *sujeto* y *capacidad jurídica* respectivamente.

Es fácil comprender con lo explicado hasta el momento que las categorías *personalidad* y *capacidad* están muy relacionadas. La primera es aptitud en potencia y la segunda su atemperamiento a una relación jurídica concreta. La *capacidad* debe ser entendida como la aptitud para ser parte en una relación

¹⁴ BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Parte General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999. Duodécima edición, Tomo I, p. 390.

jurídica y ejercer por sí las obligaciones y derechos de los que se es titular. A su vez la capacidad civil se desdobra en dos manifestaciones o clases: la capacidad de hecho, de obrar o de ejercicio y la capacidad de derecho, de goce o de adquisición; estos conceptos pueden variar en su consideración de un autor a otro, pues algunos tratadistas reconocen la segunda como sencillamente capacidad jurídica en contraposición a la capacidad de obrar¹⁵. Esta bipartición no fue exactamente conocida por los romanos, aunque no todas las personas tenían la misma capacidad para ejercitar acciones y derechos, siendo la edad el elemento que más influía en este sentido.

La capacidad jurídica de adquisición es la aptitud para ser titular de deberes y derechos, poseerlos, gozarlos, ostentarlos; no implica actividad, supone una posición estática de la persona. Es una cualidad esencial, básica e inherente a ella por lo que debe reconocérsele igualmente y sin cortapisas a todos y no puede ser objeto de renuncia en uso de la autonomía de la voluntad privada ni de privación por ningún órgano. En principio esta capacidad es elemental, única, irreductible y homogénea para todos los hombres, aunque en casos excepcionales puede manifestarse restringida en algunas relaciones jurídicas y sólo si existe una previsión anticipada por la ley.

“Por consiguiente, se afirma que la capacidad jurídica no es susceptible de graduación o matizaciones: se tiene o no se tiene; se es persona o no. Con lo que, a fin de cuentas, los términos capacidad jurídica (capacidad de derecho para nosotros)¹⁶ y personalidad vienen a ser coincidentes”.¹⁷ BORDA vincula la capacidad de derecho con la personalidad humana misma, ya que “todas las personas son, en principio, capaces de derecho”.¹⁸

¹⁵ LACRUZ VERDEJO, José Luis *et al.*: Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Volumen segundo. Personas. Tercera Edición. Revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Editorial Dykinson, Madrid, 2002. p 2. LASARTE, Carlos: Principios de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la Persona. Tomo I, Oncena Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid 2005. p 177.

¹⁶ Aclaración de las autoras.

¹⁷ LASARTE, Carlos: *Op. Cit.* p. 177.

¹⁸ BORDA, Guillermo A: *Op. Cit.* p. 390.

Por otro lado, la capacidad de hecho es la cualidad que permite a las personas, estar en aptitud de realizar eficazmente actos jurídicos; es decir, posibilita que podamos ejercitar o accionar individualmente aquellos derechos que poseemos y que nos han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin necesidad de que otros sujetos nos representen o vengán a complementar nuestra capacidad. Esta otra arista de la capacidad jurídica no es reconocida con la misma amplitud a todos los individuos y si bien la capacidad plena constituye una presunción *iuris tantum*, los diversos sujetos pueden encontrarse en situaciones de capacidad restringida o simplemente carecer de ella en observancia de las respectivas limitaciones que puedan establecerse. Su ejercicio está condicionado por la presencia de disímiles exigencias que establece cada ordenamiento jurídico y que de no existir acarrearán, inevitablemente, un ajuste a la capacidad de obrar. Incluso, es perfectamente posible que una persona con capacidad de obrar plena no pueda constituirse como sujeto de una relación jurídica concreta por no concurrir en ella ciertos requisitos adicionales que exige la ley para la realización de determinados actos, dando lugar a lo que se conoce doctrinalmente como capacidades especiales; *V.Gr: Según el artículo 316 del Código de Civil ecuatoriano no es suficiente la mayoría de edad y consiguiente capacidad de las personas para adoptar, se exige ser mayor de 30 años*. Las causas limitativas de la capacidad de obrar tienen que estar expresamente reguladas en la ley y en caso de dudas para su apreciación siempre debe primar un criterio restrictivo.

En todo caso la incapacidad para conceptualizarse parte de la consideración de la capacidad. Para CABANELLAS DE TORRES la incapacidad civil es la declarada expresamente por la ley o establecida por sentencia judicial y que de manera absoluta o relativa impide ejercer derechos, contraer deberes e intervenir en negocios jurídicos¹⁹.

¹⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Editorial Heliasta, Argentina, 2008, p. 222.

A criterio de DIEZ AZCONEGUI: “En lo que se refiere a la incapacidad de las personas jurídicas, ésta también se puede clasificar en incapacidad de derecho o de hecho.”²⁰

Para algunos autores el concepto de incapacidad puede colegirse de interpretar en un sentido negativo la capacidad de obrar, pues es una condición que afecta la capacidad de hecho de los individuos, es la privación o restricción de la capacidad de ejercicio de una persona. La incapacidad ha sido definida como “una limitación sobrevinida de la capacidad de obrar de la persona, que comporta además, la puesta en funcionamiento de la institución de guarda. Supone una restricción al libre desarrollo de la personalidad y al ejercicio de los derechos que afecta, en especial, a los principios de igualdad y al de libertad”²¹. Implica una imposibilidad total para accionar los derechos de los que se es titular.

1.1 Distinción de las categorías de incapacidad, capacidad restringida y discapacidad.

Como expusimos *supra* la incapacidad es una categoría que varía el desenvolvimiento del individuo en la sociedad en la que se encuentra y modifica su modo de actuación en la esfera jurídica, constituye una excepción a la regla general de plena capacidad y precisa de un proceso y sentencia previos que se fundamentan en supuestos expresamente reconocidos por la ley para que surta sus efectos. Es una figura que prácticamente anula la actuación jurídica *per se* de un individuo.

A juicio de CASTÁN²², las incapacidades son restricciones de la capacidad de obrar, se fundan en circunstancias subjetivas de ciertas personas que obligan a la ley a retardar o suspender por cierto tiempo determinado o indefinido, la aptitud

²⁰ DIEZ AZCONEGUI, María Belén: Cómo está regulada la capacidad y la incapacidad. Archivo personal de nuestra tutora.

²¹ GETE ALONSO, María del Carmen: Manual de Derecho Civil, dirigido por Luis PUIG I FERRIOL, tomo 1, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 155 y ss.

²² Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo tercero, Editorial Reus, Madrid, 1988, p. 507.

para realizar actos jurídicos, remediando entre tanto su defecto de capacidad con instituciones o medios supletorios y complementarios.

En una situación menos aguda y que vale señalar habría que situar los casos de capacidad restringida. Esta circunstancia no es una complicación de las legislaciones modernas; desde la antigüedad se ha tratado de poner coto al ámbito de actuación de los individuos de acuerdo a sus aptitudes para ser sujetos de una relación jurídica específica y se ha hablado entonces de restricciones a la capacidad. Esta es definida por O'CALLAGHAN como "... el grado intermedio de la capacidad de obrar; la persona con esta capacidad actúa por sí misma en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento de capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos"²³. En estos casos se nos presenta una imposibilidad parcial del ejercicio de la capacidad de obrar, es una situación intermedia en la que se asume como presunción la aptitud para gozar de ciertos derechos y obligaciones sin auxilio de terceros y al mismo tiempo la imposibilidad de actuar por sí en determinados actos jurídicos, requiriendo entonces el auxilio de una persona destinada a estos fines.

De modo que la capacidad restringida es aquella que, por imperativo legal (como mismo sucede en los casos de incapacidad, puesto que la figura que actualmente analizamos también supone una restricción a la regla general de plena capacidad), reduce las facultades de obrar de una persona, sin que llegue por ello a considerarse incapaz. Se le otorga una especial condición de apta para ciertas circunstancias que en otras no se le reconoce y se le fija un ámbito limitado para su actuación.²⁴ En estos supuestos no se llega a configurar un caso de representación y el régimen difiere del de los incapaces por las exigencias a las que se está sujeto y las cualidades de la persona que lo requiere.

²³ O'CALLAGHAN, Xavier, "La declaración de incapacidad", en *La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, p. 47.

²⁴ TORGA HERNÁNDEZ, Nileidys y Yumey TORRES GARCÍA: "La curatela en Cuba: en busca del legado romano". Trabajo investigativo presentado en el IV Seminario en el Caribe derecho Romano y Latinidad: identidad e integración latinoamericana y caribeña. Copia cedida por las autoras.

La *capacidad restringida* es la manifestación de una limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que se presume que el individuo puede perfectamente ejercitar algunos derechos y obligaciones sin la intervención de terceros y a la vez está imposibilitado de actuar por sí mismo en otros actos jurídicos, para los que requerirá el auxilio de otra persona. El ordenamiento jurídico confiere a los sujetos en estos casos una condición especial, que les permite un ámbito limitado de actuación.

A propósito de estos términos es válido acotar las peculiaridades que encierra la expresión "*personas discapacitada*, la que incluye a cualquiera que esté impedido de cubrirse o asegurarse total o parcialmente, por sí misma, las necesidades personales y sociales de un individuo normal como resultado de una deficiencia, congénita o no, en su capacidad física o mental²⁵.

El mencionado concepto suele confundirse con cierta frecuencia con el de capacidad restringida. Sin embargo, una sencilla integración de ambas definiciones nos permitirá distinguirlos, si bien relacionarlos: no todo discapacitado requiere necesariamente ser incapaz, en este caso juega un rol protagónico la valoración del grado de afectación sensorial o psíquica o de la limitación física padecida, para que sea declarado el discapaz, judicialmente incapacitado. Ni siquiera tiene que llegarse a restringirle el ejercicio de su capacidad de obrar, ello queda al arbitrio judicial y a la consideración del caso concreto, cuando se pretenda la promoción de una demanda en tal sentido.

La discapacidad, *a priori*, no tiene por qué desencadenar en el sujeto que la padece una ausencia de capacidad que le impida *per se*, ejercitar los derechos y cumplir los deberes jurídicos que le vienen impuestos como miembro de una colectividad. Dicha discapacidad natural no afecta la capacidad jurídica por si, ya que no priva de la condición de persona al individuo afectado, que tiene

²⁵ Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y también es entendido así por el Plan de Acción Nacional de Cuba para la atención a personas discapacitadas, la discapacidad implica toda limitación o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para llevar a cabo una actividad en la manera o dentro de los márgenes que se considera normal para un ser humano. Entre ellas podemos situar las discapacidades de la comunicación, de la locomoción, del cuidado personal, entre otras.

personalidad y puede ser sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento y hasta su muerte, como ya apuntamos. Siempre que una persona, aun discapacitada, no esté privada de su sano juicio y de la posibilidad real de querer y entender y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente, no se considera jurídicamente incapaz.

Por último recordemos además, que la incapacidad jurídica y la capacidad restringida requieren una intervención judicial con un pronunciamiento declarativo-constitutivo de la situación existente, lo que no es necesario en los casos de discapacidad.

1.2 La demencia como causa de incapacidad jurídica.

Como regla general la capacidad de obrar se presume plena y toda limitación de ella hay que probarla. La enfermedad es una de esas causas que históricamente se ha reconocido y que se ha considerado como una restricción natural atendiendo a su origen. Las enfermedades que ocasionan la incapacidad se clasifican en físicas y mentales. En las primeras se ha incluido la ceguera, la sordera, la mudez o afasia y en algún momento de la historia hasta la impotencia, que impedía al hombre la formalización de matrimonio (*impotencia cohendí*). En el segundo grupo se ha recogido por varias legislaciones una distinción en ocasiones no muy bien lograda entre locura, demencia e imbecilidad. “Las enfermedades mentales son estados caracterizados por un cambio en la interrelación de la persona y el medio, con detrimento de las manifestaciones y de las capacidades básicas del organismo humano, así como por el trastorno prevaeciente de las funciones neuropsíquicas de este, con o sin alteración de la estructura del sistema nervioso.”²⁶

El estudio de la demencia es una materia que corresponde a la Psiquiatría, por lo que los tecnicismos extremos quedan fuera del Derecho; sin embargo es evidente la incidencia de este tema para la determinación de la capacidad de obrar de una

²⁶ QUIRÓS PÍREZ, Renén: Manual de Derecho Penal III. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba, 2003, p. 70.

persona. De modo que la Psiquiatría Forense examinará al individuo para pronunciarse sobre su estado mental y el tribunal le confiere una minuciosa valoración del contenido del peritaje para tomar la decisión definitiva acerca de la incapacitación o no de la persona.

El vocablo demencia proviene del latín *de* que significa alejado más *mens* (*genitive mentis*) que significa mente. El término demencia describe un grupo de síntomas causados por alteraciones de las funciones cerebrales. La enfermedad de Alzheimer es uno de los muchos tipos de demencia que se conocen. Varias definiciones de demencia la caracterizan como: perturbación de la razón, deterioro de la memoria y otras capacidades mentales como hablar, resolver problemas, orientarse, etc.²⁷; trastorno que tiene como consecuencia la pérdida total o parcial de la memoria, el lenguaje, la capacidad de orientación y otras funciones del sistema cognitivo;²⁸ es la pérdida lenta y progresiva de la inteligencia por degeneración y muerte de las células cerebrales.²⁹ La demencia es un trastorno mental de nivel psicótico, asociado a alteraciones orgánicas del encéfalo que resulta afectado en la etapa de vida en la que su desarrollo se ha completado (madurez). Se caracteriza por la disminución general de la capacidad intelectual a niveles tales que da lugar a un comportamiento inadaptado al medio social, siempre que las causas que la provocaron sean lesionales y los efectos irreparables³⁰. Demencia significa déficit por destrucción o por regresión del nivel mental. Es un desarrollo hacia la progresiva y total destrucción de las adquisiciones personales que reducen al individuo, al menos en la fase final, a una absoluta invalidez social. No obstante la demencia es un proceso gradual, por lo que es posible que el individuo pierda ciertos hábitos, pero conserva otros durante un tiempo determinado que lo ayudan a encubrir su degeneración mental. Las personas con demencia van perdiendo sus habilidades a diferentes ritmos.

²⁷ es.wiktionary.org/wiki/demencia, consultado el 10 de febrero de 2010.

