



UNIVERSIDAD "TÉCNICA DE COTOPAXI"

*Unidad de Ciencias Administrativas
Humanísticas*

Carrera de Abogacía

TEMA: **"La Declaración de Incapacidad en las Personas Naturales Dentro del Ordenamiento Jurídico Cubano y Ecuatoriano: Procedimiento y Efectos Legales"**

Tesis Presentada Previo La Obtención de Título de Abogados de los Tribunales y Juzgados de la República

*Autores: Karina Muñoz Razo
Bolívar Marcial Punguil Chicaiza*

Tutor: Dr. Samuel Morales Castro

*Latacunga - Ecuador
15 de Julio de 2010*





Karina Muñoz Razo y Bolívar Marcial Punguil Chicaiza declaramos que somos los únicos autores de la investigación titulada: “La Declaración de Incapacidad en las Personas Naturales dentro del Ordenamiento Jurídico Cubano y Ecuatoriano, Procedimiento y Efectos Legales”. Y una vez aprobada la misma por el tribunal, cedemos a la Universidad Técnica de Cotopaxi los derechos para ser utilizada con fines investigativos y académicos.

Karina Muñoz Razo

Bolívar Punguil Chicaiza

Dr. Samuel Morales Castro.



DEDICATORIA

Atribuyo este trabajo a mi Madre Rosario Razo porque me enseña la diferencia entre el bien y el mal. Durante mi adolescencia fue la autoridad que me ponía límites a mis deseos. Ahora que soy adulta, es mi mejor consejera y amiga que tengo.

A mis hermanas Paola, Mayra, Sheila porque cuando me dolió mirar hacia atrás y me dio miedo mirar adelante, se que miro hacia la izquierda o la derecha y allí están, a mi lado.

A mis tías Martha Y Concepción, por ser personas que me conocen tal como soy, me han acompañado en mis logros y fracasos, celebran mis alegrías, comparten mi dolor y jamás me juzgan por mis errores.

A mis sobrinos Rominita, Camilita y Paulito por brindarme esas sonrisas sinceras que me ayudaron a seguir y me dieron esperanza, fuerza, vulnerabilidad, inocencia, futuro, valentía, pureza, amor, confianza para seguir adelante.

A mi abuelita Rosita María (+), porque fuiste mi compañía en mis días de desvelo, porque cuando realizaba algo y al resto le parecía mal a ti siempre te pareció perfecto, me enseñaste el valor de la familia el significado de amarse entre padres e hijos y hermanos, que esto, y el estudio es el pilar fundamental para una vida llena de éxitos y felicidad; nunca te fuiste porque te llevo en mi corazón y que solo te adelantaste a un viaje que algún día iré yo.

Y muy especialmente a mi Padre Gino Muñoz Cartagenova, quien día a día me ha guiado y me acompañado como, amigo, compañero y el gran padre que es, por ser un hombre de lucha quien se ha esforzado al darme el estudio, es poco lo que hago con este pequeño homenaje; siempre tus brazos se abren cuando necesito un abrazo, tu corazón sabe comprender cuándo necesito un amigo, tus ojos se endurecen cuando necesito una lección, tu fuerza y tu amor me han dirigido por la vida y me han dado las alas que necesitaba para volar. Gracias Papá por darme la mejor herencia del mundo tus buenos valores y mis estudios.

Karina Salome Muñoz Razo



DEDICATORIA

Este trabajo de investigación dedico a las personas que les amo y han estado junto a mí, en los momentos buenos y malos, a Dios quien me ha dado la oportunidad de vivir, mi esposa Jenny Marcela Chiluisa Bravo, mi hijo Alan Marcelo Punguil Chiluisa, Melany Punguil, a mis padres Juan Punguil Castro, María Chicaiza Chicaiza, como a mis suegros María Bravo, Marcelo Chiluisa, por todos sus consejos que me inculcaron, haber ilustrado valores éticos, morales; estar en los momentos más difíciles de mi vida y poder culminar con una meta mas propuesta como profesional, que serán recompensados en el transcurso de mi vida.

A mis hermanos Dioselina, Gustavo, Víctor, Luís, Bladimir Punguil Chicaiza, por haber inculcado valores muy buenos en el campo profesional, social en mi vida diaria, les amo mucho.

A mis queridos sobrinos, María del Carmen, Fabián Fonseca, Diego Punguil, entre otros quienes me apoyaron en todos los momentos.

A mis cuñadas, Elvia Punguil, Paulina Chiluisa y Érica Chiluisa que estuvieron apoyando en todo momento.

Bolívar Marcial Punguil Chicaiza



AGRADECIMIENTOS

A Dios, a mis padres Gino Muñoz y Rosario Razo, a mis hermanas Paola, Mayra, Sheila, a mis sobrinos Romina, Camila, Paulo, a mis tías Martha y Concepción, a mi Abuelita Rosita María (+) a todos ellos por ser mi fuente de inspiración y dedicación en cada minuto de mi vida, al haber estado conmigo en los momentos buenos y malos, por que cuando quise desmayar estuvieron a mi lado y me levantaron y hacerme entender que un resbalón no es una caída, por impulsar mis sueños y hacerlos como suyos permitiendo que se cumplieran, porque con su amor, paciencia, consejos, su confianza; supieron alentarme y darme el valor suficiente para seguir con la meta que me había propuesto, por su ayuda incondicional económicamente y moralmente en este trajinar de mi vida estudiantil.

A mi Universidad Técnica de Cotopaxi, por a verme brindado la oportunidad de educarme en tan noble y prestigiosa institución que a pesar de su corto tiempo de creación ha formado profesionales de éxito de carácter académico y humano. Porque pase momentos gratos de alegría que nunca los olvidare que se quedan impregnados en mi corazón.

Al Dr. Samuel Morales por ser el maestro quien dirigió mi trabajo de diplomado, por ser un profesional a carta cabal de admiración y respeto de todos los que lo rodean, y que a la vez a sabido guiarnos con paciencia y dedicación en esta última etapa de mi vida universitaria.

A Lorena, Marina, Darwin y Gabriela amigos incondicionales por a ver estado siempre apoyándome e impulsándome a que me supere como persona y como profesional.

A todos mis maestros que fueron parte de mi formación universitaria por a verme brindado sus valiosos conocimientos tanto académicos, éticos y morales, pero en especial a los Dr. Luis Rodríguez y Dr. José Luis Endara, por exigirme y corregirme con firmeza lo hicieron por verme superarme y pueda llegar a la meta y lograr los objetivos deseados y sea una excelente profesional.

Aquella persona que me dijo "reclama un mal comportamiento dando tu ejemplo", que me brindo el apoyo y el amor que necesitaba para continuar siendo perseverante en cada momento de mi vida universitaria, tú que me enseñaste a querer a la universidad y entender el significado de ser un estudiante.

Karina Salome Muñoz Razo



AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento a mi Dios todo poderos, como católico a mis imágenes Señor del Terremoto, Niño de Isinche, Virgen De Agua santa, a mi esposa Jenny Marcela Chiluisa Bravo, mi hijo Alan Punguil Chiluisa, Melany Punguil, toda mi familia que estuvieron en los momentos buenos y malos apoyado para poder culminar mi formación profesional en el transcurso de mi carrera.

A mis suegros, hermanos, sobrinos, y toda mi familia que estuvieron apoyando para culminar mi carrera universitaria y quienes han sabido guiarme con sus consejos para que mi hogar siempre este floreciendo.

Un agradecimiento de estima, admiración y respeto al Dr. Samuel Morales Castro, por haber compartido sus experiencias, aportes y orientaciones profesionales, como Tutor durante el lapso de investigación de Diplomado; que queda sembrado en el corazón de mi persona y mi familia.

A mi amigo Adres Cárdenas, a todos mis Maestros y personas que pasaron en el lapso de mi formación académica e impartieron sus experiencias profesionales, a todos quienes hacen la Universidad Técnica de Cotopaxi.

A la Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Montes de Oca" Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas Departamento de Derecho quienes supieron guiarnos en el desarrollo de vuestra tesis, y poder culminar con nuestra carrera profesional.

Bolívar Marcial Punguil Chicaiza



RESUMEN

El correcto ejercicio de los derechos individuales y la participación en la vida en relación, en el tráfico jurídico, exigen de las personas individuales para la concertación de actos jurídicos válidos, que estén provistos de la plena capacidad de obrar. Con esos fines tanto en el ordenamiento jurídico cubano como en el ecuatoriano el legislador ha exigido unos requisitos muy puntuales para ser considerado un individuo plenamente capaz; motivos que nos condujeron en la presente investigación al estudio de la capacidad jurídica y de obrar en sus diferentes formas de manifestarse, analizando en cada caso, los procedimientos de rigor fijados en uno u otro sistema normativo para sustanciar pretensiones relativas a aquellas personas naturales que no cuentan con plena capacidad de obrar, o sea, que tiene la capacidad restringida, o que serán declarados plenamente incapaces.

En ese cauce, ahondamos en los efectos legales que concita la declaración judicial de incapacidad, que ha sido de perenne debate doctrinal, habida cuenta que de concedérsele efectos constitutivos o declarativos dependen la validez y el cuestionamiento de la legitimidad de actos jurídicos concertados previamente al procedimiento judicial de incapacidad; así como, la adopción de instituciones jurídicas como la tutela y la curatela que tiendan en cada caso a la protección de los bienes y la persona en estos casos bajo examen y que no están acabadamente normados en uno u otro país.



INDICE

I.- INTRODUCCION.

CAPITULO I: CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR EN LAS PERSONAS NATURALES: FUNDAMENTOS, EVOLUCIÓN Y PRINCIPALES FORMAS DE MANIFESTACIÓN.

1.1 Orígenes y evolución histórica del reconocimiento de la capacidad a los seres humanos.

1.2 Persona natural, personalidad, sujeto de derecho, capacidad y sus formas de manifestarse en las personas naturales.

1.3 Capacidad jurídica y de obrar: su manifestación en las personas discapacitadas

1.4 Las circunstancias que inciden en la capacidad de obrar y la doctrina de los títulos de estado.

CAPITULO II: INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE EN LAS PERSONAS NATURALES: PROCEDIMIENTOS Y EFECTOS LEGALES.

2.1 La incapacidad: su regulación legal, fines.

2.2 Acciones judiciales tendentes a la declaración de incapacidad y sus efectos

2.3 Instituciones legales destinadas a complementar la carencia de capacidad de obrar.

II.- CONCLUSIONES

III.- RECOMENDACIONES

IV.- BIBLIOGRAFÍA



INTRODUCCIÓN

La evolución de la sociedad hasta nuestros días ha traído aparejada por fuerza una constante renovación del Derecho, y particularmente del Derecho Civil, el cual por su naturaleza ha descansado esencialmente en el estudio de las personas físicas, de sus atributos y cualidades, del entramado de relaciones que establecen al ser partícipes del tráfico jurídico; sin que esto sea óbice para que se estudien las personas jurídicas dentro de su objeto, pero manteniendo una preponderancia el ser humano como una condición *sine qua non* para su existencia y transformación, una parcela colosal, cuya extracción le haría perder su sentido, reduciéndolo casi a la inexistencia.

De tal suerte, que por persona natural ha de entenderse el hombre jurídicamente considerado, al que se reconoce capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y, especialmente, poseedor de atributos y cualidades que han de ser reconocidos por el Derecho, puesto que tipifican su dignidad humana.¹ A esta definición habrá que sumarle, para entenderla en su verdadera dimensión, la personalidad como una cualidad o atributo físico capital, que no es otra cosa, según el criterio de VALDÉS DÍAZ: “que 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. Convirtiéndose así en la situación primaria y esencial del hombre”.²

La fundamentación del nacimiento de la personalidad ha estado abrigado por diferentes planteamientos doctrinales que se resumen en cinco teorías, que

¹ Vid. DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, TECNOS, Madrid, 1992, p. 223.

² Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana”, *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Libro Homenaje a la Dra. Olga Mesa Castillo, Leonardo Pérez Gallardo y Aida Kemelmajer de Carlucci,(coordinadores),Rubinzal-Culzoni, Mendoza, 2006, pp.570.

postulan ese momento desde diferentes perspectivas: concepción, del nacimiento, de la viabilidad, ecléctica y psicológica.³

Cuando la persona natural con personalidad jurídica reconocida por la norma estatal participa en una determinada relación jurídica se convierte en sujeto de derecho. Así la forma en que las personas participan en esas relaciones jurídicas y que las convierten en titulares de derechos y deberes a ejercitar y a cumplir, se desdoblán en dos formas. Capacidad jurídica y capacidad de obrar, la primera es la aptitud para la titularidad de los deberes y derechos, para gozar de ellos, poseerlos; corresponde a todo ser humano y se le ha de reconocer como una manifestación de su personalidad; mientras la segunda a decir de la propia investigadora: “es la aptitud o idoneidad para la realización eficaz de actos jurídicos, o sea, la posibilidad que tiene una persona de ejercitar por sí misma, sin la intervención de terceros, los derechos que posee y le han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico. Esta manifestación de la capacidad no se da por igual en todos los individuos, algunos la poseen plenamente, otros de forma restringida y otros carecen totalmente de ella”.⁴

De la anterior definición se colige, que es obvio que es en la capacidad de obrar donde descansan las principales modulaciones para ejercitar correctamente los derechos que le asisten a los seres humanos y cumplir las correlativas obligaciones que puedan exigírsele con motivo de su participación en determinadas y concretas relaciones jurídicas dentro de la sociedad. Así, esas atonías, o especificidades en la capacidad de obrar de las personas naturales han de ser atendidas por el legislador, para completar mediante las correspondientes instituciones jurídicas, la protección de los intereses de quien no goza plenamente de ella, y en ese tópico se ubica el presente estudio, que ha de centrarse en la incapacidad, las formas de declararse la falta de capacidad de obrar, sus efectos, sus consecuencias legales a la luz de la renovación científica tecnológica que incide sobre el Derecho actual.

³ Vid. CLEMENTE DÍAZ, T., *Derecho Civil. Parte General.*, Tomo I, Primera Parte, ENPES, U.H., La Habana, 1983, p. 202 a 207.

⁴ *Idem.*

PROBLEMA SOCIAL:

Dentro de las variantes que pueden originarse en la capacidad de obrar, se encuentra la incapacidad, la cual compele al ordenamiento jurídico Ecuatoriano y cubano, ha proteger los intereses legales de las personas que participan en relaciones jurídicas y que no pueden por sí mismos ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones, deviniendo un paso previo para la supresión de la capacidad de obrar, que la misma haya de declararse judicialmente mientras subsista la situación que le ha dado origen, privándose desde entonces a los seres humanos inmersos en esas circunstancias, de la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones, y completándose esa ausencia mediante las instituciones jurídicas correspondientes.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

La carencia de capacidad de obrar en las personas naturales solo puede disponerse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y cubano a través del mandato judicial, provocando la privación de la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones en cualquier relación jurídica a las personas incursas, siempre que se mantenga las causas que le dieron origen.

PREGUNTAS CIENTÍFICAS:

1. ¿Cuáles son las principales vertientes en que se manifiesta la capacidad en las personas naturales?
2. ¿Son sinónimos en el ejercicio de los actos jurídicos civiles los términos incapacidad, discapacidad, capacidad restringida?
3. ¿Qué efectos jurídicos tiene la declaración judicial de incapacidad y cómo se suple la ausencia de capacidad de obrar en las personas naturales?



OBJETIVO GENERAL

Valorar, utilizando como punto de partida los presupuestos sobre los que descansa el ordenamiento jurídico ecuatoriano y cubano, los procedimientos y efectos legales que concita la declaración de incapacidad en las personas naturales.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- 1.- Determinar, partiendo de los estudios doctrinales comparados, los presupuestos que inciden sobre la capacidad, su restricción y su carencia total en las personas físicas.
- 2.- Explicar, con apoyo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y cubano, el procedimiento establecido para la declaración judicial de incapacidad de los seres humanos y los efectos jurídicos que han de atribuírsele a esa aptitud para ser sujetos de derecho y obligaciones.

CAMPO DE ACCION

Recae sobre las oscilaciones de la capacidad de obrar en las personas naturales, específicamente sobre el procedimiento para fijarse la carencia total de capacidad de obrar y sus efectos legales.

RESULTADOS ESPERADOS:

Aportar un material didáctico para estudiantes, juristas y demás personas interesadas, que contribuyan al conocimiento del procedimiento y los efectos que producen la declaración judicial de incapacidad.