²⁸ www.yoteca.com/pg/glosario-de-enfermedades-mentales.asp, consultado el 10 de febrero de 2010.

²⁹ www.erasalud.com/diccionario/d/, consultado el 10 de febrero de 2010.

³⁰ QUIRÓS PÍREZ, Renén: *Op. Cit.* p. 75.

Los déficits cognitivos pueden afectar a cualquiera de las funciones cerebrales particularmente las áreas de la memoria, el lenguaje (afasia), la atención, las habilidades visuconstructivas, las praxias y las funciones ejecutivas como la resolución de problemas o la inhibición de respuestas. Durante la evolución de la enfermedad se puede observar pérdida de orientación tanto espacio-temporal como de identidad. La demencia puede ser reversible o irreversible según el origen etiológico del desorden.

Una de las modalidades más frecuentes de esta afección es la demencia senil, que generalmente se manifiesta en personas entre 70 y 80 años de edad y en edades precoces a los 50 años. Inicia con serias transformaciones en el carácter del enfermo (grosero, irritable, egoísta), se concentra en la satisfacción de sus necesidades más primitivas y en su propia persona exclusivamente.

Las dos formas más comunes de demencia en las personas mayores son la enfermedad de Alzheimer y la demencia por infartos múltiples (a veces conocida como demencia vascular). Estos tipos de demencia son irreversibles, o sea, no tienen cura. En la enfermedad de Alzheimer, los cambios en las células nerviosas de ciertas partes del cerebro provocan la muerte de un gran número de células. Los síntomas de la enfermedad de Alzheimer comienzan lentamente y van empeorando en forma constante. A medida que avanza la enfermedad, los síntomas progresan con deterioros leves hasta deterioros graves en la capacidad de pensamiento, de juicio y en la aptitud para desempeñar las actividades de la vida cotidiana. Llega un momento en que los pacientes necesitan asistencia total.

En la demencia por infartos múltiples, una serie de pequeños derrames cerebrales o alteraciones menores de la irrigación sanguínea en el cerebro pueden ocasionar la muerte del tejido cerebral. El lugar del cerebro donde se producen los pequeños derrames determina la gravedad del problema y los síntomas que surgen. Los síntomas que comienzan repentinamente pueden ser un signo indicio de este tipo de demencia. Es probable que las personas que padecen de demencia por infartos múltiples presenten signos de mejoría o que se estabilicen por períodos

prolongados, para posteriormente presentar nuevos síntomas si se producen otros derrames.

Para CABANELLAS DE TORRES sinónimo de demente es loco, carente de razón, privado de juicio, enajenado mental.³¹ Se trata de una incapacidad establecida en protección de los intereses de personas que, resultado de la imbecilidad que padecen, pueden ser víctimas del abuso de sus congéneres.

2. La curatela como institución de guarda y cuidado de las personas.

2.1. Evolución histórica.

No es posible al tratar la evolución histórica de una institución, sobre todo de Derecho Privado y mucho más si está estrechamente relacionada al Derecho de Persona, omitir el legado romano; no sólo como base de nuestro sistema jurídico actual, sino como la prueba más fehaciente del transcurso y desarrollo del Derecho en el marco de las sociedades, fluctuando y moviéndose siempre en dependencia de sus logros y avances. Roma brindó una exhaustiva regulación de aquellos supuestos que estimó adecuado amparar con el especial instituto de la curatela.

La *cura furiosi* contemplada en la Ley de las XII Tablas, es la curatela más antigua en el Derecho Romano. Se consideraba *furiosi* a la persona con cierta disminución de la capacidad mental y con imposibilidad de discernimiento por lo cual no podía valerse por sí mismo. El curador debía velar tanto por la salud y bienestar como por el matrimonio de su pupilo, administrando a través de la *gestio negotiorum*. Según la Ley de las XXII Tablas también estaban sometidos al régimen de curatela los dementes o locos que no tenían conciencia de sus actos y eran víctimas de sus alucinaciones y los pródigos³² que disipaban los *bona paterna*

³¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Op. Cit.* p. 128.

³² Los pródigos eran aquellas personas que sin causa justificada dilapidaban el patrimonio de la familia heredada de sus antecesores y que, como ya es sabido, según la estructura de la familia

*avitaque*³³. Los afectados en este último caso podían solicitar al magistrado que se le declarara al sujeto en estado de interdicción y quedaba a la curatela de sus agnados. Esta se inicia en el momento en que por medio de un decreto o auto del magistrado se le prohíben los actos de comercio con respecto a sus bienes, declarándose el pretendido estado de interdicción, y termina por otro auto que levanta la prohibición. Los curadores en funciones podían administrar a su voluntad los bienes del demente o la *bona paterna avitaque* del pródigo.

Con esta potestad, que se amplió más adelante, también se nombraron curadores a los dementes o débiles mentales de toda clase y grado y por analogía a los sordomudos y tullidos, a los pródigos cualesquiera que fuesen los bienes que disipaban y aquellos individuos que por razón de la pubertad ya no estuvieran bajo el régimen de la tutela.

A partir del siglo II de n.e. los varones mayores de 14 años y menores de 25 y las hembras entre 12 y 25 podían ellos mismos nombrar curador para realizar aquellos actos que por cuestiones de edad no pudieran realizar por si mismos.

Como en Roma la capacidad jurídica estaba muy ligada a la aptitud física, los incapaces de obrar por esta razón necesitaban siempre, así como los pródigos y los locos, un curador.

Los *furiosis sui iuris* y púberes estaban siempre sometidos a la institución de la curatela. Esta podía ser de tres tipos en dependencia de cómo se realizara la delación: testamentaria, legitima o dativa³⁴, rigiendo en ella las mismas característica que para la tutela homóloga. La curatela comenzaba y terminaba con la demencia y lo que el demente realizara en momentos de lucidez era valido.

romana correspondía a todo el núcleo familiar aunque él fuese el único que estuviese en posibilidad de administrarlo.

³³ Bienes recibidos por sucesión *ab intestato* de sus ascendientes paternos.

³⁴ Testamentaria cuando ha sido dispuesta por testamento; legítima cuando la ejerce el cónyuge u otra persona que designa la ley y dativa cuando ante la ausencia de las otras dos es el juez quien señala la persona que actuará como curador.

En Roma se consideró que los individuos varones mayores de 14 años pero menores de 25 y las mujeres entre 12 y 25 años, se encontraban situados en un plano de desventajas intelectuales frente a individuos que rebasaran esta edad. Para salvar esta situación la Ley Plaetoria del siglo VI señala la necesidad de que tales individuos, debido a su inexperiencia, estuviesen bajo el régimen de la curatela. En estos casos se les nombraba un curado cada vez que celebraban un acto, pero a partir del emperador MARCO AURELIO se les nombró un curador permanente. También podía la curatela llegar a ser permanente por solicitud del menor o por designación del curador en el testamento del *pater familias*, generalmente confirmado por el magistrado.

El que todo individuo menor de 25 años tuviese que estar sometido a este régimen de curatela podía variar si se le concedía la libertad de ella por un decreto especial; una vez que hubiera cumplido los veinte años, esta institución se llamaba *venia aetatis*.

La curatela de los menores de 25 años tiene el mérito de ser la primera institución relativa a la persona que no se fundamenta en la solidaridad gentilicia o del grupo familiar. Apareció precisamente cuando el desmoronamiento de esa solidaridad dejó al descubierto que la pubertad no era suficiente para que los jóvenes *pater familias* administraran un patrimonio, muchas veces complejo y sumamente extenso.

En el caso de los pupilos impúberes podían, por excepción, estar también sujetos al régimen de curatela. Esto era posible exclusivamente en tres casos: si existiese un proceso entre el pupillo y el tutor, si el tutor interrumpía temporalmente su tutela, cuando el tutor no era capaz de administrar efectivamente los bienes del pupilo, mientras se nombraba a otro tutor.

Otros casos sobre los que se constituía curatela en Roma eran: a favor del embrión, en defensa de sus eventuales intereses; para los quebrados; en casos de ausencia y en las herencias yacentes (aquellas en que no ha entrado aún el heredero).

En los casos de designación del curador para el *nasciturus* sólo procedía si sobre él faltaba la patria potestad; aquí el curador desempeñaba un cargo civil personal y respondía de los bienes y la salud del concebido. Esta vía de protección queda demostrada en el título noveno del Libro Trigésimo Séptimo del Digesto que trata “De la protección que se ha de dar al que está en el vientre y su curador”.³⁵ULPIANO confirma lo antes dicho con respecto al curador.³⁶

En los casos de nombramiento de curador para el *nasciturus*, el Derecho Romano distinguió entre el *curator ventris*³⁷ y el *curator bonorum* o *curator bonis datis*. El primero estaba encargado de velar porque se suministrara a la madre lo que fuese necesario para su mantenimiento en aras de asegurar el nacimiento del concebido y el segundo era responsable de administrar el patrimonio del *nasciturus*. Lamentablemente la institución de la *cura ventris* no fue incluida en las Partidas y en consecuencia tampoco pasó a las Institutas.

Vale señalar que no existe plena claridad en si la distinción teórica antes referida suponía dualidad de personas en el ejercicio del cargo de curador y por tanto excepción al carácter unitario de las instituciones de guarda. Se ha planteado que finalmente los compiladores unificaron ambos cargos; incluso del texto de varios de ellos, entre los que se puede citar al propio ULPIANO en su comentario al Edicto Carboniano en D.26.10.3.11, se infiere la fusión aludida.³⁸

Estas disposiciones relativas a la curatela han originado jugosos debates que trascienden hasta nuestros días. Se discute, con criterios contrapuestos lo relativo a la naturaleza jurídica de la curatela romana por constituir esta un cargo civil (no

³⁵ MODESTINO (D.26.5.20) especifica que *qui in utero est se le designa curador y no tutor*. ...No puede darse por los magistrados del pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador, porque en el Edicto se comprendió el nombramiento de curador. GAYOSSO Y NAVARRETE, Mercedes: *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*. Editorial Universidad Veracruzana. México, 1992.

³⁶ (D.50.16.161) *No es pupilo el que está en el vientre por tanto no le corresponde la tutela. Ídem.*

³⁷ HERMOGENIANO en D.50.1.4.4: "El Curador del vientre debe suministrar a la mujer comida, bebida, vestidos, habitación y otras cosas similares". *Vid.* ALVARADO CHACÓN, Joaquín Rafael: "La persona en el Derecho Romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina". Universidad de Carabobo. Colaboración Especial, Segunda Parte. Archivo personal de nuestra tutora.

³⁸ *Cf.* ALVARADO CHACÓN, Joaquín Rafael; *Op. Cit.*

es renunciabile salvo por las limitadas “excusas” previstas V. Gr. Libro XXVII, Título I del Digesto) y a la vez un honor (*cursus honorum*).

Para el desempeño de las funciones del curador, la jurisprudencia sometió el ejercicio de la curatela a reglas más o menos calcadas de la tutela. Se establecieron las mismas categorías de incapacidades y de excusas que para la tutela y terminaba por las mismas causas; excepto en el caso de la pubertad que cesaba por el recobramiento de la razón o de la prudencia, sin necesidad de nuevo auto, lo cual era un riesgo para los terceros.

El Derecho del Bajo Imperio introdujo pocas modificaciones en el régimen de la curatela, pero incrementó el uso de curadores encargados de administrar los bienes del pupilo cuando los tutores no eran aptos o se encontraban impedidos. JUSTINIANO subordinó el ejercicio de las funciones de los curadores testamentarios y legítimos del demente a la comparecencia ante el prefecto de la ciudad o el gobernador de la provincia con la asesoría del obispo y tres notables encargados de asegurar y comprobar su aptitud y de recibir su juramento de administrar bien los bienes.

Todo ese legado legislativo y doctrinal acumulado sobre el tratamiento de la curatela, fue desdeñado durante los trabajos previos a la promulgación del Código Civil Español de 1888. La unificación de la guarda legal y consiguiente desprecio al par tutela-curatela, constituyó la involución legislativa de las instituciones de guarda y cuidado y el rompimiento de la más elevada tradición histórica. Con la disposición de una única edad para la capacidad plena, con la correlativa eliminación de edades intermedias en que se reconocía cierta autonomía a los menores de edad, y con la desaparición de los “términos medios” en ciertas enfermedades o incapacidades, se unificaron en una de las dos formas de guarda (la tutela) todas las instituciones supletorias de la capacidad civil. La práctica jurídica, inconforme con la nueva visión, siguió mostrando situaciones desprovistas de protección que llevaron a la aparición de complejas, extrañas y confusas variantes de instituciones pupilares de disímiles clasificaciones y

desatinadas denominaciones.³⁹ Las razones que llevaron al legislador decimonónico a la simplificación de las regulaciones jurídicas en torno a la materia demostraron su ineficacia inmediata.

La no consagración del principio de dualidad de guarda, tradicionalmente aceptado, rápidamente se tornó inoperante para garantizar el cuidado de aquellas personas que, por sus condiciones personales, requerían la protección que cada institución accesoria de la capacidad puede proveer. Esta situación recibió un vuelco en el ordenamiento jurídico español con la reforma realizada al Código Civil por la Ley 13 de 24 de octubre del 1983 en materia de Tutela⁴⁰, la cual introduce una nueva concepción a los Títulos IX y X destinados a la incapacitación y a la tutela, respondiendo así la ley formal a las necesidades materiales de la sociedad, se hace posible entonces ofrecer a cada supuesto fáctico el tratamiento jurídico más adecuado en dependencia del grado de autogobierno de la persona necesitada de la protección que las instituciones tutelares dispensan.

Los puntos sobre los que versó esta importante reforma en sede de incapacitación fueron: la formulación abierta de las causas de incapacidad que contenían los artículos 32.2 y 200 del Código Civil; establecimiento de la relación necesaria entre incapacidad y deficiencia de capacidad natural, eliminación de la prodigalidad como causa autónoma de incapacidad,⁴¹ y exigencia de que en todo caso la deficiencia repercutiera en la posibilidad de autogobernarse y fuera de carácter persistente. En materia de gradualidad de la incapacidad permitió mayor flexibilidad, adaptando la misma según su verdadero alcance e intensidad y exigiendo siempre la existencia de sentencia judicial en que no sólo se

³⁹ V.Gr. la aparición de un tutor actuante sólo en ocasión de prestar el consentimiento en determinados actos, el tutor del emancipado, el defensor del hijo de familia, el representante del desaparecido o ausente no declarado, etcétera. Además de extender la regulación propia de la tutela a situaciones accidentales o temporales que no lo ameritan.