En correspondencia con los presupuestos desarrollados en nuestro diseño metodológico, utilizaremos como soporte teórico para su consecución los siguientes métodos:

Teórico-jurídico: Que nos permitió tratar adecuadamente las definiciones doctrinales, legales y jurisprudenciales en torno a la capacidad y sus modalidades, estudiando tanto la capacidad restringida como la ausencia total de capacidad de obrar; para lograr la relación necesaria entre los conceptos y

categorías enunciadas en el diseño de investigación, encaminados a la medición de los resultados investigativos.

Exegético-analítico: A través de su uso se pudo determinar el alcance y los fines de la legislación comparada respecto a la declaración de incapacidad; ponderando la interpretación jurisprudencial respecto a esta institución, en su carácter de complementadora de la norma ordinaria y de ente encargado de atemperar las regulaciones legales a las exigencias de la vida social cotidiana; advirtiendo el origen del tema planteado tanto en el ordenamiento jurídico cubano como en el ecuatoriano.

De análisis histórico: Su utilización garantizó la necesaria comparación entre la evolución del Derecho ecuatoriano, el cubano y el Derecho histórico, al contrastar las causas y circunstancias históricas que desembocaron en el estado de la legislación actual respecto al reconocimiento de la capacidad y sus modalidades; premisas explicativas del procedimiento a seguir para la declaración judicial de incapacidad y la consecuente privación de las personas a él sometidas del ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

La bibliografía utilizada es heterogénea, apoyándonos en materiales relacionados con la dogmática del Derecho Civil y en los que se conceptualizan y exponen las principales tendencias en torno al tratamiento de la capacidad jurídica y de obrar de las personas naturales; con esta pauta, hemos podido ahondar en los criterios sostenidos al respecto en la doctrina patria, para culminar en la legislación que aborda esta temática, sus formas de implementación, aciertos, omisiones, y así poder arribar a conclusiones en cuanto a su aplicación práctica en territorio nacional y su relación con las garantías que entraña la regulación adecuada de instituciones jurídicas que coadyuvan al completamiento de la capacidad de obrar de los seres humanos. También hemos podido trabajar con materiales que se encuentran en soporte digital, específicamente con bibliografía actualizada procedente de Internet y de bases de datos existentes en nuestras bibliotecas sobre el tema estudiado.

El trabajo aparece estructurado en una introducción, cuya misión es esencialmente postular las directrices esenciales de nuestro diseño



metodológico, descansando en ella desde los fundamentos de la investigación, la novedad, actualidad, objetivos propuestos, hasta los resultados esperados.

A continuación se estructura el contenido del trabajo en dos capítulos:

Capítulo I: Capacidad jurídica y de obrar en las personas naturales: fundamentos, evolución y principales formas de manifestación. En este aparte se conceptualiza, partiendo de sus raíces históricas, las diferentes interpretaciones doctrinales que se han concebido acerca de la capacidad y sus modalidades dentro del Derecho Civil para las personas naturales, su importancia, sus modificaciones a lo largo de la evolución de la sociedad y la relación directa de aquella con el ejercicio de los derechos individuales y la participación en los actos jurídicos atinentes a la vida en relación.

Capítulo II: Incapacidad declarada judicialmente en las personas naturales: procedimientos y efectos legales.

En este segmento de la investigación, sobre la base del análisis conceptual efectuado con precedencia, nos detuvimos en el estudio de las personas declaradas judicialmente incapaces, y los efectos legales que concita ese pronunciamiento, así como la regulación legal en el Derecho cubano y ecuatoriano de instituciones destinadas a completar esa carencia de capacidad de obrar.

Además, integran el trabajo las conclusiones, como resultados valiosos a los que arribamos en este estudio de la temática y las recomendaciones como propuestas encaminadas a la perfección del objeto de estudio tratado.

CAPITULO I: CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR EN LAS PERSONAS NATURALES: FUNDAMENTOS, EVOLUCIÓN Y PRINCIPALES FORMAS DE MANIFESTACIÓN.

1.1 Orígenes y evolución histórica del reconocimiento de la capacidad a las personas naturales

Las personas con deficiencia siempre han tenido un sitio preestablecido dentro de la comunidad, tradicionalmente este era el lugar de los deficientes y de los pobres.

Tanto en la antigüedad, como en la edad media y en el renacimiento las personas con discapacidad sufrían una doble marginación orgánica funcional-social.

En la antigua Grecia, las leyes de “LICURGO” contemplaba el despeñamiento de los débiles y deformes desde el monte “*Taigeto*”; en Roma, según narra TITO LIVIO, la roca “*Tarpeia* ” cumplía la misma función con los niños inválidos congénitos y los ancianos, sin embargo los inválidos de guerra, eran tenidos como honrados.

En otro extremo, se situaba la veneración de la malformación, que se ha llegado a practicar en Egipto, en esta concepción la persona “deforme”, “inválida” era considerada expresión del mal o como manifestación de lo sagrado.

El cristianismo no rechazaba a la persona con discapacidad, sino que tendía a su redención. Para los romanos persona era el ente apto para ser titular de derechos y deberes jurídicos; personalidad la cualidad de ser persona, o sea, la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

En Roma para ser considerado persona física tenías que tener tres status; status libertatis (ser libre), status civitatis (ser ciudadano) y estatus familiae (no estar bajo ninguna potestad). La falta de un status se le conocía como *capitis deminutio*. La teoría de las personas físicas o naturales implica el examen del *status personarum u hominum*, es decir, de la condición en que se encuentra una persona respecto a una determinada situación (*status*). La situación (*status*) puede afectar decisivamente a la capacidad jurídica, en cuanto que no la goza de ésta quien no tiene libertad (*status libertatis*) o la ciudadanía (*status*

civitatis). De otra parte, sólo la distinta situación en la familia (no la situación familiar misma, el *status familiae*) influye en la capacidad jurídica.

La familia está organizada en Roma sobre la base del patriarcado; el papel del *paterfamilias* era el principal y de ahí que la madre ocupara un lugar completamente secundario. La familia se desarrollaba exclusivamente por vía de los varones, la mujer al casarse salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido. Toda persona era capaz de adquirir deberes y derechos, no considerándose los esclavos personas.

De esa denominación se deriva la existencia de los diferentes *status* apuntados, en primer término los *sui iuris* que no dependían de nadie como el *paterfamilias*, lo cual brinda una medida de que podían dividirse en personas capaces que podían cumplir por si solas los actos jurídicos, e incapaces, para los cuales el derecho tenía organizada una protección, dándoles bien un tutor o un curador. Dentro de los *status* esenciales es de señalar el *status libertatis* y su contrario la esclavitud, de ahí que no es ocioso en este aparte definir que en Roma, la libertad era entendida como: “la facultad natural de hacer aquello que se quería, inmune a ser impedido por la fuerza o por el derecho”.⁵ Nacían libres, y así eran “*ingenui*”, los nacidos de madre libre bien que fuese ésta a su vez libre o bien que fuese liberta. En el derecho clásico los concebidos en matrimonio legítimo nacían libres, aunque la madre en el momento del parto hubiera caído en la esclavitud. Con posterioridad, para favorecer la libertad “*favore libertatis*”, se acoge el principio de que existiese o no matrimonio, el nacido fuese libre si la madre hubiera sido libre en cualquier momento desde la concepción al parto. El ingenuo que hubiese caído en la esclavitud y después se hubiera libertado de ella volvía a ser considerado como tal. A esta condición de “*ingenui*” llegaron a ser admitidos los libertos a los que el emperador concedió esa condición.⁶ La esclavitud tenía su principal fundamento en la cautividad de guerra que hacía esclavos a los “*captivi*”. Era un matituto de “*iusti gentium*”, definido como “*contra naturam*”, porque se reconocía que por derecho natural todos los hombres eran libres e iguales. No obstante, desde un

⁵ Vid. _____, “Derecho Romano”, tomado del sitio www.rincondelvago.com, consultado el 20-1-2010, pp.8-10.

⁶ *Idem*.

principio de la edad justiniana, la esclavitud fue siempre admitida en el mundo romano, como en casi todos los otros pueblos de la antigüedad, y considerada plenamente legítima según el derecho positivo. El esclavo era considerado como una “*res*”, y así, pues, como objeto y no sujeto de derecho; sobre él se podía constituir la propiedad, el usufructo, la prenda y como tal cosa podía ser vendido, arrendado, donado, poseído.

El *status civitatis* imponía el hecho de que para considerar a una persona sujeto de derecho era necesario que fuera libre, presupuesto esencial de la capacidad jurídica, sumándosele a esto el requisito de la ciudadanía; ciudadano romano se nacía o bien se adquiría tal condición por liberación de la esclavitud o por concesión. Nacía ciudadano el hijo concebido por padres que tenían el “*connubium*” y se hallaban unidos en legítimo matrimonio, o bien el nacido de madre ciudadana aunque, no obstante, ésta hubiera alcanzado la ciudadanía después de la concepción. Normas particulares regulaban la posición de los nacidos de las uniones estables entre una mujer ciudadana y un hombre no ciudadano.

Además del requisito de la libertad y de la ciudadanía, para que se tuviese la plena capacidad jurídica en el campo del derecho privado, era necesario otro requisito: el ser “*sui iuris*”, esto es, autónomo respecto a cualquier potestad familiar. De aquí nacía la distinción entre “*personae sui iuris*” y “*personae alieni iuris*”, no menos fundamental que aquella entre libres y esclavos. Eran *alieni iuris*, todos los otros, libres o esclavos que dependían de un *paterfamilias*. En principio, el poder que sobre ellos se ejercitaba era único y se indicaba con el término “*manus*”. Posteriormente se diversificó, llamándose “*manus*” al poder sobre las mujeres que contrayendo matrimonio con el “*paterfamilias*” o con uno de sus “*áilios*” hubieran entrado en la familia subordinándose al jefe de ella; “*potestas*” el poder sobre los esclavos y sobre los “*familias*”, considerados libres en antítesis a los primeros; “*mancipium*” el poder sobre los hombres libres que por enajenación, por delitos cometidos o en garantía de una obligación hubieran sido sometidos a un “*paterfamilias*” en condición de esclavos. Sin embargo, el sometimiento a la “*manus*” por el matrimonio pierde su fuerza primitiva hacia el final de la república e igualmente las diferentes

causas de “*mancipium*” fueron también desapareciendo.⁷ En los Siglos XV y XVI se introduce la idea del ordenamiento racional que afecta o abarca a todos los súbditos, pasando a ser objeto de administración.

Los centros de aislamiento pasan a ser del estado, aparecen los hospitales, pasando a ser los discapacitados sujetos de asistencia.

Durante el neopositivismo del Siglo XIX, se volvió un sujeto problema, objeto de estudio Psico-medico-pedagógico, fue considerado individuo no apto, pero se le reconoció una utilidad, “colaborador pasivo en el proceso de la ciencia”. Con el surgimiento de las ideas liberales se le reconocieron algunos derechos, convirtiéndose así en sujeto de “protección” o “tutela”, al surgir los sistemas de seguridad, se transformó en sujeto de “previsión social”. En el plano jurídico, se mantuvo su *status* de menor de edad.⁸

El rol del rehabilitado, se fijó como objeto del proceso desarrollado en el periodo entre las guerras. Las condiciones generadas por la Primera Guerra Mundial, la necesidad de utilizar a cuantos podían trabajar durante la Segunda Guerra Mundial y la dificultad, de atender la mano de obra en los países industrializados, y el hecho de que las personas con limitaciones podían hacer uso de sus potencialidades. Hicieron que se otorgara un papel importante a la rehabilitación profesional.

La persona con discapacidad deja de ser una carga para la sociedad. Comienza así a emplearse la concepción médica de “rehabilitación” definida como la recuperación de lo que se había perdido o como la identificación del problema del individuo que presenta una deficiencia. La solución consistía en el estudio del problema por parte de un equipo de profesionales, quienes debían planificar los servicios de rehabilitación para el paciente.

En 1919, luego de la Primera Guerra Mundial, se firmó el tratado de Versalles, el cual en su artículo 13, creó la organización internacional del trabajo (OIT)

⁷ Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, Derecho Romano, editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pp.5-9.

⁸ Vid. GONZÁLEZ NIÑO, María Aurora, “Consecuencias jurídico-legales de la psicopatologías: la incapacidad civil”, tomado del sitio www.uninet.edu, consultado el 20-3-09, pp.1-2.

que estudió la problemática de las personas que volvían con discapacidades físicas y mentales del campo de batalla, tratando de lograr su readaptación. Luego la palabra “rehabilitación” se fue relacionando con la palabra “terapia”, desde entonces la rehabilitación devolvió a la medicina el interés por el hombre como ser unitario, múltiple y funcional.

Las acciones de la medicina comenzaron a desarrollarse bajo principios filosóficos, consideraban al hombre no como objeto del proceso sino como sujeto del mismo, como persona, como unidad indisoluble y dualidad cuerpo y espíritu.

Por largo tiempo, la persona con discapacidades fue nombrada con varios términos como ser inválido o lisiado etc.; pero durante la década de 1980 se definen los términos “deficiencia”, “discapacidad” y “minusvalía”.⁹ Entendidos como: deficiencia, toda pérdida o anomalía de nuestra estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; discapacidad, toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano y minusvalía, una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o discapacidad, que limita o impide el desarrollo de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo, factores sociales y culturales).

Es por tanto, la pérdida o limitación de las oportunidades de participar en la vida de la comunidad en igualdad con los demás.¹⁰ Así, con la codificación decimonónica, casi todas las legislaciones civiles herederas del Código Napoleónico de 1804, incluyeron con sus variaciones en dependencia de sus circunstancias internas y sus antecedentes legislativos la regulación de categorías como persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho que a posteriori trataremos en la presente investigación.¹¹

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Vid.* _____, Por un mundo igual para todos, tomado de www.tq.edu.ar, consultado el 2-2-10, pp.6-8.

¹¹ *Vid. Infra* 1.2.

1.2 Persona natural, sujeto de derecho, personalidad, capacidad y sus formas de manifestarse en las personas naturales.

Un antiguo pero no olvidado problema dentro del Derecho Civil ha sido entender que persona y sujeto de derecho son términos equivalentes y de la misma entidad, sin embargo, en los últimos tiempos se ha hecho indispensable distinguir ambos conceptos, en ese cauce, el sujeto de derecho es el ente al cual se imputa de situaciones jurídicas, y que tradicionalmente descansaban solo en las personas naturales y jurídicas. Esta consideración, *prima facie*, ha sido remontada por los extraordinarios avances de la biología y de la medicina y que han sido asumidos de forma magistral por la profesora VILA-CORO en su texto *Introducción a la Biojurídica* cuando acota: “el estudio del derecho subjetivo y de los derechos civiles muestra que el *nasciturus*, realidad auténtica irreductible a ninguna otra realidad, es también sujeto de derecho. Lo aprueba la necesidad en que se ha visto el ordenamiento jurídico de recurrir a la ficción, de tener al concebido por nacido, para no conculcar sus derechos.¹² En ese tenor, se han situado el Código Civil peruano en su artículo 1 y el Código Civil cubano, cada uno con sus especificidades, pues éste último cuerpo normativo en su artículo 25 establece que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le resulten favorables, a condición de que nazca vivo.

Pero como el Derecho Civil se ocupa esencialmente de las personas y es ese su centro de estudio y su preocupación principal, si bien este concepto descansa en el ser humano, de forma transitiva ha de aplicarse a otros entes que participan de la vida en relación, como suele suceder con la ficción legal que entrañan las personas jurídicas; de tal suerte, que cuando hablamos de personas naturales nos referimos sin ambages como refieren DIEZ PICAZO Y GULLÓN, a los que se reconocen capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y, especialmente, poseedor de atributos y cualidades que han de ser reconocidos por el Derecho, puesto que tipifican su dignidad humana.¹³

Un atributo esencial de la persona natural es el hecho de poseer personalidad, pero esos confines entre uno y otro concepto no han estado doctrinalmente deslindados de forma prístina, SESSAREGO ha insistido con vehemencia sobre

¹² Vid. VILA-CORO, Dolores, *Introducción a la Biojurídica*, editado por la Universidad Complutense, Madrid, 1995, p.25.