⁴⁰ Publicada en el B.O.E. núm. 256 de 26 de octubre de 1983. Código Civil. Duodécima edición. Septiembre de 1993. Editorial Tecnos. Madrid. 1993. pp. 566 y 567.

⁴¹ La protección del pródigo no se dirige a él mismo sino al derecho de alimentos de las personas para con las cuales está obligado y supone la provocación por parte de éste de un estado de necesidad familiar o serio peligro de que pueda ser originado. A partir de la vigencia de la Ley 1 de Enjuiciamiento civil del año 2000, se derogan los artículos relativos a la curatela en caso de prodigalidad.

determinará la extensión y límites de la incapacidad, sino que quedará establecido en correspondencia con ello, el régimen de guarda aplicable. Con respecto a las instituciones tutelares deja sentado el principio de la pluralidad de guarda, devolviendo al juzgador su papel primordial en las diversas circunstancias y ante los disímiles supuestos en que se puede presentar la institución tutelar.

2.2 Concepto y naturaleza jurídica.

El término curatela proviene de la voz latina *curare* que significa cuidador. En el Derecho Romano fue una institución de guarda encaminada a proteger situaciones eventuales, accidentales, temporales y circunstanciales; dirigida a actos puntuales que requerían un complemento de la capacidad de obrar de las personas pero con carácter limitado o insuficiente. El fin que perseguía era la asistencia de las personas en actos que podían realizarse *per se*, pero con el complemento del curador mediante su intervención, asistencia o autorización. La curatela es la institución y el curador la persona que la ejercita, que complementa la capacidad del que queda sujeto a la misma, que no la tiene plena (curatelado).

Esta institución responde a un régimen jurídico de asistencia o vigilancia, de protección casuística en relación al grado de afectación a la capacidad de obrar necesitada de ser completada, esencialmente en el ámbito patrimonial, pero sin restricción absoluta a él. Con respecto al alcance de la curatela no existe una posición unánime en la doctrina⁴².

Algunos estudiosos del Derecho de Familia esgrimen criterios que atacan la posibilidad de la guarda personal del incapacitado en sede de curatela. Esto puede obedecer a diversas razones: a la forma en que se ha concebido históricamente la curatela; a que esa protección personal se ha reservado siempre como función propia de la tutela⁴³; a que el grado intermedio de discernimiento

⁴² Hay quien considera que cuando la causa de la curaduría sea la prodigalidad, aquella está limitada al patrimonio y en los casos de que la causa sea la edad o enfermedad psíquica y mental puede entenderse una extensión al plano personal.

⁴³ Recordemos que el Derecho Romano entendía la curatela con funciones notablemente patrimoniales, a diferencia de la tutela que si confería posibilidades de intervención en sede personal; y es que en el Derecho Romano los supuestos que daban lugar a la constitución de la

exigible en el tutelado lo hace capaz de poder regir su persona, o a que la iniciativa siempre está en manos del sujeto a restricciones en su capacidad y no según definición en las del curador. Nuestro criterio es que debemos volver a los fines, esencia y objetivos de la institución, adecuándola en todo caso a nuestras exigencias actuales, por tanto, aunque el ámbito de actuación de la tutela es de preferencia patrimonial no necesariamente se limita a él.⁴⁴

El curador puede intervenir en todos aquellos actos que los sujetos destinatarios de la protección no puedan realizar por sí solos y que están definidos por la ley, la sentencia de incapacitación o en definitiva el documento que autoriza la tutela. Este tercero sólo está legitimado para actuar en los casos de especial trascendencia y ello es consecuencia de que el llamado a la tutela no es un incapaz, sino una persona que carece de capacidad de obrar plena. “La función esencial del curador consiste en prestar su “adhesión habilitante...La tutela, atendiendo al grado de discernimiento del sujeto (incapacitación) o a la causa que provoca la tutela (prodigalidad) no implica la sustitución de la voluntad (representación legal) sino que consiste en un reforzamiento de ésta.”⁴⁵

Por su parte considera GETE ALONSO que, “...el contenido de la tutela de los incapacitados tiene una flexibilidad que puede llevar a una función de guarda

tutela tenían un fundamento esencialmente patrimonial, como consecuencia del modelo socioeconómico desarrollado que otorgaba especial protección a los bienes de la familia. No obstante, puede citarse el caso del *curator ventris*, a quien se le pueden reconocer funciones de orden personal.

⁴⁴ La sentencia del Tribunal Supremo Español de 31/12/1991 en su Fundamento de Derecho Segundo, evidencia que los actos para los que se precisa la asistencia del curador no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial. Más recientemente, la sentencia de 16 de marzo de 2001 sin pronunciarse expresamente al respecto, limita la capacidad de la demanda al estricto ámbito procesal, prevé la asistencia del curador con relación a todo el área de su capacidad procesal para actuar en cualquier tipo de procedimiento. Esta sentencia ha sido seguida por distintos fallos de Audiencia que reproducen su contenido.

En el mismo sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 30 de enero de 2001 ha destacado el carácter extrapatrimonial de la institución de la tutela. Así, en un supuesto de acusación penal a persona mayor de edad sujeta a tutela constituida con arreglo al derecho francés, mantuvo la necesidad de asistencia por parte del curador, a efectos de defensa. De tal manera que, en la imposibilidad de defender sus intereses, el procedimiento incoado en su contra sin gozar de asistencia resultaría manifiestamente injusto: no sólo por el hecho de la desigualdad de armas por su situación de inferioridad, sino porque la disminución de sus facultades mentales le impidió conocer de manera efectiva la acusación formulada en su contra y comprender su naturaleza y alcance para defenderse eficazmente.

⁴⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *La tutela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Editorial MacGraw-Hill. Madrid. 1997. pp. 149 y 150.

intermedia entre la tutela y la curatela consideradas de modo rígrado...de manera que la asistencia del curador...no sea siempre complemento de capacidad sino que pueda comportar representación legal e incluso administración legal del patrimonio del incapacitado.”⁴⁶

La realidad es que como históricamente se concibió la institución y como fue instrumentada por el Derecho Romano, no se deben atribuir al curador facultades de representación, por cuanto el destinatario no adolece de incapacidad total. El curador ostenta un cargo tutelar de asistencia al sometido a ella, complementando la capacidad del que no la tiene plena. Para los romanos el curador ni suple ni representa, ni cuida al sometido a ella, sino que sólo completa su capacidad en aquellos actos que no puede realizar por sí mismo. No obstante, es criterio nuestro que la intención de admitir una figura cualquiera en el ordenamiento jurídico de un país es conseguir un instituto realmente operativo y funcional, por lo que pudiera pensarse perfectamente en permitir al curador actuar como representante legal en contados supuestos; por cuanto, una vez constituida se mantiene en vigor hasta que se produzcan algunas de las causas de extinción, pero al propio tiempo es de actuación intermitente⁴⁷ ya que el curador sólo intervendrá en una serie de actos limitados y es atinado conferir a una única persona (curador) comprometida ya con otra (cuartelado) la posibilidad de actuar a su nombre y cuenta en aquellos actos que especialmente se prevean y que de hecho pueden incidir en el ámbito patrimonial del medianamente capaz.

2.3 Distinción con la tutela.

En ciertos momentos de la evolución histórica legislativa se han identificado las instituciones de guarda de la tutela y la curatela, lo que ha traído como consecuencia más funesta la desaparición de una de ellas, generalmente la

⁴⁶ GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Colectivo de Autores dirigidos por Manuel ALBADALEJO. Tomo XXIX, vol. 3º. Colección Edersa. Madrid. 1986. p.180.

⁴⁷ Intermitente en atención a los actos en los que interviene el curador y su existencia en el tiempo, no así a la persistencia de la curatela, que subsiste desde su constitución hasta la extinción, de manera interrumpida, aún cuando no se aprecie actuación concreta del curador. De manera que se puede catalogar como órgano tuitivo estable pero de actuación intermitente.

curatela. No obstante, en un sentido práctico siempre ha quedado probada la necesidad de ambas figuras y el Derecho Romano fue muy cuidadoso de mantener una y otra relacionada pero susceptibles de distinción. Desde el punto de vista dogmático y doctrinal para que pueda decirse que hay unidad en el tratamiento de dos instituciones debe haber identidad de situaciones protegidas, igualdad de necesidades creadas por dichas situaciones y de los intereses amparados por ellas; parece ser que la simplificación en este caso no es recomendable por las diferentes posiciones que tienen ante el Derecho un menor de edad, un incapacitado por interdicción o un pródigo. En unos casos, la protección ha de extenderse a la persona, en otros es casi exclusiva al patrimonio.

La tutela es una institución de carácter estable pero también de actuación habitual, encaminada a suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella y no está sometido al régimen de patria potestad. Es una de las materias más abarcadoras en los códigos civiles y de familia por la extensión de su ámbito de actuación y la multiplicidad de deberes y responsabilidades que entraña. Por su parte la curatela, es un órgano de actuación no habitual y más flexible destinada al complemento de la capacidad de obrar del sometido en aquellos actos que por ley o en la sentencia así lo requieran. Es una institución de menor "invasión" que la tutela y algunos la han considerado complementaria de la misma. La curatela, *strictu sensu*, no permite otra cosa que complementar la capacidad del curatelado en las actuaciones concretas señaladas en la sentencia. No puede servir para ejercer una vigilancia y cuidado general sobre el curatelado cosa que, en cambio, si permite perfectamente la naturaleza de la tutela.

La curatela, en puridad, es considerada como asistencia tutelar que se distingue de la tutela por la delimitación de su cometido o porque el sujeto a ella no carece de capacidad completamente. En cuanto a los sujetos pasivos de ambas instituciones la diferencia radica en que a diferencia del tutelado, el sometido a curatela no es un incapaz sino que tiene limitada en mayor o menor grado su capacidad de obrar; actúa siempre por sí, tiene la iniciativa, y el curador le asiste, complementa o completa su capacidad. La curatela persigue completar la capacidad de quienes siendo capaces, necesitan ser controlados o asistidos para

concluir determinados actos jurídicos, respetando sus decisiones sin soluciones extremas.

No pretendemos negar que existen semejanzas entre las figuras, de hecho en la práctica puede hacer difícil para los tribunales determinar si la persona en cuestión ha de quedar sujeta a tutela o a curatela, con las evidentes consecuencias que ello tiene. El juez, al momento de tomar esta decisión, se basa principalmente (por no absolutizar) en el informe médico que determinará el tipo de trastorno que afecta al individuo y cómo le afecta. Los supuestos más complicados son aquellos en los que no procede la incapacitación respecto de la persona, pero sí respecto a su patrimonio, planteándose entonces la cuestión de si procede la tutela o la curatela.⁴⁸

A diferencia del tutor, que tiene funciones de representación del tutelado, la función del curador se limita a asistir al incapacitado; lo cual se corresponderá generalmente con los actos de administración extraordinaria. Sin dudas es aquí donde se consolidan las mayores diferencias entre tutela y curatela. El tutor asume la representación legal del incapacitado y la administración de su patrimonio, desdoblándose sus obligaciones tanto en un contenido patrimonial como personal. La curatela, a priori, no comporta la representación legal del incapacitado, sino que se trata de un régimen de complemento, no de sustitución en la capacidad de obrar de aquél. Ambas instituciones tienen desigual contenido; la curatela excluye en principio y por definición las funciones representativas del incapacitado y se dirige mayormente a la gestión de su patrimonio. No obstante, si llegara a admitirse, como expusimos en ocasión de analizarse la naturaleza jurídica de la curatela, la posibilidad de que el curador tuviese ciertas facultades de representación, esto siempre sería con carácter excepcional y previo pronunciamiento expreso de la ley o de la sentencia que declare constituida la curatela (o en definitiva del documento que la autorice), mencionando aquellos

⁴⁸ El pronunciamiento del Tribunal Supremo Español en Sentencia de 16 de septiembre de 1999 es que se debe entender aplicable la tutela si la inidoneidad para gestionar el patrimonio es total, mientras que si sólo es parcial (en el sentido de que no pueden dejarse a su libre arbitrio los actos más importantes de su patrimonio, y que son, evidentemente, los actos de disposición), procederá la constitución de la curatela de manera que conserve su iniciativa pero precisando los actos que precisarán del complemento que le dará el curador.

actos concretos en los que podría el curador actuar como tal, cosa que no sucede en la tutela donde el tutor tiene por regla la representación legal del tutelado.

2.4 Contenido y ejercicio.

En principio pueden ejercer el cargo de curadores tanto las personas naturales como las jurídicas, ya que nunca se ha manejado ningún criterio contrario ni en la doctrina ni en las legislaciones contemporáneas, ni creemos que lo haya. También puede encomendarse a dos personas como mismo ocurre en el ejercicio de la patria potestad, sobre todo en aquellos casos en los que se trate de los progenitores del individuo con capacidad restringida.

Atendiendo a su propia naturaleza y a la confianza que entraña su designación, es una función personal, de ahí que su titularidad en Roma fuese considerada un honor. Su ejercicio no puede ser delegado y a lo sumo cabría admitirse el auxilio por un tercero en consideración al lugar donde deba cumplirse, por requerirse conocimientos técnicos especiales, o que por otras causas análogas sea indispensable.

Es la propia sentencia que la constituye quien debe fijar los actos para los que se precisa la asistencia del curador, por tanto es facultad discrecional del juez señalar tales actos y en consecuencia determinar el contenido de la curatela; para ello requiere prestar especial atención a las circunstancias de cada persona incapacitada. Estos requisitos de pronunciamiento judicial que se necesitan para el efectivo ejercicio de la curatela no son más que la actualización de aquellos requisitos de forma exigidos en la antigua Roma.

En cuanto al momento en que el curador debe manifestar su aprobación para dar validez a los actos del incapaz, no se admite que pueda prestarse de forma genérica para todo tipo de actos, ya que entonces la institución objeto de estudio quedaría desvirtuada. El curador tendrá que manifestar su voluntad de forma específica e independiente para cada uno de los actos que se proponga realizar el curatelado, valorando respecto de cada uno de ellos la conveniencia y oportunidad del mismo.