¹³ Vid. DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1992, p. 223.

el tema cuando alega: “la personalidad desde nuestra perspectiva, es tan solo una manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar manera de ser. Cada ser humano, en cuanto a ser libre, tiene una ‘personalidad’ que lo identifica y, por consiguiente, lo distingue de los demás. Se trata, precisamente, de la identidad personal que le otorga tanto el peculiar código genético como la personalidad que cada ser construye a través de su vida en cuanto a ser libre y coexistencial”.¹⁴ Es la personalidad, la expresión cambiante de cada persona, de cada ser humano, que se forja sobre una base genética, mediante el ejercicio de la libertad ontológica en que consiste el ser humano, se perfila en el curso de la vida, mediante una sucesión de ‘haceres’ y resulta una personal biografía, enmarca una identidad que combina ambas vertientes, una estática o permanente y otra dinámica o cambiante, la estática representada esencialmente por nuestra clave genética y la dinámica se expresa a través de los rasgos de nuestra personalidad.

Cuando a ese concepto de personalidad le añadimos el apelativo de jurídica, nos referimos al acierto desarrollado en su prolija obra por la profesora VALDÉS DÍAZ: “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”.¹⁵

Remárquese que el propio PUIG BRUTAU al enfrentarse a definir esta estela de conceptualizaciones trascendentes para el Derecho Civil, insistió en que se trata de una cualidad y no de un derecho subjetivo, puesto que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes, la base de todas las demás situaciones jurídicas subjetivas, la situación primaria y fundamental del hombre.¹⁶

¹⁴ Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Persona, Personalidad, Capacidad y Sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, No.28, noviembre del 2001, p.5.

¹⁵ Vid. VALDÉS DÍAZ, C. C., “Acerca del ejercicio de la capacidad...*cit.*”, p.2.

¹⁶ Vid. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1987, p. 163.

El momento en que se inicia la personalidad ha sido tema de debate dentro del Derecho Comparado, algunos autores han intentado explicarlo desde diferentes teorías que se resumen en: de la concepción, del nacimiento, de la viabilidad, ecléctica y psicológica. Dentro de cada una de estas teorías existen puntos de apoyo para delinear las diferentes pautas de las legislaciones nacionales; así, DIEZ PICAZO Y GULLÓN alegan que la teoría de la concepción parte del hecho de la propia concepción del hombre, sitúa el momento del comienzo de la personalidad en el instante en que surge la vida intrauterina, lo cual es de difícil determinación; la del nacimiento parte de ese hecho para erigir el momento en que comienza la personalidad, marcándose con ello la existencia independiente de la personalidad, no atribuyéndole al concebido propia vida; la de la viabilidad, exige para la determinación del inicio de la personalidad no solo el hecho de nacer vivo, sino la aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno, existiendo en su seno dos modulaciones: la teoría de la viabilidad fisiológica, unos autores exigen que el nacido reúna las máximas condiciones para desarrollar una vida activa, mientras otros, exigen las condiciones mínimas para continuar la vida independientemente; para los partidarios de la teoría de la viabilidad legal, conforma una exigencia la verificación de la vida fuera del claustro materno, durante el tiempo establecido por la ley, la teoría ecléctica aceptada por el Código Civil cubano, y por su antecesor el Código Civil español de 1889, plantea que la personalidad se origina con el nacimiento pero retrotrae sus efectos al momento de la concepción, al reconocerle derechos al concebido pero solamente en los extremos que le sean favorables; o sea, esa personalidad atribuida al concebido, tiene carácter relativo y condicional, pues a de nacer vivo; la teoría psicológica hace descansar la adquisición de la personalidad legal en el hecho de la presencia en el individuo del sentimiento o conciencia de ello, teoría que fue corregida por su autor D' AGUANO, al terminar por reconocer que el hombre en esencia es sujeto de derecho desde que nace.¹⁷

Ya habíamos anticipado que el Código Civil cubano en su artículo 24 regula que la personalidad comienza con el nacimiento, y en el precepto subsiguiente destaca que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le

¹⁷ Vid. DIEZ PICAZO, L. y Antonio G., “*Sistema de Derecho...*, cit.”, pp.227-228.

sean favorables, a condición de que nazca vivo; igual tenor asumió el legislador ecuatoriano, al quedar plasmado en el artículo 60 de semejante cuerpo legal, que si la criatura nace muerta, se reputará no haber existido jamás.

Cuando la persona natural, con personalidad jurídica reconocida por las normas emitidas por el Estado, actúa precisamente en el marco de una relación jurídica determinada, se convierte entonces, técnicamente, en sujeto de derecho. Así pues, 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.¹⁸

La capacidad de derecho, también llamada capacidad jurídica, es la aptitud para la titularidad de los deberes y derechos, para gozar de ellos, poseerlos. Se relaciona estrechamente con la personalidad, con la única diferencia de que aquella es condición en potencia que posee toda persona, y ésta es manifestación concreta que se vincula a relaciones jurídicas determinadas. Así, por ejemplo, se tiene personalidad por el mero hecho de ser persona, lo que implica que se tiene capacidad jurídica para contratar, para testar, para ser propietario, etc.

La capacidad jurídica, por tanto, es también cualidad esencial de la persona que corresponde a todo ser humano y que debe reconocerse a todos por igual como manifestación inmediata de la personalidad. Desconocer la capacidad jurídica sería negar a la persona la posibilidad de formar parte de relaciones jurídicas, lo cual conduciría a un menoscabo del interés social o el orden público, razón por la cual no se admite la renuncia a ella como expresión de autonomía privada ni puede privarse de ella, en sentido general y abstracto, a ningún individuo por órgano de poder alguno. Se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte, según declara expresamente el Código Civil cubano en su artículo 28.1.

La capacidad de hecho, también llamada capacidad de obrar o de ejercicio, es la aptitud o idoneidad para la realización eficaz de actos jurídicos, o sea, la posibilidad que tiene una persona de ejercitar por sí misma, sin la intervención de terceros, los derechos que posee y le han sido reconocidos por el

¹⁸ Vid. VALDÉS DÍAZ, C. C., "Acerca del ejercicio de la capacidad...*cit.*", p.3.

ordenamiento jurídico. Esta manifestación de la capacidad no se da por igual en todos los individuos, algunos la poseen plenamente, otros de forma restringida y otros carecen totalmente de ella.

Mientras la capacidad jurídica existe siempre, pues se erige como esencia del sujeto, no se concibe la una desligada del otro, puede ampliarse o reducirse, pero no le puede ser negada de manera absoluta a un ser humano; la capacidad de obrar se presume plena como principio general, no constituye esencia sino potencia, gozan de ella todas las personas de mayor edad y, en nuestro medio, las que han contraído matrimonio siendo menores de edad, con la debida autorización. Por requerir inteligencia y voluntad, supuestos que no se verifican por igual en todas las personas o que no se manifiestan se semejante forma en todas las personas, puede tener diferentes modulaciones, originando diferentes situaciones que alcanzan desde la carencia total de capacidad, la capacidad restringida, hasta la plena capacidad. Las limitaciones, por tanto, han de establecerse expresamente por la ley o por sentencia y en casos dudosos deben interpretarse restrictivamente.¹⁹

Visto así, tendrán plena capacidad de obrar aquellas personas que puedan ejercer por sí todos sus derechos y realizar actos jurídicos eficaces, momento que se logra en Cuba a partir de que la persona alcance su mayoría de edad, o sea, a los 18 años de edad cumplidos o cuando la persona logre su emancipación por haber contraído matrimonio; de igual forma el artículo 21 del Código Civil ecuatoriano distingue dentro de las clasificaciones que brinda como mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido 18 años de edad.

En mérito a este análisis, nuestro Código Civil reputa con capacidad restringida a aquellas personas o poseedores a los que solo se les autoriza a realizar actos jurídicos destinados a la satisfacción de las necesidades personales o de la vida diaria, la verificación de un acto que extravase esa facultad determina que el mismo se repute ineficaz; varias situaciones contempla el Código Civil cubano, que crean un diapasón que discurre entre los menores que han cumplido los diez años de edad, a quienes se les permite disponer del estipendio que les ha sido asignado y cuando alcanzan la edad laboral, de la

¹⁹ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen primero, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 216- 217

retribución que perciban por su salario; los que padecen enfermedad o retraso mental, que no los priva totalmente de discernimiento, los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.

La regulación del cuerpo legal cubano se presta a disímiles interpretaciones pues el artículo en comento tiene que ser objeto, por las situaciones que norma, de múltiples lecturas judiciales que hasta el presente no han acontecido; ha comentado algunos supuestos la doctrina cubana, por ejemplo se pregunta DÍAZ MAGRANS si el menor arriba a la edad de 10 años, que le permite alcanzar la capacidad restringida, presenta una enfermedad mental que provoca en él ausencia de voluntad e inteligencia, cabría preguntarse si es necesario y de qué forma pudiera decretarse la falta de capacidad de obrar, en primer lugar porque todavía está sometido a la patria potestad y en segundo lugar por resultarle prohibido realizar actos de gran comprometimiento patrimonial y en segunda, por no existir procedimiento en la ley para ello, no resultando ocioso el ejercicio de la vía reglada por los artículos 586 al 588 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.²⁰

Otra hipótesis irresuelta por nuestra legislación se cuestiona la profesora supramentada, es la que se presenta con el enfermo mental no privado totalmente de discernimiento, pues no previó el legislador que procedimiento seguir con el enfermo mental para obtener su declaración de capacidad restringida; una buena parte de la doctrina patria se pronuncia por recurrir al procedimiento civil ordinario, o sea, ventilarlo en la jurisdicción contenciosa, a diferencia del caso relativo a la incapacidad absoluta que transita por los derroteros de la jurisdicción voluntaria.²¹

En el tercer caso, debió concertarse una exclusión por parte del legislador, la concerniente al sordomudo, que no sabe leer ni escribir, de las personas poseedoras de impedimentos físicos que pudieran ser parcialmente limitados o restringidos en el ejercicio de la capacidad de obrar, pues para ello el artículo 586 de la ley de trámites cubanos ha preceptuado la incapacidad absoluta.

En semejante situación el Código Civil ecuatoriano en su artículo 21, establece una serie de distinciones las cuales se prestan a confusión, habida cuenta que

²⁰ Vid. DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, "La persona individual", en *Derecho Civil. Parte General*, Caridad del Carmen Valdés Díaz, (coordinadora), editorial Félix Varela, La Habana, 2002, pp.108-109.

²¹ *Idem*.

fija la mayoría de edad a los 18 años y considera menores a los que no han arribado a esa edad, pero al unísono establece el propio precepto, que son infantes los que no han cumplido los siete años, impúber, el varón que no ha cumplido los 14 años y la mujer que no ha cumplido los 12 años y adulto, al que ha dejado de ser impúber; siendo comprometido cualquier análisis con descanso en la conducta aprobada por el legislador porque es obvio que no tienen la plena capacidad de obrar los menores de 18 años pero que no se establecen dentro de esas oscilaciones de edades, el régimen y las condiciones que han de seguirse con las personas que no arribaron a los 18 años, es decir las que conocemos doctrinalmente con capacidad restringida. Por lo cual es meritorio el análisis del artículo 1463 de la precitada norma sustantiva para comprender lo acordado por el legislador, suceso que verificaremos *a posteriori* en el presente trabajo.

La carencia total de capacidad de obrar está prevista para los menores de 10 años y para los mayores de edad que han sido declarados judicialmente²² y difieren como afirma CASTÁN, de las incapacidades que 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 para realizar actos jurídicos, remediando entre tanto su defecto de capacidad con instituciones o medios supletorios y complementarios. Las prohibiciones, que no deben denominarse incapacidades especiales como hacen algunos autores, están fundadas en razones objetivas extrínsecas al individuo.

1.3 Capacidad jurídica y de obrar: su manifestación en las personas discapacitadas

La discapacidad es un problema actual de las ciencias humanas que no siempre atravesó por el camino de la comprensión, lo que primero llegó a tratarse como desgracia, una marca que condenaba a la persona a la hostilidad y la agresividad y en el mejor de los casos a la oscuridad y a la ignorancia y

²² En el Capítulo II dedicaremos un aparte a la declaración judicial de incapacidad y los derroteros a seguir en el derecho comparado al respecto.



más tarde se consideró como fenómeno humano, pero también condenado por una concepción fatalista incapaz de concebir el cambio, la evolución y el desarrollo basados en la influencia de la educación, la cultura y la interacción social, es hoy un problema que recibe atención de múltiples factores sociales y de múltiples vertientes científicas.

Ha sido el desarrollo, el que ha llevado a la búsqueda de nuevas consideraciones que favorezcan las condiciones para el tratamiento, la atención y la asimilación de la existencia de personas con discapacidad en el seno de la sociedad moderna, desde una perspectiva médica, la genética ha venido a echar por tierra antiguos conceptos sobre las taras familiares, dejando en claro la verdadera influencia de los caracteres transmitidos biológicamente y su papel en la génesis de la discapacidad. El desarrollo de las ciencias médicas por un lado favorece el aumento de las cifras de las personas con discapacidad, pues ofrece posibilidades de subsistencia a personas que en condiciones naturales no hubieran sobrevivido, pero por otro lado, el desarrollo de los programas de salud ha dado lugar a increíbles posibilidades de prevención de la discapacidad, dándole vital importancia a la detección y seguimiento de factores de riesgo que pueden influir directamente en la aparición de la misma.

También existen avances en materia de rehabilitación, proceso encaminado a ayudar a una persona a alcanzar el más completo potencial físico, psicológico, social, vocacional y educacional compatibles con su deficiencia fisiológica o anatómica y las limitaciones medio ambientales, así como lo que actualmente se conoce como programas de ayudas técnicas, dirigidos al diseño y adaptación de apoyos que faciliten el nivel de ejecución y funcionalidad de las personas con algún tipo de discapacidad.

Es la concepción social de la discapacidad la que mayor relevancia obtiene con respecto al tratamiento de las personas con discapacidad en la actualidad, dejar de ser un problema médico o educativo, para convertirse también en un problema social, ha sido la más amplia de las puertas que se han abierto a las personas con discapacidad, el hecho de valorarla como un problema social permite ver más que la consecuencia biológica, la consecuencia social, el verdadero problema para estas personas, el referente a sus posibilidades de adaptación y de acceso al medio donde se desarrollan.

No está resuelto el problema de las personas discapacitadas, si solo se logra para ella un mejor estado de salud y nivel educativo, pues queda entonces por ver que hará la persona discapacitada para llevar a efecto una vida plena e integra, donde ejerza sus derechos como uno más de los individuos miembros de un sistema social, verdadera fuente de un estilo de vida efectivo, gratificante y satisfactorio.

Uno de los problemas es el que se refiere a los aspectos legislativos, atendiendo a la necesidad de protección y representación legal que tiene estas personas ante un ritmo de desarrollo cada vez más exigentes de las capacidades humanas, el otro aspecto pendiente es el de la aceptación de la integración desde la individualidad de las personas comunes. El campo legislativo crea las bases para la integración, la aceptación, la actitud que se asuma para con estas personas, es el punto de partida para un verdadero éxito en esta tarea.²³

Según la clasificación Internacional de las deficiencias, discapacidades y minusvalías (CIDDM) publicada por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

La discapacidad es toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Entre ellas podemos encontrar las discapacidades de la conducta, las discapacidades de la comunicación, de la locomoción, del cuidado personal entre otras; por su parte, la deficiencia, es toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, entre ellas podemos encontrar las deficiencias del lenguaje, psicológicas, intelectuales, del órgano de audición, del órgano de la visión, músculo esquelético, entre otras; asimismo, la minusvalía, constituye una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que limita o impide el desarrollo de un rol, que es normal en su caso (en función de la edad, sexo, y factores sociales y

²³ *Vid.* HERNÁNDEZ DE LA TORRE, Maira C., Ileana M. ARIAS BORROTO y Carlos J. HERRERA GALLARDO, "La discapacidad. Su tratamiento en Cuba y la inserción laboral como forma superior de atención a estas personas", (inédito), Ciego de Ávila, 2004, pp.2-4.

culturales) Son reconocidas como tales: la minusvalía de orientación, de independencia física, ocupacional, de integración, entre otras.

En otras palabras, la Discapacidad es la expresión social de la deficiencia, o sea, la persona ciega no es discapacitada hasta que no encuentra una situación particular en la cual el hecho de ser ciega le impide desempeñar una función particular para la cual el resto de la población vidente no encuentra dificultades.

En el Derecho Comparado ha de resaltarse la definición que perfiló la Ley 9767 “Régimen de protección legal a las personas discapacitadas” en Argentina, la que en su artículo 2 expone que: *“se considera discapacitada a toda aquella persona que presente alteraciones funcionales físicas o mentales, permanentes o prolongadas que, en relación a su edad y medio social, implique desventajas considerables para una adecuada integración familiar, social, educacional o laboral”*.