En principio el momento idóneo para la intervención del curador sería el de celebración del negocio, concurriendo además de las voluntades de las partes la de este tercero, pero también debe admitirse la posibilidad de que el curador preste su asentimiento con carácter previo a la conclusión del negocio. A nuestro juicio esto no denota incompatibilidad alguna con el carácter especial que hemos destacado de la manifestación de voluntad del curador ni desvirtúa el acto negocial ni la institución de guarda, por cuanto se prestará para un acto concreto; sin embargo en tales supuestos es preciso reconocer al curador la facultad de revocar en cualquier caso el consentimiento que haya prestado previamente cuando sobrevengan circunstancias o conozca de hechos que hagan que el pretendido negocio pueda resultar desventajoso para el incapaz.

3. Reconocimiento y regulación de la curatela en beneficio de los dementes en el Código Civil ecuatoriano.

La persona, aludiendo a la acepción jurídica del término, continúa siendo el centro de protección de las normas de Derecho Privado como lo es el Derecho Civil. El Código Civil ecuatoriano utiliza el sistema codificador romano-francés, por lo que sigue para la organización de las materias que comprende, la división que utiliza GAYO en sus Institutas: persona, cosas y acciones; pero al no pertenecer las acciones al Derecho Civil sino al Procesal, mantiene tan sólo las personas y las cosas, dividiendo las normas tocantes a estas en tres libros. En sentido general incluye un título preliminar relativo a la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes en general; el libro primero comprende persona y familia; el segundo, bienes y derechos reales; el tercero sucesiones y el cuarto obligaciones y contratos. De manera que, sin que sea esto el eje de la investigación, vale criticar el hecho de que nuestro sistema jurídico no ha conseguido aún la autonomía legislativa que está caracterizando al Derecho de Familia en todo el mundo contemporáneo. De modo que todavía sigue siendo visto como rama del Derecho Civil del que realmente lo separan varias cuestiones de esencia y no meramente de forma.

El artículo 1463 del Código Civil ecuatoriano se refiere a la incapacidad jurídica, declarando en su primer párrafo que son absolutamente incapaces, entre otros, los dementes. Según el propio artículo las manifestaciones de voluntad de estas personas no son vinculantes, y ni siquiera hacen surgir obligaciones naturales ni son susceptibles de caución. Esta última idea no es más que la ampliación de la disposición contenida en el artículo 1461.1 en la que se advierte que es requisito *sine qua nom* para que una persona quede obligada para con otra mediante un acto o manifestación de voluntad, que sea legalmente capaz. A consecuencia de esto, en los Títulos del XVII al XXIX del Libro I del Código Civil ecuatoriano se respeta el principio de pluralidad de guarda que debe informar todo sistema normativo en sede de protección y se prevén las distintas instituciones de guarda y cuidado y cómo se van a instrumentar cada una de ellas, según el caso en cuestión de que se trate. En los tres primeros de estos títulos se ofrecen normas de carácter general y que afectan o inciden en las instituciones de guarda que se regulan, independientemente de sus peculiaridades. No obstante el artículo 368 admite la variación y excepción de cualquiera de esas disposiciones si así quedara evidenciado por las regulaciones especiales de la tutela o especie de curaduría. Para los menores, entiéndase el que no ha cumplido los 18 años según lo que establece el artículo 21 del propio cuerpo legal, se prevé que la institución aplicable es la tutela⁴⁹ y se reserva la curaduría general para los interdictos.⁵⁰ En artículos subsiguientes al 371 (artículos 372 al 374) se admiten otros tipos de curaduría de menor amplitud que la general, a saber la de bienes, la adjunta y la especial.

De manera que una integración de los artículos 371 y 1463, en relación con el Título XXII “Reglas especiales relativas a la curaduría del demente” del Libro I permite advertir que la institución de guarda y protección prevista por el legislador patrio para proteger a los dementes es la curaduría general. Artículos como el 478, 479 y 480 evidencian la necesidad de un juicio de interdicción previo a la constitución de la curatela general, por lo que a la designación de un curador

⁴⁹ Vid. Artículo 370 del Código Civil ecuatoriano.

⁵⁰ Vid. Artículo 371 del Código Civil ecuatoriano.

general para el demente precede una declaración del tribunal referida a la incapacidad del futuro cuartelado.

El propio Código Civil disipa cualquier controversia que en relación con el contenido y alcance de la curatela general pueda generarse, al establecer en el artículo 369 que ésta, al igual que la tutela, se extienden a los bienes y la persona del pupilo. Entonces puede afirmarse que es el elemento pasivo, en sus peculiares condiciones que lo llevan a la incapacidad, quien marca la diferencia entre una y otra institución en el caso de nuestro país. “(...) La curatela es una institución que, como la tutela, tiene por objeto suplir la capacidad de obrar de las personas. La tutela se da para los menores; y la curatela, para los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes. (...)”⁵¹ Quiere esto decir que la tutela y la curatela general en Ecuador, han borrado las clásicas diferencias que en la doctrina y la historia han caracterizado a ambas instituciones y han concentrado su distinción, únicamente, en la edad de las personas a ellas sometidas. No puede decirse que el sujeto a tutela carece de capacidad y el sujeto a curatela sólo tiene capacidad restringida; en nuestro país ambos sujetos son totalmente incapaces y el contenido de las dos instituciones de guarda es el mismo.

CAPÍTULO II: Una mirada a la autocuratela, como medida previsoria de la propia incapacidad, en favor de los dementes, desde la doctrina y la legislación civil ecuatoriana.

⁵¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Op. Cit.* p. 115 y 116.

1. La previsión de la propia incapacidad o autoprotección.

Como hemos expuesto anteriormente es posible y hasta común que algunas personas puedan debutar incapaces luego de haber poseído por un período más o menos prolongado, capacidad de obrar plena o restringida. En relación con esto en ese espacio de tiempo previo a la incapacidad, pudo haber surgido en ellos la necesidad de tomar determinadas precauciones respecto a su persona y sus bienes; o sea, prever la incapacidad que pueda sobrevenirles, ya sea porque vislumbraban algún síntoma o sencillamente por cautela.

El término previsión proviene del latín *praevisio onis*⁵². Entre las acepciones de este vocablo en nuestro idioma están: “acción de prever o prevenir (...) cosa que se prevé o con que se previene algo que se hará o sucederá”⁵³; “conocimiento anticipado, por ciertas señales o indicios. Conjetura. Adopción de medidas o procuración de medios para hacer frente a la imposibilidad, escasez, riesgo o daño futuro (...).”⁵⁴

"El Poder de Previsión para la Propia Incapacidad, es una institución que habilita a quien prevé su incapacidad futura, estipular con el agente instrucciones que cobrarán vigencia cuando cayere en incapacidad, física o mental, total o parcial.”⁵⁵ Para definir la figura nosotros acogemos el concepto de MORENO NÁPOLES que considera que la previsión de la propia incapacidad “debe entenderse como la posibilidad, en cuanto sea admisible, de tomar medidas que

⁵² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 21ra Edición, 1992. Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A., Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1951. DE TORO Y GÓMEZ, Miguel: Novísimo Diccionario Latino-Español de Don Vicente Salvá, Editorial Garnier-Hermanos, París.

⁵³ LAROUSSE: Diccionario Ilustrado de la lengua española, Decimocuarta edición, Ediciones Larousse S.A. de C.V, 2008.

⁵⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Op. Cit.* p. 347.

⁵⁵ CELIS SCHWERTER, Sergio: “El poder de previsión para la propia incapacidad”. http://dspace.usalca.cl/retrieve/6365/celis_schwarter.pdf consultado el día 5 de marzo de 2010.

aseguren la defensa de los intereses de la persona conforme a su propia voluntad y de forma integral.”⁵⁶

Por otro lado la comunidad jurídica ya se está haciendo conciente de la situación que hemos venido denunciando y al respecto a tratado de asumir una solución consecuente. Así, la VIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Veracruz, México, en 1998; se pronunció unánimemente por la existencia y el reconocimiento del “*Derecho de Autoprotección*”⁵⁷ considerándolo un derecho fundamental que procede del derecho a la libertad y a la dignidad, por lo que exige de las legislaciones de los distintos países que integran el notariado latino, adoptar las medidas necesarias a través de las reformas legislativas correspondientes para su admisión.⁵⁸ De está regulación es partidaria también la Unión Internacional del Notariado Latino a partir de su XXII Congreso, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en el propio año.

A criterio nuestro el derecho a la autoprotección debe ser considerado como un derecho subjetivo de la personalidad al que se le reconoce una naturaleza jurídica mixta, integrado simultáneamente por facultades de índole personales y patrimoniales.

1.1 Fundamentos de la necesidad de prever la propia incapacidad.

⁵⁶ MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús: “Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela” (Tesis en opción al grado Especialista en Derecho Notarial, noviembre 2007, Tutora: Dra. Caridad del Carmen Valdés Días). Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

⁵⁷ Expresión que, se afirma, nació en sus deliberaciones. Cfr. TAIANA DE BRANDY, Nelly A. y Luis Rogelio LLÓRENS: “El Derecho de Autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión”, en Revista del Notariado, año XCVI, no. 857, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1999, p. 28.

⁵⁸Autocuratela. Trabajo presentado por la Delegación San Isidro, obtuvo el premio en la Categoría Trabajos de Delegaciones en la XXXV Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en Tandil, del 7 al 10 de noviembre de 2007. <http://www.escribaniapadula.com.ar/pag/AutocurTandil07.html> consultado el día 19 de noviembre de 2009.

Los detonantes más comunes de la incapacidad pueden agruparse en la enfermedad, la edad o envejecimiento, y los accidentes⁵⁹. Todos estos sucesos han sido comunes en el desarrollo de la humanidad y lo siguen siendo y pudiesen considerarse fundamentos de hecho de la necesidad de prever la propia incapacidad.

Las enfermedades emergentes y reemergentes desembocan en la pérdida de la capacidad de obrar como consecuencia del deterioro de órganos y tejidos y complejos problemas psíquicos y de motricidad. Además, los avances médicos permiten a las personas, con un margen mínimo de error, conocer en ciertos casos, sobre todo de origen genético, el padecimiento futuro de una enfermedad o deficiencia que produzca un deterioro conducente a una imposibilidad de autogobierno.

La avanzada edad o envejecimiento supone un estado degenerativo de los órganos, las células y los tejidos de todo el organismo humano. Por ello, aun cuando algunas personas llegan a centenarios con plena capacidad de obrar, no todos arriban en tal condición; pues a la senectud están vinculadas las demencias seniles y preseniles y las enfermedades neurodegenerativas. Algunas de ellas han proliferado bastante en los últimos años como los “males” de Parkinson y Alzheimer.⁶⁰

La demencia ataca más rápido a los latinoamericanos incluyendo a Ecuador que a los europeos, según una investigación multicéntrica internacional aplicada a ancianos de la región por especialistas de Ecuador, Cuba, el Perú, el Uruguay, Venezuela y el Brasil llevada a cabo por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG) en Brasil. Por género, la enfermedad ataca entre los 65 y 69 años de

⁵⁹ Cfr. RENDÓN UGALDE, Carlos: *Op. Cit.*

⁶⁰ Millones de personas mayores de 65 años padecen demencia senil. Alrededor del 60 por ciento de los casos corresponden a la enfermedad de Alzheimer, el mal que padeció la bella Rita Hayworth, y por cuya causa falleció. Estas cifras tan alarmantes son en parte consecuencia del incremento de las expectativas de vida, cuya duración media ha pasado sólo en este siglo de 47 a 75 años. KRAAN, Clasina: Actividad Intelectual contra demencia senil, consultado en <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/actividad-intelectual-contra-demencia-senil-60088-60088.html> el 16 de marzo de 2010.

edad al 2,65% de las mujeres latinoamericanas frente al 1% de las europeas; mientras que se hace presente en el 2,27% de los hombres de la primera región, ante el 1,6% de los del viejo continente. El crecimiento demográfico latinoamericano convierte a la demencia en uno de los problemas públicos de la región.⁶¹

En Ecuador, actualmente, la esperanza de vida al nacer es de 75 años.⁶² Al igual que a otros países de la región, nos está afectando el envejecimiento poblacional. No sería correcto valorar de modo negativo este envejecimiento, no obstante, no deja de constituir un reto importante para el cual el país debe prepararse. Esto trae aparejado también un incremento de las enfermedades de demencia.

Adicionalmente hay que reconocer que en la sociedad moderna es alto el índice de accidentalidad: laboral, de tráfico, domésticos, deportivos y de variada naturaleza que trágicamente pueden llegar a la incapacitación.

Dentro de los fundamentos de derecho que justifican la previsión de la propia incapacidad podemos citar los derechos naturales de libertad y seguridad, recogidos en varios textos jurídicos desde antaño⁶³, y el principio de autonomía de la voluntad.

⁶¹ <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/estudio-demencia-ataca-mas-rapido-a-los-latinos-385330-html> consultado el 16 de marzo de 2010.

⁶² Datos que maneja la dirección de Atención Integral al Adulto Mayor del Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES). www.elnuevoempresario.com consultado el 16 de marzo de 2010.

⁶³ Carta de Neuchâtel (1214): no menciona estos derechos tácitamente pero recoge las libertades otorgadas a los habitantes de esta ciudad por los condes y Bertoldo; Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215): en el punto trigésimo noveno se deja ver que ningún hombre será desposeído de sus derechos, de modo que la libertad no podía mermarse a no ser por un juicio legal o por que la ley dispusiera otra cosa; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): se menciona que dentro de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre están la libertad y la seguridad, define por primera vez libertad como todo lo que se puede hacer que no dañe a los demás; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1793): añade a la anterior que el gobierno está instituido para la garantía de estos derechos; en su artículo sexto consigna que la libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer lo que no dañe a los derechos de los demás, tiene como fundamento a la naturaleza, como regla a la justicia, como salvaguarda a la ley y su límite moral es la máxima "no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti", la seguridad es la protección otorgada por la sociedad cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades; Declaración Universal de Derechos Humanos

El derecho a la libertad personal alude a la posibilidad de disponer, sin limitaciones, de la propia persona respondiendo a necesidades deontológicas, éticas y sociales.

El principio de autonomía de la voluntad es “(...) aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del espacio de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.”⁶⁴

2. La autocuratela.

Antes de comenzar a analizar las peculiaridades de esta figura jurídica, vale destacar que dentro de las instituciones tuitivas se han regulado la tutela y la curatela con semejanzas y diferencias más o menos agudas según la legislación de que se trate. Muchas veces la distinción radica en la edad del pupilo sujeto a una u otra guarda o en el grado de su incapacidad. Lo cierto es que a los efectos de la autoprotección estas particularidades poco trascienden y en la doctrina se ha manejado con más frecuencia el término autotutela, aún cuando la institución de base sea la curatela. Para el caso de Ecuador el instituto de la autotutela, también estaría mal denominado si tenemos en cuenta que tutores se le nombra a los menores y curadores, a los mayores; por lo tanto, si estamos creando una figura de la que puedan hacer uso las personas mayores de 18 años, deberíamos hablar de autocuratela. Lo único que hace variar la denominación es la institución de guarda que pueda asignar quien está redactando el documento autoprotector. De manera que en varias ocasiones estaremos haciendo referencia a cuestiones relativas a la autotutela y esto es porque se aplican perfectamente a la autocuratela y ha sido ese el término que con más frecuencia se ha usado por la doctrina y alrededor del cual se ha teorizado.

(1948): en su artículo primero dice que todos los seres humanos nacen libres o iguales en dignidad y derechos. Su artículo tercero lo reafirma cuando dice que los individuos tienen derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona.

⁶⁴ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: Derecho de Sucesiones, Común y Foral, Segunda Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1997. p. 195 y 196.

2.1 Notas históricas.

Las referencias históricas relativas a esta institución son muy escasas por lo novedoso del tema. Sin embargo, ya en 1927 se patentizó el caso del ciudadano ruso Ivon Cnimzo de origen finlandés, quien el propio día en que alcanzó la mayoría de edad nombró para sí tutor en documento privado⁶⁵. El móvil que llevó a esta autodesignación fue que dicha persona padecía una enfermedad hereditaria degenerativa. Curiosamente dicha autodesignación le fue aprobada por el Tribunal de Tutelas soviético al reconocer la legalidad del documento. Ese suceso alentó a SÁNCHEZ TORRES en 1928 a plantear la posibilidad de admitir la autotutela en el Derecho español.

RIVAS MARTÍNEZ le asigna una alusión anterior "ya que a ella se había referido Diego Ma. CREHUET DEL AMO en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 1921) titulado *La tutela fiduciaria*."⁶⁶ Luego en 1924 mediante Real Orden, de fecha 14 de marzo se responde a una instancia presentada en solicitud de pronunciamiento en cuanto a la eficacia de la designación de tutor, que "(...) *previendo su futura incapacidad, hiciera una persona para sí misma ante Notario público*"⁶⁷. La instancia utilizó para la admisión de la figura el argumento de analogía en relación con la tutela testamentaria.

La doctrina española comenzó a interesarse ampliamente por el tema hasta proponer una reforma total del sistema de tutela. Sirva de ejemplo el caso de RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE quien dedico dos artículos al tema.⁶⁸

⁶⁵ El caso apareció en la Sección de Crónicas de Derecho Extranjero de la Deutsche Juristen Zeitung -cuya actual redacción radica en Tübingen, Alemania. DURÁN CORSANEGO, Emilio: La Autodelación de la Tutela, tesis doctoral, Tutor: GARCÍA-AMIGO, Manuel; Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, abril de 2002, p. 140. <http://www.ucm.es/BUCM/tesis/psi/ucm-t26742.pdf>, consultado el día 10 de marzo de 2010.

⁶⁶ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Ponencias presentadas por el Notariado Español-VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998, p. 192.

⁶⁷ Publicada en el Anuario del Ministerio de Gracia y Justicia (Dirección General de los Registros y del Notariado), Madrid, 1924, p. 521.

⁶⁸ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: "¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Editorial de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1953, p. 344 y ss; *cit. pos.* BADOSA COLL, Ferrán: "La autotutela", en *Estudios*

En materia legislativa en este país vale mencionar el debate parlamentario previo a la aprobación de la Ley del 24 de octubre de 1983 "*Reforma del Código Civil en materia de tutela*". En ese marco se discutió ampliamente la posibilidad de la autotutela, la cual finalmente no fue aceptada, no porque se rechazara la autoprotección, sino por considerarla merecedora de un estudio más sosegado y exhaustivo. "Esa figura no se puede meter en un proyecto de la ley de tutela casi de refilón, sino que habrá que regularla muchísimo mejor viendo todos los problemas que se pueden plantear"⁶⁹. Estas palabras fueron interpretadas por el senador PORTABELLA I RAFOLS como un llamado a "reconsiderar el tema de la autotutela con mayor tranquilidad y mayor discernimiento y en la medida en que ustedes lo pueden sugerir, esta Cámara tendrá ocasión de volverlo a considerar."⁷⁰

La primera consagración legal de la autotutela en Hispanoamérica nació en Cataluña en la Ley 11/1996, de 29 de julio⁷¹. Luego fue modificada por la Ley 9/1998, de 15 de julio, "Código de Familia de Cataluña" y mediante la Ley 41 de 2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, se reguló la figura en el ámbito del Derecho Civil común español⁷². No obstante, otras legislaciones incorporaron figuras similares en fechas anteriores, sirva de ejemplo la introducción del mandato en previsión de la propia y eventual incapacidad en Québec el 15 de abril de 1990.⁷³

2.2 Denominación y concepto.

de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis LACRUZ BERDEJO, volumen II. Editorial Bosch, Barcelona, 1993. p. 907 y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *La Tutela*, Editorial Bosch, Barcelona, 1954.

⁶⁹ Palabras de la senadora Sauquillo Pérez en el Pleno del Senado llevado a cabo el 22 de septiembre de 1983 citado por RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *op. ult. cit.* p. 191 y 192.

⁷⁰ PORTABELLA I RAFOLS citado por RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *op. ult. cit.* p. 192.

⁷¹ Ley catalana 11/1996, de 29 de julio; "de Modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares", en Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya no. 2238, de 2 de agosto de 1996.

⁷² Dicha ley modificó los artículos 223 y 234 del Código Civil español.

⁷³ Artículo 2131 del Código Civil de Québec: El mandato puede también tener como objeto los actos destinados a asegurar, en previsión de la ineptitud del mandante para cuidar de sí mismo o de la administración de sus bienes, la protección de su persona, la administración total o parcial de su patrimonio y en general su bienestar moral y material.

En cuanto a la denominación o nomenclatura de la figura analizada, tampoco ha sido homogénea la doctrina ni las legislaciones que la admiten. RIVAS MARTÍNEZ prefiere denominarla como "autodelación de la tutela."⁷⁴ RENDÓN UGALDE se inclina por la designación de "tutela voluntaria"⁷⁵, por cuanto se resalta el que a su juicio es elemento esencial de la figura, la voluntad. Por su parte GARCÍA VILLEGAS, se pronuncia a favor del término "tutela autodesignada".⁷⁶ El criterio de GARCÍA AMIGO y DURÁN CORSANEGO es que debe tenerse en cuenta la distinción entre autotutela y autodelación de la tutela, y defienden esta última nomenclatura por considerarla más apropiada y precisa que otras⁷⁷.

Doctrinalmente la delación de la tutela, delación de la curatela en nuestro caso, ha sido entendida como: denunciar, poner en conocimiento, delatar la necesidad de colocar a alguien bajo tutela (es el caso de la doctrina cubana)⁷⁸ o llamar a las personas que van a ocupar el cargo de tutor.⁷⁹ En este último sentido valdría además distinguir el llamamiento formal y del real o efectivo.

En cuanto a legislaciones, tampoco se ha logrado el consenso, incluso dentro de las mismas naciones. En el país azteca, donde se ha admitido la figura en los estados de Morelos, Coahuila y en el Estado de México se han utilizado los términos de "tutela preventiva"⁸⁰, "tutela autodesignada"⁸¹ y "tutela

⁷⁴ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *op. ult. cit.*

⁷⁵ Cfr. RENDÓN UGALDE, Carlos: *op. cit.*, p. 77.

⁷⁶ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo: *La necesidad jurídica de disposiciones para tutelar la propia incapacidad*. Tesis en opción al grado de doctor, Tutor: GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios; Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 19 de junio de 2006, copia elaborada en los Talleres de Impresos Franco, Distrito Federal, México. p. 293-294 y 313.

⁷⁷ Cfr. DURÁN CORSANEGO, Emilio: *op. cit.*, p. 136.

⁷⁸ Vid. MESA CASTILLO, Olga: *Orientaciones para el estudio del Derecho de Familia*, Universidad de La Habana, La Habana, 1987, p. 83; y *Orientaciones para el estudio del Derecho de Familia II*, Universidad de La Habana, Facultad de Educación a Distancia, La Habana, 1998; PERAL COLLADO, Daniel A.: *Derecho de Familia*, 1ra reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1984. p. 148 y 149; Ley número 59/1987, de 16 de julio; Código Civil de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República*, Edición Extraordinaria, Año LXXXV, número 9, página 39, La Habana, 15 de octubre de 1987; artículo 140 en relación con el 141.

⁷⁹ DURÁN CORSANEGO, Emilio: *op. cit.*, p. 134-136. Cita a ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Derecho Civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado-RDP, Madrid, 1972, tomo IV, p. 48.

⁸⁰ Artículo 294: La tutela es testamentaria, legítima, dativa o preventiva. Artículo 319: Toda persona en pleno ejercicio de sus derechos podrá designar a una persona capaz, para que si cayere en estado de interdicción o inhabilitación, desempeñe la tutela respecto a ella. Artículo 320: También, en la misma forma que señala el precepto anterior, podrá designar a otras personas para que por

voluntaria”⁸²respectivamente. En la provincia de Québec, Canadá, se considera a la institución de la misma naturaleza como un contrato de mandato⁸³y se le confiere un carácter jurídico híbrido ya que es contrato y sistema de protección a la vez. Del contrato tiene las características de la concurrencia de voluntades de las partes y de los terceros y del sistema de protección tiene el formalismo, la posibilidad de recurrir al control judicial y de los mecanismos de intervención de terceros mientras dure, para asegurar su buen funcionamiento o su cese.⁸⁴

A juicio nuestro el término autotutela o autocuratela en el caso de Ecuador, no es acertado para designar la figura que se quiere. En la dimensión semántica de la

su orden substituyan al designado en el desempeño del cargo, en caso de no aceptación, impedimento, excusa o remoción. Estas designaciones sólo serán válidas si se hacen ante notario o juez de lo familia. Artículo 32: Serán aplicables a la tutela preventiva todas las disposiciones de la tutela testamentaria en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el artículo anterior”. Todos del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

⁸¹Artículo 558: La tutela es testamentaria, legítima, dativa o autodesignada. Artículo 616: El mayor de edad capaz tiene derecho a designar su tutor para el caso de que sea declarado incapaz. Este nombramiento excluye del ejercicio de la tutela a las personas que pudiera corresponderles de acuerdo con este código. La persona designada no está obligada a aceptar el cargo, aunque no tenga excusa para ello, pero si la acepta deberá permanecer en él un año cuando menos, pasado el cual podrá solicitar al juez se le releve del mismo. Si se nombran varios tutores, desempeñará la tutela el primero de los nombrados, a quien substituirán los demás en el orden de su designación, en los casos de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo; excepto que se haya establecido el orden en que los tutores deban sucederse en el desempeño de la tutela. La designación de tutor debe hacerse ante notario y es revocable en cualquier tiempo mediante la misma formalidad. En lo que no se opongan son aplicables al tutor autodesignado las disposiciones de la tutela en general, salvo lo dispuesto expresamente por quien lo nombre. Todos del Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

⁸²Artículo 4240: La tutela es testamentaria, legítima, dativa o voluntaria. Artículo 4269: Las personas capaces pueden designar tutor y curador, así como sus sustitutos, para el caso de que llegare a caer en estado de interdicción. Artículo 4270: Las designaciones anteriores, deben constar en escritura pública, con los requisitos del testamento público abierto. Artículo 4271: Al hacer la designación podrá instruir sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones. Artículo 4272: Si al hacerse la designación de tutor o curador voluntarios, éstos no reúnen los requisitos para desempeñar el cargo, será válida la designación si los satisfacen al momento de desempeñarse. Artículo 4273: A falta o incapacidad de los tutores o curadores designados, se estará a las reglas de la tutela legítima. Todos del Código Civil del Estado de México.

⁸³Artículo 2131 del Código Civil de la provincia de Québec, Canadá: El mandato puede también tener como objeto los actos destinados a asegurar, en previsión de la ineptitud del mandante para cuidar de sí mismo o de la administración de sus bienes, la protección de su persona, la administración total o parcial de su patrimonio y en general su bienestar moral y material.

⁸⁴FABIEN, Claude citado por JAUQUES STEENACKERS, Louis: *El Mandato en previsión de su propia eventual incapacidad* consultado el 10 de marzo de 2010 en <http://www.revistanotarios.com/files/El%20Mandato%20en%20Prevision%20de%20su%20Propia%20Eventual%20Incapacidad.pdf>

palabra significaría curatелarse a sí mismo, cosa que no se identifica con el contenido y objetivos de la aludida figura. Además esta institución propia del Derecho Común con tal nomenclatura puede ser dada a la confusión con la autotutela como principio del Derecho Administrativo⁸⁵ o como vía de solución de conflictos⁸⁶. Tampoco nos parece correcta la nomenclatura de delación voluntaria de la tutela o curatela según el caso, acogiendo el significado que al término delación, da la doctrina extranjera y mayoritaria. No porque sea extensa es que no defendemos esta denominación, pues ello no debe ser óbice para su utilización si es que encierra las características y descripción del fenómeno que denomina; de modo que no compartimos los criterios de TORRES ROIG⁸⁷ Y MORENO NÁPOLES⁸⁸, que se erige defensor del vocablo autotutela por el hecho de ser más breve y sencillo. Lo que se desajusta en la expresión delación voluntaria de la tutela es que se aviene a otros supuestos como el de tutela testamentaria, pues la voluntad del otorgante también es la protagonista en este caso. En conclusión, de las varias terminologías usadas para designar el mismo fenómeno, nos inclinamos por la utilización de la tutela autodesignada, para el caso de Ecuador curatela autodesignada, por cuanto nos parece más descriptiva de la situación que designa.