Por su parte, en la doctrina cubana ha entendido VALDÉS DÍAZ que la discapacidad “puede provenir de diferentes causas, no importa su etiología, y abarca cualquier dificultad física, psíquica, sensorial o todas o varias de ellas combinadas, que hacen a la persona naturalmente incapaz para la realización de alguna actividad, de varias de ellas o de casi todas las que son comunes al resto de sus congéneres. Pero tal discapacidad natural, por supuesto, no afecta la capacidad jurídica *per se*, porque no niega la condición de persona del individuo afectado, que tiene personalidad y puede ser sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento y hasta su muerte, como ya recordamos”.²⁴

De tal suerte, que al entenderla con esa entidad no es posible encontrar un divorcio desde el punto de vista jurídico entre capacidad y discapacidad, la ineptitud física o psíquica no conduce inexorablemente a la incapacidad, que adquiere vigencia cuando se pruebe que la discapacidad le invalida totalmente a la persona la posibilidad de manifestar su voluntad adecuadamente, en pleno ejercicio de su inteligencia y discernimiento.²⁵

²⁴ Vid. VALDÉS DÍAZ, C. C., “Acerca del ejercicio de la capacidad...*cit.*”, p.6.

²⁵ Cada año, 10 millones de personas en el mundo sufren de algún tipo de discapacidad moderada o severa, y se calcula que en el año 2025 habrá en el mundo 800 millones de personas discapacitadas. En Cuba, según estudios realizados en la primera etapa de la década de los años noventa, la tasa de personas con discapacidad es de aproximadamente un 7 % de

Las causas y los efectos que inciden en la discapacidad varían de una región geográfica a otra, de un contexto cultural a otro, de un régimen socioeconómico a otro; pese a que capacidad y discapacidad no son opuestos excluyentes, las dificultades esenciales para las personas discapacitadas descansan en su inserción en la vida sociojurídica; es un tema de política de Estado dentro de los sistemas normativos, de educación social y sobre todo, de alta consideración y estima por cada una de sus congéneres.

De ahí que si retomamos los sistemas generalmente adoptados por los ordenamientos jurídicos para determinar el momento a partir del cual puede actuar válidamente, el hasta entonces menor de edad: uno, de matiz subjetivo, que aprecia el desarrollo individual de cada persona para hacer depender de éste su grado de capacidad o incapacidad; otro, de matiz objetivo, que establece con carácter general una determinada edad que, como media social, indica que las personas han alcanzado suficiente madurez, a partir de la cual, una vez cumplida, se alcanza la mayoría, aún cuando puedan irse fijando períodos precedentes que conceden a la persona cierta capacidad de actuación o exigen cierta responsabilidad por sus actos.²⁶ El segundo sistema es el más extendido, el que generalmente se acoge por los Códigos civiles, pues facilita la constatación y medición de tal aptitud, que por demás cuenta con el auxilio de la publicidad que ofrece el Registro del estado civil, si bien tal criterio objetivado se acompaña, en ocasiones, de un juicio de valor de carácter subjetivo que afecta de diferente forma a menores que se encuentran en igual situación, pues no hay duda que el desarrollo integral de una persona no se ajusta siempre a fases perfectamente separables y delimitadas, ni se da por igual en cada individuo.

Valorada con ese rasero no puede entenderse la minoría de edad como discapacidad, debido a su carácter genérico y limitado en el tiempo, siempre coincidente con la evolución de los seres humanos; sin embargo, ello no obsta para que se le considere una causa limitativa de la capacidad de obrar, que puede adquirir todas las modulaciones que en la práctica suelen presentarse,

la población total. *Vid.* Plan de Acción Nacional para la Atención a las Personas Discapacitadas.

²⁶ *Vid.* VALDÉS DÍAZ, C. C., "Acerca del ejercicio de la capacidad...*cit.*", p.10.

hasta llegar a la incapacidad total. Tal y como hemos planteado reconoce nuestro Código Civil, a través de los estadios relacionados.

No es menos cierto que al arribar las personas a la tercera edad pueden irrumpir ciertas discapacidades propias de la edad, aunque no ha de asociarse esto, siempre que se mantenga la posibilidad de discernimiento con inteligencia y voluntad, como una causa para privárseles de la plena capacidad de obrar, y si la necesidad de procurarles determinados cuidados que le faciliten el ejercicio de sus derechos en condiciones óptimas.

Así, las personas de la llamada tercera edad transitan sus “años altos” más desprotegidas que nunca, pues el papel de la familia está cambiando y la dinámica de la vida actual no permite muchas veces que disfruten de la atención que merecen, ni se están creando instituciones que procuren su protección al ritmo que sería deseable dada la creciente longevidad de la población. La delación voluntaria de la tutela por parte de los ancianos cuando aún poseen suficiente capacidad de obrar, designando ellos mismos su tutor para futuro, pudiera ser una medida legal que coadyuve a una mayor protección y una expresión de autonomía privada que no debe desdeñarse, aún cuando ello no vincule la decisión que, en cada caso concreto, deberá tomar el tribunal al respecto, siempre velando por lo que resulte más conveniente al interés de la persona que se intente proteger.

Afectan también el ejercicio de los derechos las enfermedades físicas o mentales que padezca la persona, que de alguna manera inciden en su cabal juicio o no le permiten expresar su voluntad sin posibles equívocos.²⁷

Para el Derecho Civil, los discapacitados son al igual que quienes no se consideran en esa situación, titulares de los derechos que el ordenamiento jurídico franquea, dígase los inherentes a la personalidad, de familia, patrimoniales, de crédito, reales o sucesorios. El correcto ejercicio de esos derechos depende como analizáramos *supra* de la capacidad de obrar, tal y como la ha regulado el legislador.

²⁷ *Idem.*

Ha de tenerse presente, que no hay distingo entre las personas discapacitadas y el resto de sus congéneres en el ámbito social, pueden transitar por todas las fluctuaciones que regula la ley en relación con la capacidad de obrar, y en dependencia de ellas, ejercitar todos los derechos, algunos o ser representados legalmente por quienes sean designados a esos efectos.

Pero no deviene ocioso el análisis de lo normado por el legislador cubano en el artículo 30 del Código Civil, pues ya se ha analizado lo reglado en el artículo 21 del Código Civil ecuatoriano al respecto. El mentado precepto sobre el que descansa la típica figura de la capacidad restringida pudiera asociarse con el actuar del discapacitado, y por ende con el nivel de autonomía que ha de concedérsele para el ejercicio de sus derechos dentro de la sociedad cubana; las figuras reconocidas en los apartados b) y c) que corresponden a los casos de discapacidad intelectual y física, que se sitúa a medio camino, puesto que si bien no priva de la capacidad de obrar totalmente, restringe el ejercicio de algunos derechos a las personas naturales.

Es cierto que aunque aparece esa restricción, por si sola no puede determinar el grado de minusvalía que ha de presentarse en el discapacitado, pues no obró con acierto el legislador al omitir el mecanismo establecido en el ordenamiento jurídico cubano para el alcance de ese fin. La formulación imprecisa de la norma en comento establece que realizaran válidamente las personas que tengan capacidad restringida actos para la satisfacción de sus necesidades diarias, pero no define que considera por tales, ni que entidad poseerán los mismos; suceso que obliga por fuerza a realizar un análisis casuístico de la norma bajo examen.

VALDÉS DÍAZ reconoce con acierto que “ para los discapacitados físicos, psíquicos o sensoriales las diversas carencias y conflictos que muchas veces padecen repercuten en diversas actividades de su vida cotidiana, impidiendo el desarrollo de habilidades y potencialidades e incluso, el logro de una mejora en su calidad de vida, lo cual hace que sean aún más dependientes de otros, generalmente miembros del grupo familiar, todo lo cual habrá de tenerse en cuenta al calificar el acto que realizan”²⁸.

²⁸ *Ibidem*.

No contribuye tampoco la norma analizada a afianzar la entidad y el sentido con que en su apartado b) engloba el término de enfermedad o retraso mental, quedando esa laguna legal en manos de los operadores del Derecho, quienes para arribar a la verdad material obligatoriamente han de auxiliarse de una razón de saber que les proporcione una explicación superior, como la que se cobija en los dictámenes periciales, para limitar parcialmente la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, no desentonando ello con su inclusión en los supuestos de capacidad restringida, pero a los efectos del correcto ejercicio de la justicia, el tenor ofrecido por el legislador no es acertado, al aplicarlo a la esfera de actuación de estas personas a las que pudiera privárseles del ejercicio de derechos para los que son plenamente capaces.