Mas allá del nombre que se le pueda dar, CREHUET DEL AMO calificó la institución como "(...) *la designación de un tutor para sí mismo, hecha por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz.*"⁸⁹ BADOSA COLL la reentende como "(...) *la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual*

⁸⁵ CASTANEDO ABAY, Armando *et. al.*: Temas de Derecho Administrativo cubano, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2003, p. 8.

⁸⁶ Vid. "La autotutela". Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época - Vol. VIII- Año 1968 - Nº 8
O La Jurisdicción en el Derecho chileno.
http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_simple/0,1362,SCID%253D2555%2526ISID%253D210%2526PRT%253D2554,00.html

⁸⁷ TORRES ROIG, Inés Cecilia: "La capacidad de obrar y su graduación en torno a las instituciones de guarda y protección", Tesis de la Maestría Interdisciplinaria de Derecho de Familia, Tutora: Dra. Olga Mesa Castillo; Universidad de La Habana, 16 de julio de 2007, copia cedida por su autora.

⁸⁸ MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús: *op. cit.*, p. 52.

⁸⁹ CREHUET DEL AMO, Diego María: *La Tutela Fiduciaria*, Editorial Reus, Madrid, 1921. p. 9.

*incapacitación*⁹⁰. RIVAS MARTÍNEZ la ha definido como “(...) *la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de haber incidido en incapacidad; es decir, es la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz*” y afirma que “(...) *puede también considerarse como la legitimación de una persona para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación*”⁹¹. Nótese como en todas estas conceptualizaciones se resalta mayormente el elemento subjetivo su capacidad jurídica plena necesaria en el momento de la designación de tutor para el futuro.

En el caso de la doctrina cubana PÉREZ GALLARDO ha precisado que “(...) *consiste en la designación por parte del interesado mayor de edad que no puede valerse por sí mismo (por causa de incapacidad física o psíquica) de la persona que en calidad de tutor puede representar su persona y bienes*”. A su vez este autor remite a MARTÍNEZ GARCÍA, quien la define como “(...) *la institución a través de la cual se posibilita a la persona capaz para, mediante un documento apropiado, formal, y revocable, dejar preestablecido, para el supuesto de su incapacitación, el organismo tutelar en cuanto a su configuración, personas que han de desempeñar los cargos y mecanismos de vigilancia y control*”⁹². En este caso, MARTÍNEZ GARCÍA prefiere engrosar y vertebrar el concepto a partir de elementos del documento autoprotectivo aludiendo a sus características y aspectos del contenido del mismo.

Para MORENO NÁPOLES se concibe la autotutela como “*el negocio jurídico personalísimo, individual, unilateral, de Derecho de Familia, ínter vivos, principal, gratuito, solemne, no recepticio y revocable; mediante el cual una persona individual con capacidad de obrar para ello designa para el supuesto de incapacitarse, a aquella que prevé deba tutelarle, pudiendo nombrarle sustitutos; o excluye a determinadas personas para el cargo de tutor suyo, o realiza ambas*

⁹⁰ BADOSA COLL, Ferrán: *op. cit.*, p. 903.

⁹¹ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *op. cit.*, p. 210.

⁹² *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino: “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo*, Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006. p. 35.

*cosas a la vez.*⁹³ Este autor ofrece su definición de manera mucho más descriptiva, intentando abarcar todos los elementos que la caracterizan y que analizaremos en el epígrafe 2.4.

A juicio nuestro la autocuratela es el negocio jurídico mediante el cual una persona jurídicamente capaz para ello designa, positiva o negativamente⁹⁴ y en orden de prelación las personas que, según su voluntad, deban curatellarlo para el supuesto en que se incapacite.

2.3 Naturaleza jurídica.

Desde la doctrina y el derecho comparado se ha tratado de explicar la naturaleza jurídica de este instituto, a través de su asimilación al mandato y al testamento.⁹⁵ Sin embargo, no nos parece atinada esta posición por cuanto la nota característica del testamento es que sus disposiciones son *mortis causa*, por lo que deben cumplirse luego de la muerte del testador, cosa que no ocurre en el analizado caso. En cuanto al mandato, tampoco estamos contestes con concebir la autocuratela como tal, ya que es inconcebible la representación voluntaria en los casos de personas totalmente incapaces. La autocuratela esta llamada a operar justamente en el espacio de tiempo que media entre la extinción del mandato por incapacitación o interdicción del mandante o comitente y la ineficacia del testamento durante la vida del testador. De lo que se trata es de regular una relación jurídica que va a existir antes de la muerte, pero para tiempo de *post capacitatem*.

⁹³ MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús: *op. cit.*, p. 55.

⁹⁴ Esto es que la persona puede designar a aquel que quiere que sea su curador cuando le sobrevenga la incapacidad, incluso tiene la posibilidad de nombrar sustituto de ese designado y también puede nombrar a los que no quisiera que ostentaran tales cargos.

⁹⁵ CREHUET DEL AMO para exponer la naturaleza jurídica del acto en que se defiere la tutela fiduciaria expresa que no es "(...) *contractual, ni bilateral, sino extraordinario y de extremo parecido con el testamento*". Expone además que estaríamos ante una comisión o mandato *sui géneris* que no se extinguiría por la declaración de incapacidad del mandante. Concluye asimilándola al mandato o la comisión; proponiendo que el nombramiento de tutor fiduciario sería a través del que calificaba como "*mandato tutelar*". Cfr. CREHUET DEL AMO, Diego María: *op. cit.*, p.16-19. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE atendiendo a la analogía con la designación de tutor testamentario lo percibe como *cuasi* testamento. Cfr. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *op. ult. cit.*, p. 188 y ss. Artículo 2113 del Código Civil de Québec.

Es también válido para la conclusión acerca de la naturaleza jurídica de la figura analizada, traer a colación la teoría francesa del acto jurídico. Los actos jurídicos son “actos humanos producidos por la voluntad consciente y exteriorizada del hombre, a los cuales el Derecho relaciona la producción de efectos jurídicos”.⁹⁶ De modo que existe una manifestación exterior de la voluntad que, amparado en una regla de Derecho, crea una situación jurídica que involucra a una o varias personas. Se destaca aquí como elemento básico la voluntad, pues el hombre la manifiesta queriendo desencadenar los efectos previstos por la norma jurídica. Ahondando en esta categoría pudiéramos hablar incluso del negocio jurídico, que es un tipo peculiar de acto jurídico donde “la voluntad está expresamente dirigida a producir determinados efectos, configurados por ella misma y permitidos por la norma”.⁹⁷ Así, cuando una persona capaz manifieste su voluntad tendiente a nombrarse un curador o tutor voluntarios, estará configurando un acto jurídico y aún un negocio jurídico.

Por ello, la naturaleza jurídica de la autotutela requiere la observancia de una dualidad de relevancias jurídicas: una la que atañe a la esfera del autotutelado y otro *erga omnes*, para la generalidad, entendiéndose terceros⁹⁸. Una vez formalizada la delación adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, requiriendo de otro acto similar para destruirlo mediante revocación. Pero para terceros la relevancia llega cuando acontezca la incapacitación del autotutelado, la cual actúa como *conditio iuris* para la relevancia jurídica externa del acto y se convierte en algo más que un requisito legal de eficacia y algo menos que un elemento constitutivo: es requisito de vigencia exterior⁹⁹.

La autotutela tiene la función de regular la protección futura del sujeto para los casos en que le sobrevenga la incapacitación; antes de tal eventualidad, ningún

⁹⁶ VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: Derecho Civil Parte General, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 216.

⁹⁷ *Ídem*. p. 217.

⁹⁸ El doble estadio de relevancia jurídica de ciertos actos no es idea nuestra, ha sido expuesta por PÉREZ GALLARDO respecto al testamento. Cfr. PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino: *Derecho de Sucesiones*. Tomo I, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 221-226.

⁹⁹ Cfr. MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús: *Op. Cit.* p 56 y 57.

efecto se deriva. Para los terceros antes de la incapacitación es un acto *in devenire*. *Medio tempore* entre el momento de su perfeccionamiento y el de la incapacitación del sujeto es un acto válido; definitivo en cuanto al autor del mismo, *in itinere* para terceros. Es entonces un negocio jurídico *post capacitatem*.

2.4 Características.

Algunas cuestiones de las que abordaremos en este epígrafe ya han sido enunciadas *supra*. De hecho, no pocos autores requieren de manera imprescindible incorporar las características de la autotutela para ofrecer un concepto de la figura.

Como institución indudablemente asociada a la tutela, la autotutela debe ser considerada una institución *quasi* familiar, en la que la autonomía de voluntad puede resultar severamente limitada por intereses familiares o incluso por el interés social.

En segundo lugar y en consonancia con lo expuesto en el epígrafe anterior consideramos la autotutela como un acto jurídico y propiamente un negocio jurídico *post capacitatem*. Esto último no afecta su carácter *inter vivos*, por cuanto la relación que crea se va a producir siempre entre personas vivas, aunque una de ellas no goce de capacidad de obrar.¹⁰⁰

Es unilateral en tanto la declaración de voluntad del autotutelado, *per se*, es suficiente para crearlo, porque la persona designada no resulta obligada a nada, ni siquiera tiene que ser aceptado o conocido el negocio jurídico por el preteso curador para considerarse que existe. En este caso la unilateralidad atiende al número de declaraciones de voluntad que estructuralmente conforman el acto, estableciendo imperativamente la estructura *ex uno latere* de la declaración. Aquí

¹⁰⁰ El carácter *inter vivos* supone una relación intersubjetiva, que vincula correlativamente a varias personas vivas. *Inter vivos* son los actos de los cuales se origina una situación que incide contemporáneamente en la esfera jurídica de su autor o de terceros. Cfr. PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino: en *Derecho de Sucesiones...op. cit.*, tomo I, p. 206-207. Locución latina y española. Etre vivos o vivientes. Se aplica de modo preferente a las donaciones que surten sus efectos en vida del donante, a diferencia de los legados, cuya eficacia requiere la muerte del autor de la liberalidad. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Op. Cit.* p. 234.

basta la manifestación de voluntad de una sola parte para dar vida al acto. Los negocios unilaterales, a su vez, pueden ser recepticios o no recepticios, según sea necesario que esa voluntad deba ser recibida por otra u otras personas para lograr eficacia. El carácter recepticio o no del instituto que ahora analizamos está en dependencia del sistema de tutela o curatela que acoja la legislación en cuestión. En los sistemas mixto y de autoridad (ya sea judicial o administrativo) la eficacia está supeditada a la decisión judicial o administrativa según sea el caso, pues en última instancia es el juez o la autoridad quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución de guarda y protección de base; pero en el sistema de tutela familiar, en el que la institución de guarda asume un carácter privado si puede tener el negocio unilateral de autocuratela el carácter de recepticio, por cuanto basta la aceptación del designado para la eficacia del mismo. En el caso de nuestro país la autocuratela no tendría carácter recepticio, pues según dispone el artículo 398 del Código Civil, el ejercicio de la tutela o curaduría tiene que estar precedido por el discernimiento, excepto en los casos de curatela para pleito o *ad litem*. De modo que cuando se produzca la delación por actos *inter vivos* y la persona designada acepte el cargo que se le propone, este no podrá ejercerse válidamente hasta tanto no exista un pronunciamiento judicial que autorice.

También puede ser oneroso o gratuito en dependencia de si se percibe o no contraprestación por el ejercicio de la institución de guarda que le sirve de base. En el caso de Ecuador y a tenor de las disposiciones del artículo 545 del Código Civil, la autocuratela tendría *a priori* carácter oneroso, percibiendo el curador designado la décima parte de los frutos de los bienes pupilares que administre. No obstante, esta regla general tiene excepción, tornando gratuita la autocuratela para aquellos casos en los que los bienes del pupilo no superen lo necesario para su precisa subsistencia.

El negocio de autocuratela deberá ser considerado un acto personalísimo e indelegable, en atención a la propia naturaleza de la figura y como la mayoría de los negocios jurídicos de derecho de familia, en el sentido de que sólo podrá ser ejercitado este derecho por el titular. ¿Puede la designación del autocuratelado

consistir en la designación de otra persona que elija al curador al sobrevenir la incapacidad? La respuesta debe ser negativa por cuanto ya hemos indicado que estamos ante un negocio jurídico de derecho de familia y la regla en estos casos es la no posibilidad de representación en este tipo de negocios debido al carácter personalísimo que revisten las relaciones familiares.

Requerirá que en el documento que la instituya sólo y únicamente aparezca la delación voluntaria de la persona que la otorga. Esto último es, que no nos parece atinado admitir la mancomunidad en el otorgamiento de la curatela autodesignada; ello iría en detrimento de las facilidades para la revocación de la institución. Sin que se entienda que estamos identificando la autocuratela con el testamento, pero sí teniendo en cuenta la relación y similitud que pueda existir;¹⁰¹ debe valorarse que la mayoría de los ordenamientos jurídicos prohíben la mancomunidad testamentaria¹⁰². La *ratio* de esta prohibición la sitúa generalmente la doctrina en la evitación de disposiciones captatorias; y en el aseguramiento de la libre revocabilidad.

La autocuratela tiene también los caracteres de: solemne,¹⁰³ al estar sometida a requisitos formales necesarios para su validez y eficacia, en especial por ser un acto de Derecho de Familia; principal, sin depender de otro acto, con sustantividad propia; típico, por cuanto cuando sea posible su implementación es porque la ley lo admite, mientras sea atípico no es posible su utilización; y revocable ya que una manifestación de voluntad opuesta o distinta puede dejar sin efectos en cualquier momento posterior, total o parcialmente, la emitida anteriormente.¹⁰⁴

2.5 Elementos

¹⁰¹ La doctrina relativa a la autocuratela no es tan rica como la testamentaria. Tampoco lo es la autoprotectiva respecto a la sucesoria; ello, unido a los puntos coincidentes de las figuras justifica que acudamos a esta analogía.

¹⁰² Se incluye aquí el caso de la legislación civil ecuatoriana que en su artículo 1041 declara que el testamento es un acto de una sola persona y sanciona con nulidad las disposiciones testamentarias que contravengan tal prohibición.

¹⁰³ La forma desempeña en esta un rol *ad solemnitatem*, sin que quepa confundirla con el acto en sí.

¹⁰⁴ La revocabilidad es una de las peculiaridades más sobresalientes de los actos jurídicos unilaterales.

Mayoritariamente se ha estimado por la doctrina y las legislaciones que el nombramiento de tutor o curador para otro, y especialmente para uno mismo, es un acto que debe estar matizado por toda clase de garantías que disipen la menor duda que pueda afectar su validez o su eficacia. Es por ello que la mayoría se inclina por admitir el documento público como continente de la autocuratela. Esto no quiere decir que nos alcemos en contra de la admisión de disposiciones relativas a la curatela autodesignada mediante documento privado.¹⁰⁵ En cualquier caso tampoco sería admisible toda clase de documento de este tipo, sino sólo aquel que cumpla ciertas pautas y requisitos establecidos por la norma. Obviamente, el gran defecto de los documentos privados sería el riesgo de no ser conocidos oportunamente.

En el plano subjetivo la unilateralidad del acto remite exclusivamente a atender a la persona que autodesigna la curatela o disponente y al que se le exige la capacidad general para realizar actos jurídicos. En el caso de Ecuador y de acuerdo a la normativa que enuncia el Código Civil, habría que atender a los artículos 1461 y 1462; en el caso de los dementes es claro que estamos hablando de un negocio jurídico que se debe perfeccionar antes de su interdicción por demencia. Sin embargo, aún cuando no es necesaria la manifestación de voluntad del designado para la validez del acto, su protagonismo es tal que vale también mencionarlo al menos. Las particularidades de este último son objeto de estudio de la teoría general de la curatela.

2.6 Regulación en el Derecho Comparado.

Teóricamente se afirma que son pocos los ordenamientos jurídicos que han dado un tratamiento integral a la autoprotección. Así, se distinguen dos grandes grupos según la amplitud de las previsiones que efectúan: países que contemplan

¹⁰⁵ Volviendo a la analogía tan recurrida a falta de doctrina sobre este tema, tampoco es el testamento notarial el único tipo admitido por la teoría y el derecho comparado. Sirva de ejemplo el caso del testamento ológrafo en Cuba (artículo 483 en relación con el 485 del Código Civil cubano). En Ecuador no se encuentra una posibilidad semejante a la anterior y el artículo 1046 del Código Civil admite sólo los testamento solemnes o menos solemnes (privilegiado); sin embargo, no es inteligente arrastrar esta deficiencia a la nueva figura y en cambio admitir el documento privado para el otorgamiento de autocuratela.

disposiciones para casos concretos y otros con normativas más abarcadoras y sistémicas. Muy pocas son las legislaciones extranjeras que han consagrado en sus textos la designación de tutor o curador voluntario.

Países como Canadá, Estados Unidos, Japón, Inglaterra, Francia y Bélgica, contemplan disposiciones y estipulaciones relativas a la propia incapacidad pero no la autodesignación de tutor o curador propiamente. Sus leyes prevén figuras como el testamento vital, mandato de auto protección y el fideicomiso.

El Código Civil de Québec, Canadá, al cual hemos aludido *supra* en torno a este tema; concibe un mandato híbrido el cual se regula como un contrato. Si el poder que se otorga mediante ese mandato es suficiente para atender al cuidado de la persona y de los bienes del incapaz, evita la apertura de los otros regímenes de protección del mayor incapaz. La normativa canadiense estipula que los incapaces deben ser escuchados e informados en cualquiera de los sistemas previstos.¹⁰⁶

En otros países como Alemania, Suiza, Japón y España si encontramos una figura asimilable a la autocuratela.

En Suiza se otorga un testamento en el que se nombra un albacea; a esa misma persona, en documento notarial diferente, se le otorga un poder amplio de contenido personal y patrimonial para el caso de incapacidad por vejez, enfermedad o accidente. Cuando sobreviene este estado y previo pronunciamiento del médico de cabecera, el juez procede a designa curador o tutor, según el caso, a ese albacea apoderado. La distinción de la institución de guarda se fundamenta en la amplitud de las facultades de la persona designada: si atiende los bienes del incapaz será curador y si cuida además de la persona, será tutor. Si bien la designación es al final judicial, tiene como antecedente la voluntad del interesado expresada válidamente.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Eduardo: *op. cit.*, p. 68-73 y JAKES STEENACKERS, Louis: *op. cit.*

¹⁰⁷ Vid. artículo 372 en relación con el 374.2. y el 381 del *Code civil suizo*, (ZGB). Cfr. DURÁN CORSANEGO, Emilio: *Op. Cit.*, p. 151 y TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p 651 y 62.

En Alemania se admite la designación del propio curador¹⁰⁸, llamada también disposición de asistencia o *Betreuung*, la cual se encuentra regulada en la “Ley de Asistencia o de Reforma del Derecho de Tutela y Curatela para Mayores de Edad”,¹⁰⁹ promulgada por el 12 de septiembre de 1990 y vigente desde el 1 de enero de 1992. Esta figura consiste en la expresión de voluntad formalizada por cualquier medio, la cual se presenta y sustancia judicialmente, no requiriéndose la capacidad del interesado en la que se propone la persona del asistente o curador, el tipo de asistencia que desea y los deberes a su cargo. Toda persona que conozca de su existencia está obligada a denunciarla. Se tendrá en cuenta en todo caso por el órgano judicial que el designado no resulte contrario a los intereses del mayor de edad que designó y en caso de que la designación conllevara perjuicio para el presunto incapaz no vincula al juez, salvo para admitir las exclusiones que haya realizado a personas determinadas. Lo contraproducente y atípico de esta figura alemana es que se le confiere al incapaz la posibilidad de rechazar la designación propuesta, aun encontrándose en ese estado de incapacidad.¹¹⁰

En Japón encontramos un acercamiento a la legislación alemana con la Ley 149 de 8 de diciembre de 1999, la cual comenzó a regir el primero de abril de 2000. En este país el propio interesado puede instar a la tutela, la curatela y especialmente a la “asistencia” y a su voluntad se presta especial consideración.¹¹¹

En España puede hablarse de la tutela voluntaria parcialmente porque la regulación al respecto no la encontramos en el derecho común español sino se encuentra regulada en la Ley Catalana. La Ley del 29 de julio de 1996 modifica los

¹⁰⁸ En Alemania se llama tutor a quien se encarga de los menores de edad y curador a quien tiene a su cargo a las personas mayores de edad incapacitadas.

¹⁰⁹ La finalidad esencial de esta Ley es fortalecer los derechos y la posición jurídica de los discapacitados psíquicos y físicos; determinando en qué medida los incapaces por razón de enfermedad o alguna deficiencia psíquica pueden ejercer su autonomía en el ámbito de los derechos de la personalidad, garantizando el respeto a los mismos, y en especial, el ejercicio de su autodeterminación.

¹¹⁰ Cfr. HERTEL, Christian: “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad: el Derecho alemán”, en *Escriva*, año 1, no. 2, Colegio de Notarios del Estado de México, 1998, p. 12-25.

¹¹¹ Cfr. DOMINGO, Rafael y NOBUO, Hayashi: *Código Civil japonés. Estudio preliminar, traducción y notas*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.

artículos 4 y 5 de la Ley del 30 de diciembre de 1991 y añade una disposición adicional, la "tercera".

En la exposición de motivos o preámbulo se esclarece cuál es el fundamento de la modificación adjudicándose la causa al aumento de la esperanza de la vida de la población, lo cual acarrea el envejecimiento de las personas que a su vez causa un incremento de patologías crónicas que puede impedir el propio gobierno. También el preámbulo expone que las reformas introducidas descansan en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas las situaciones futuras, las cuales impidan que ésta se gobierne por sí misma. Por último, el preámbulo aclara que los nombramientos de las personas no son vinculantes para el juez si a su juicio han ocurrido nuevas circunstancias o condiciones que hagan cuestionable la designación originalmente hecha. De manera que se ratifica al juez su carácter de órgano superior de control y decisión en la constitución de la tutela.

Esta propia Ley que comentamos, en su artículo 5 primer párrafo¹¹², establece la posibilidad de que una persona pueda disponer sobre su guarda una vez que le sobrevenga la incapacidad.¹¹³

En Cuba no se regula una figura como esta, sin embargo hay basamentos para la autoprotección desde el propio texto constitucional, donde el Estado se erige como garante de la libertad y la dignidad plenas del hombre, del disfrute de sus derechos y del desarrollo integral de su personalidad. Por otra parte, la autonomía

¹¹² Este artículo ha sido severamente criticado por la doctrina. *Cfr.* RENDÓN UGALDE, Carlos: *Op. Cit.*

¹¹³ Artículo 5 de la Ley Catalana: Cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley. El nombramiento puede ser impugnado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela, o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior.

de la voluntad se ha constituido en principio general del Derecho e informa el conjunto de normas jurídicas cubanas con un reconocimiento bastante amplio en el artículo 312 del Código Civil.

Una interpretación reduccionista del ordenamiento jurídico cubano llevaría a los profesionales del Derecho a actuar desde una posición impeditiva y negativa de intervención en la esfera de la autoprotección. Por el contrario, una lectura armónica, integradora y teleológica de la norma salvarían las lagunas y deficiencias actuales.

En contra de la admisión de la autotutela, que sería la figura que se puede implementar en Cuba, se aluden varios argumentos: que no está expresamente admitida; que entre las personas llamadas a la tutela no están las designadas por el futuro incapacitado; que no cabe ni la transacción ni el desistimiento por tratarse de una normativa de orden público; que en este ámbito se acentúa el carácter imperativo de las normas así como la intervención pública a través del juez y del Ministerio Fiscal; que la autonomía privada está más limitada en esta esfera; el riesgo de captación de voluntad del presunto incapaz; que no es aplicable la analogía por no ser en Cuba esta una fuente de Derecho; etc. A favor de su admisión se esgrimen también varios argumentos que atacan los anteriores: el riesgo de captación de voluntad está presente en todos los negocios jurídicos; el principio de la autonomía de la voluntad también opera en el Derecho de Familia aunque sea más reducido; etc.¹¹⁴

3. Normas de alcance general en el Código Civil ecuatoriano que respaldan la regulación de la autocuratela.

De plano se puede afirmar que en el derecho positivo ecuatoriano no hay norma permisiva expresa respecto a la institución de la autocuratela. Sin embargo, consideramos que de las regulaciones en torno a la tutela y la curatela se puede

¹¹⁴ Al respecto *Cfr.* MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús: *Op. Cit.* y TORRES ROIG, Inés Cecilia: *Op.Cit.*

colegir que la inclusión de la figura, no iría al traste con los principios informantes del Código Civil vigente y del Derecho ecuatoriano en general.

Desde el propio texto constitucional, en el Capítulo Sexto del Título II, se regulan ampliamente los derechos de libertad. El artículo 66 de ese propio Capítulo realiza una enumeración bastante amplia de algunos derechos que se reconocen a las personas y que tributan en alguna medida a garantizar la libertad. Así, en el numeral 5 se establece que se tiene derecho al libre desarrollo de la personalidad siempre y cuando esto no atente contra los derechos de los demás. De manera que una interpretación abarcadora de este apartado quinto nos permite afirmar que una persona puede disponer libremente de su persona y bienes, estando limitada sólo por el derecho de los demás. Entonces es admisible que una persona mayor de edad y plenamente capaz ordene su guarda y cuidado a través de la curatela para el caso en que en el furo le sobreviniera la incapacidad por demencia.

Desde el Código Civil los argumentos a favor de la autocuratela son más visibles, ello lógicamente porque en este cuerpo legal se regulan las cuestiones relativas al Derecho de Familia. No es que aparezcan instituciones semejantes a las de otros ordenamientos jurídicos y asimilables a la autocuratela, es que existen regulaciones que pueden constituirse en argumentos para la admisión de la autoprotección.

En el Código Civil aparecen varios artículos en los que se confiere a terceros la posibilidad de disponer acerca de la guarda y cuidado de personas que, de alguna manera, están ligados a ellos. Esto motiva que nos preguntemos por qué admitir que otros dispongan sobre nuestra protección y no es posible que nosotros mismos lo hagamos; quién mejor que la propia persona puede saber lo que desea y lo que es mejor para ella. En este orden de cosas podemos citar el artículo 380, que establece que el donante o testador puede sujetar el acto de liberalidad a la condición de que los bienes cedidos al que se encuentra bajo tutela o curatela, se administren por la persona que él ha designado. De modo que en buena técnica

jurídica se ha nombrado por el testador o donante un curador adjunto, a la persona destinataria de los bienes transmitidos. Sin embargo, según disposiciones del propio artículo, no se accederá a los deseos del donante o testador si oídos los criterios de los parientes y el Ministerio Público, no fuera recomendable para el pupilo aceptar la liberalidad en estas condiciones. Otra vez, pero ahora sí con mucho atino, se pone un límite a la autonomía de la voluntad en el acto de ordenar la guarda y cuidado de las personas, esta vez en la autoridad del Ministerio Público y en la esfera privada de la familia. El demente puede ser uno de esos sujetos de la curatela y que resulte beneficiado con una liberalidad de las previstas en este artículo; resáltese cómo entonces este incapaz puede ser tutelado por alguien que ha designado el donante, por supuesto a través de un acto *inter vivos*.

En este mismo sentido nos remitimos al artículo 381 que expone las clases de guarda.¹¹⁵ A su vez el artículo 478 admite que la curatela del demente puede ser de cualquiera de estas tres clases. Nos interesa concentrarnos en la curatela testamentaria que, de los diferentes tipos previstos, es la vinculada a la autonomía de la voluntad. Nótese que en este caso y ajustado al artículo 383, un tercero (padre o madre) puede designar curador a los menores o mayores interdictos que no estén bajo patria potestad. Pero incluso, en relación con el análisis anterior, el artículo 386 admite que la designación de curador no se limite a los padres ni a actos *mortis causa*, como lo es el testamento; sino que extiende la posibilidad a otros sujetos y a actos *inter vivos* de cesión. Asalta nuevamente una interrogante: ¿por qué hay que hacer de mejor condición la designación paterna o de terceros que la autodesignación? La curatela es una institución que tiene como objetivo finalísimo proteger al interdicto como lo es el demente, no hay ningún obstáculo en admitir las regulaciones de su propia curatela del ahora incapaz. De hecho, antes

¹¹⁵ Testamentaria: El llamamiento se debe a un testamento en el cual le nombran tutor o curador al menor o incapacitado los padres del mismo, o las personas que le han dejado herencia o legado. Se rigen por las reglas de la tutela testamentaria el nombramiento de tutor o curador hecha por el padre o cualquier otra persona por actos *inter vivos*.

Legítima: La fuente del llamamiento es la propia ley, la cual establece un orden de personas que han de ocupar el cargo de tutor o curador. Opera cuando falta o expira la testamentaria; cuando se emancipa el menor viviendo sus padres y cuando se priva a estos de la patria potestad por el juez.

Dativa: Es subsidiaria de las dos anteriores y la confiere el juez.

de sobrevenir la enfermedad de demencia, él pudo haber sido plenamente capaz y podía celebrar todo tipo de negocios y actos, por qué no incluir dentro de ellos la regulación de su posible curatela. Mejor aún, nadie mejor que él para saber a quién confiar sus cuidados. La cuestión que no se puede perder de vista es que el juez debe tener la última palabra, pero la designación del futuro incapaz debe ser un criterio tan válido, al menos, como cualquier otro para el nombramiento de curador. CORRAL GARCÍA señala que la mejor solución radica en obligar al juez a respetar la voluntad del incapacitado, salvo que las circunstancias aconsejaran proceder al nombramiento de una persona distinta a la designada en el documento de autotutela¹¹⁶. Pero esto ya está garantizado en el Código Civil ecuatoriano cuando se supedita el ejercicio de la tutela y la curatela al decreto judicial que autorice al que ostenta el cargo (artículo 398).

En nuestro afán de buscar regulaciones del Código Civil que justifiquen la admisión de la curatela autodesignada, resultan extremadamente curiosas y cardinales las disposiciones del artículo 459. En este precepto se establece que las mujeres entre 12 y 18 años y los varones entre 14 y 18 (menores adultos) que no estén bajo tutela deben pedirla al juez y harán designación, ellos mismos, de la persona que haya de ejercer el cargo. En el caso de que la petición no la hagan los menores, se facultan a los parientes para hacerla, pero la designación de la persona para el cargo de tutor corresponderá igualmente al menor adulto y a falta de este señalamiento entonces al juez. La designación hecha por el menor se someterá a criterio del Ministerio Público, para finalmente ser aceptada o rechazada por el juez. Tan significativo es el aporte de este artículo a nuestro análisis que con pocas palabras vale decirlo. Es lógico que si se va a atender para la designación de un tutor a la voluntad de una persona que no ha alcanzado aún la mayoría de edad; muchos más motivos se tienen para considerar las disposiciones similares de quién ya fue plenamente capaz y le sobrevino la incapacidad por demencia luego de los 18 años. Si bien no nos oponemos a que,

¹¹⁶ Vid. CORRAL GARCÍA, Eduardo, "Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el derecho civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores" en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio, 2003, p. 38.

como en el caso del artículo 459, la designación no sea completamente vinculante para el juez, sino que se escuchen criterios velatorios de la legalidad, la justicia y el cuidado de los intereses de las personas. Evidencia también de la importancia que se les confiere a los pupilos que han alcanzado cierta madurez,¹¹⁷ es el artículo 561 en su segundo párrafo. En este caso se concede al tutelado que ha alcanzado la pubertad la posibilidad de provocar la remoción por intermedio del Ministerio Público.

De manera que aún cuando en el ordenamiento jurídico de nuestro país no hay reconocimiento expreso de la tutela autodesignada, consideramos que de las regulaciones en torno a las instituciones de guarda de tutela y tutela se puede colegir que la inclusión de la figura, no iría al traste con los principios informantes del Código Civil vigente y del Derecho ecuatoriano en general.

¹¹⁷ Esto pudiera ser considerado un anticipo o posiciones previas y avanzadas del reconocimiento de la capacidad progresiva, tan abogado en nuestros días.

CONCLUSIONES

- La institución de guarda y cuidado prevista en Ecuador para la protección de los incapacitados por demencia es la curatela general, pero esta no presenta en relación con la tutela las clásicas diferencias que en la doctrina y la historia han caracterizado a ambas instituciones y limita la distinción a la edad de las personas sometidas a cada una de ellas.
- La doctrina y las legislaciones no han sido homogéneas en la denominación a utilizar para la situación en la que una persona nombra curador para sí previendo su incapacidad futura; siendo en algunos casos la nomenclatura, desajustada a los fines de la institución. A nuestro juicio la expresión adecuada es curatela autodesignada.
- La autotutela es el negocio jurídico mediante el cual una persona jurídicamente capaz para ello designa, positiva o negativamente y en orden de prelación las personas que, según su voluntad, deban curatelo para el supuesto en que se incapacite; por tanto es un negocio jurídico *inter vivos* y

post capacitem, unilateral de carácter no recepticio, oneroso o gratuito, personalísimo, indelegable, solemne y principal, típico y revocable.

- Aún cuando en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no hay reconocimiento expreso de la curatela autodesignada, las regulaciones en torno a las instituciones de guarda de tutela y curatela permiten justificar que la necesaria inclusión de la figura a favor de las personas dementes, no iría al traste con los principios informantes del Código Civil vigente y del Derecho ecuatoriano en general.

RECOMENDACIONES

1. A la Asamblea Nacional:

Que en venideras modificaciones al Código Civil se incluyan expresamente preceptos encaminados a la admisión y reconocimiento expreso de la autocuratela en favor de las personas dementes, como institución autónoma y trascendente en el Derecho de Familia.

2. A las autoridades de los centros académicos implicados en la superación y formación de los juristas:

Que como parte de los planes de estudio y capacitación concebidos para los profesionales del sector, incluyan temas relativos a los que en esta investigación se tratan; para actualizar a los profesionales de las ciencias jurídicas con las corrientes más modernas que al respecto se están esgrimiendo y que directamente les afecta.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES:

- ALVARADO CHACÓN, Joaquín Rafael: "La persona en el Derecho Romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina". Universidad de Carabobo. Colaboración Especial, Segunda Parte. Archivo personal de nuestra tutora.
- Autocratela. Trabajo presentado por la Delegación San Isidro, obtuvo el premio en la Categoría Trabajos de Delegaciones en la XXXV Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en Tandil, del 7 al 10 de noviembre de 2007. <http://www.escribaniapadula.com.ar/pag/AutocurTandil07.html> consultado el día 19 de noviembre de 2009
- BADOSA COLL, Ferrán: "La autotutela", en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis LACRUZ BERDEJO, volumen II. Editorial Bosch, Barcelona, 1993.
- BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Parte General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999. Duodécima edición, Tomo I.

- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Editorial Heliasta, Argentina, 2008.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, común y foral, tomo tercero, Editorial Reus, Madrid, 1988.
- CASTANEDO ABAY, Armando *et. al.*: Temas de Derecho Administrativo cubano, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2003, p. 8.
- CELIS SCHWERTER, Sergio: “El poder de previsión para la propia incapacidad”. http://dspace.utalca.cl/retrieve/6365/celis_schwarter.pdf consultado el día 5 de marzo de 2010.
- CLEMENTE DÍAZ, Tirso: Derecho Civil. Parte General, Tomo I, Primera Parte, ENPES, U.H., La Habana, 1983.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo, “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el derecho civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores” en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio, 2003.
- DE TORO Y GÓMEZ, Miguel: Novísimo Diccionario Latino-Español de Don Vicente Salvá, Editorial Garnier-Hermanos, París.
- Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A., Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1951.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 21ra Edición, 1992.
- DIEZ AZCONEGUI, María Belén: Cómo está regulada la capacidad y la incapacidad. Archivo personal de nuestra tutora.
- DOMINGO, Rafael y NOBUO, Hayashi: Código Civil japonés. Estudio preliminar, traducción y notas, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.
- DURÁN CORSANEGO, Emilio: La Autodelación de la Tutela, tesis doctoral, Tutor: GARCÍA-AMIGO, Manuel; Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, abril de 2002, <http://www.ucm.es/BUCM/tesis/psi/ucm-t26742.pdf>, consultado el día 10 de marzo de 2010.

- FABIEN, Claude citado por JAUQUES STEENACKERS, Louis: El Mandato en previsión de su propia eventual incapacidad consultado el 10 de marzo de 2010 en <http://www.revistanotarios.com/files/EI%20Mandato%20en%20Prevision%20de%20su%20Propia%20Eventual%20Incapacidad.pdf>
- GARCÍA VILLEGAS, Eduardo: La necesidad jurídica de disposiciones para tutelar la propia incapacidad. Tesis en opción al grado de doctor, Tutor: GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios; Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 19 de junio de 2006, copia elaborada en los Talleres de Impresos Franco, Distrito Federal, México.
- GAYOSSO Y NAVARRETE, Mercedes: Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl. Editorial Universidad Veracruzana. México, 1992.
- GETE ALONSO, María del Carmen, Manual de Derecho Civil, dirigido por Luis PUIG I FERRIOL, tomo 1, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Colectivo de Autores dirigidos por Manuel ALBADALEJO. Tomo XXIX, vol. 3º. Colección Edersa. Madrid. 1986.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable. Editorial MacGraw-Hill. Madrid. 1997.
- HERTEL, Christian: “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad: el Derecho alemán”, en Escrava, año 1, no. 2, Colegio de Notarios del Estado de México, 1998.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad? Archivo Personal de nuestra tutora.
- KRAAN, Clasina: Actividad Intelectual contra demencia senil, consultado en <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/actividad-intelectual-contra-demencia-senil-60088-60088.html> el 16 de marzo de 2010.
- “La autotutela”. Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época - Vol. VIII- Año 1968 - Nº 8 O La Jurisdicción en el Derecho chileno.

http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_simple/0,1362,SCID%253D2555%2526ISID%253D210%2526PRT%253D2554,00.html

- LACRUZ VERDEJO, José Luis *et al.*: Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Volumen segundo. Personas. Tercera Edición. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
- LAROUSSE: Diccionario Ilustrado de la lengua española, Decimocuarta edición, Ediciones Larousse S.A. de C.V, 2008.
- LASARTE, Carlos: Principios de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la Persona. Tomo I, Oncena Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid 2005.
- MARTÍNEZ GARCÍA, José Ángel, “Apoderamientos preventivos y autotutela” en La Protección Jurídica de Discapaces, Incapaces y personas en Situaciones Especiales, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.
- MATILLA CORREA, Andry: Introducción al estudio del Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana 2003.
- MESA CASTILLO, Olga: Derecho de Familia, Módulo 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- MESA CASTILLO, Olga: Orientaciones para el estudio del Derecho de Familia, Universidad de La Habana, La Habana, 1987.
- MESA CASTILLO, Olga: Orientaciones para el estudio del Derecho de Familia II, Universidad de La Habana, Facultad de Educación a Distancia, La Habana, 1998.
- MONTSERRAT PEREÑA, Vicente: “El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés”. <http://www.escribaniapadula.com.ar/pag/AutocurTandil07.html> consultado el día 19 de febrero de 2010.
- MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús: “Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela” (Tesis en opción al grado Especialista en Derecho Notarial, noviembre 2007, Tutora: Dra. Caridad del Carmen Valdés Días). Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

-
- O'CALLAGHAN, Xavier, "La declaración de incapacidad", en La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, 1ª Edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.
 - PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino: "La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*", en Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo, Editorial Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.
 - QUIRÓS PÍREZ, Renén: Manual de Derecho Penal III. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba, 2003.
 - RENDÓN UGALDE, Carlos: "Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela" en Revista de Derecho Privado, nueva época, año IV, no. 11, México, mayo-agosto de 2005, <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr4.pdf>, consultado el día 9 de febrero de 2010.
 - RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: Derecho de Sucesiones, Común y Foral, Segunda Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.
 - RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *La Tutela*, Editorial Bosch, Barcelona, 1954.
 - TAIANA DE BRANDY, Nelly A. y Luis Rogelio LLÓRENS: "El Derecho de Autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión", en Revista del Notariado, año XCVI, no. 857, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1999.
 - TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio: Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, Buenos Aires, Astrea, 1996.
 - TORGA HERNÁNDEZ, Nileidys y Yumey Torres García: "La curatela en Cuba: en busca del legado romano". Trabajo investigativo presentado en el IV Seminario en el Caribe derecho Romano y Latinidad: identidad e integración latinoamericana y caribeña. Copia cedida por las autoras.
 - TORRES ROIG, Inés Cecilia: "La capacidad de obrar y su graduación en torno a las instituciones de guarda y protección", Tesis de la Maestría Interdisciplinaria

de Derecho de Familia, Tutora: Dra. Olga MESA CASTILLO; Universidad de La Habana, 16 de julio de 2007, copia cedida por su autora.

- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coordinadora): Derecho Civil. Parte General, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: “Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana” en Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo, Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.
- es.wiktionary.org/wiki/demencia, consultado el 10 de febrero de 2010.
- <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/estudio-demencia-ataca-mas-rapido-a-los-latinos-385330-htm> consultado el 16 de marzo de 2010.
- www.elnuevoempresario.com consultado el 16 de marzo de 2010.

FUENTES LEGALES:

- Constitución de la República del Ecuador 2008, Codificación RO-S 449: 20 de octubre de 2008, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Código Civil de la República de Ecuador, Séptima Edición, Codificación RO-S 104: 20 de noviembre de 1970, actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, S. L.
- Ley número 59/1987, de 16 de julio; Código Civil de la República de Cuba, en Gaceta Oficial de la República, Edición Extraordinaria, Año LXXXV, número 9, página 39, La Habana, 15 de octubre de 1987.
- Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1988, 16ta ed., Editorial Civitas, Madrid, 1993.

-
- Ley catalana 11/1996, de 29 de julio; “de Modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares”, en Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya no. 2238, de 2 de agosto de 1996.