La formulación efectuada en el inciso c) del artículo 30 de la referida norma sustantiva se convierte en más enrevesada, pues endilga la etiqueta de capacidad restringida a “los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco”, habida cuenta que siendo la voluntad la médula de los actos jurídicos, si esta en razón de un impedimento físico no puede ser expresada inequívocamente, la persona estará incapacitada para ejercer por sí derechos y deberes jurídicos.

Con ánimo aclaratorio se pregunta la destacada profesora cubana: ¿Cómo pueden intervenir los discapacitados en situación de capacidad restringida en actos jurídicos que excedan el ámbito de la simple satisfacción de las necesidades de la vida diaria? No existe en el orden adjetivo ningún proceso para la declaración de esa situación ni para dotar a la persona que se encuentra en ella de un régimen adecuado de protección o guarda. En el ámbito judicial cubano, los supuestos previstos por nuestro Código sustantivo en su artículo 30 o se incapacitan de forma absoluta o se mantienen totalmente capaces, haciendo perder virtualidad a la norma e impidiendo que se cumplan los objetivos de esta institución.²⁹

²⁹ *Ibidem.*

1.4 Las circunstancias que inciden en la capacidad de obrar y la doctrina de los títulos de estado

La capacidad de obrar se presume plena, tal y como se deriva del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, motivos por los cuales la prueba que se establezca en contrario ha de probarse, carecer de plena capacidad de obrar no significa que el ordenamiento jurídico deje a la deriva la tutela de los intereses y derechos del que se encuentre en esta situación.

Variadas han sido las causas, situaciones o circunstancias que se han establecido como causas limitativas de la capacidad de obrar; motivos por los cuales a decir de DIEZ PICAZO Y GULLÓN habrá que distinguir dentro de ellas a las capacidades especiales, las prohibiciones y las propias limitaciones de esa capacidad de obrar. Por tratarse de situaciones variadas, con diferente entidad, las abordaremos en cada caso, con ánimo de diferenciarlas.

El hecho de que una persona natural posea plena capacidad de obrar ha de referirse de manera indeterminada al conjunto de actos y negocios que pueda realizar; mas existen negocios que por su peculiar naturaleza, exigen determinadas condiciones de aptitud, que se materializan en la posesión de una determinada edad, que sobrepasa la legalmente regulada para adquirir la plena capacidad de obrar, encontrándonos en tal caso en presencia de una capacidad especial, tal y como ocurre con el caso del adoptante en el ordenamiento legal cubano, al exigírsele haber cumplido 25 años, según el artículo 100, apartado primero, de igual forma lo demanda el artículo 175.1 del Código Civil español.³⁰

Por tanto, cuando una persona no haya arribado a esa edad, no significa que se haya limitado su capacidad de obrar, ni que esté incapacitado, sino que no podrá verificar con eficacia el acto o negocio para el que se exige.

De igual forma, la persona natural puede tener plena capacidad de obrar y el ordenamiento jurídico prohibirle realizar un acto jurídico concreto por concurrir en ella determinadas causas, estaríamos en presencia de una prohibición; es

³⁰ Vid. DIEZ PICAZO, Luís y Antonio GULLÓN, “*Sistema de Derecho...*, cit.”, p.146.

casi una proscripción en los ordenamientos jurídicos comparados, la posibilidad de contraer matrimonio entre ascendientes y descendientes.³¹

El párrafo final del artículo 1463 del Código Civil ecuatoriano regula, que además de las incapacidades anteriormente señaladas hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. En efecto, ocasionalmente la ley consigna expresas prohibiciones especiales para que determinadas personas efectúen determinados actos o contratos, bajo pena de nulidad relativa de éstos ser realizados. Propiamente no se trata de una incapacidad de tales personas pues éstas poseen y conservan su plena capacidad, sino que simplemente les está vedado ejecutar los actos y contratos señalados específicamente por la ley.

Tales actos prohibidos, característicamente no carecen de objeto y causa lícitos; pero la ley, por circunstancias especiales, generalmente en resguardo de los intereses de alguno de los mismos contratantes o del declarante unipersonal de voluntad, o en protección de intereses de terceros, prohíbe efectuarlos a las persona señaladas, bajo sanción de nulidad de los referidos actos. Así, por ejemplo, al tutor y al curador les está prohibido donar bienes raíces del pupilo aun con autorización judicial, según el artículo 437 del Código Civil ecuatoriano, como tampoco les es permitido, atendiendo a ese precepto, comprar bienes; similarmente, conforme al artículo 218, los cónyuges no pueden celebrar entre sí contratos de compraventa de sus bienes, ni ningún otro contrato salvo el de mandato; de efectuarlo alguno de ellos, es nulo, de nulidad relativa.

Y así, de estas prohibiciones hay otras diseminadas en diferentes partes del Código comentado, como también en diferentes leyes especiales. En todos aquellos supuestos el acto o contrato es relativamente nulo y susceptible de convalecer mediante la ratificación, siempre que ésta sea legalmente posible, o por el transcurso del tiempo.³²

Con ese propio ánimo, se han fijado por el legislador aquellas causas que se consideran limitaciones a la capacidad de obrar, dentro de las que destacan: el

³¹ *Idem.*

³² *Vid.* RIVAS CADENA, Leonardo, *Estudio del Libro IV del Código Civil ecuatoriano*, s.e, Quito, 1989, p.18.

sexo, como sabemos no todas las legislaciones conceden iguales posibilidades y fijan en ese orden el ejercicio de los derechos por igual para hombres y mujeres; sobre todo perviven para la realización de ciertos actos, que las mujeres tengan autorización del marido, concitado en la legislación ecuatoriana y no en la cubana, con descanso en el artículo 1 del Código de Familia y artículos 41 y 42 de la Constitución de la República.³³

Otra circunstancia al respecto es la prodigalidad que en Cuba tiene un trasfondo histórico, pero que no puede desvincularse del Código de Familia cubano actual, pues permite, como acierta el profesor RAPA ÁLVAREZ, su concurrencia al regular la posibilidad de constitución de tutela sobre menores, incapacitados y otros casos, admitiendo que ahí podría incluirse. El pródigo es la persona que dilapida sus bienes en banalidades y para conseguir fines superfluos y carentes de una lógica racional, y que en su actuar puede llegar al estado de insolvencia.³⁴ No existiendo antecedentes en el Código Civil ecuatoriano de forma directa, de acuerdo con la formulación estipulada en el artículo 1463 y subsiguientes en relación con el artículo 21, pero si de forma indirecta al regularse en este cuerpo normativo la tutela y la curaduría.

La interdicción civil ha estado vinculada al Derecho Penal, habida cuenta que es decretada como consecuencia de la imposición de una pena o en específico de una sanción de privación de libertad, determinándose siempre mediante resolución judicial o sentencia, el derecho cubano ha modificado ese sustrato a la privación o suspensión de derechos paternos filiales y de tutela; no imponiendo como ocurre en el derecho ecuatoriano la disposición de bienes propios y otros actos de Derecho de Familia.

El Concurso y la quiebra no se utilizan en el Derecho cubano actual y si en el ecuatoriano; motivos por los que debemos eludir dos causas limitantes

³³ Vid. DÍAZ MAGRANS, M. M., "La persona individual... cit.", p.112.

³⁴ Vid. RAPA ÁLVAREZ, Vicente, "La relación jurídica: categoría esencial en el nuevo Código Civil, en *Revista Jurídica*, año VI, No. 19, editada por el MINJUS, La Habana, abril-junio de 1998, p.121. Tanto en el antecedente romano como en el español, la prodigalidad no implicaba la incapacitación absoluta, sino que la persona tenía restringida aquella esfera de sus derechos relativa con la disposición de su patrimonio pero conservaba el resto de los derechos.

comunes, cuales son la edad y la enfermedad mental, que analizamos previamente en este capítulo.³⁵

La capacidad jurídica, tal y como analizáramos, es el reflejo directo de la personalidad, la capacidad de obrar la presupone, pero exige un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes. Ha dicho FALZEA que la capacidad de obrar va ligada principalmente al interés del sujeto que actúa. De ahí que la capacidad de obrar frente a la capacidad jurídica admite graduaciones, porque no son iguales las condiciones de madurez en todas las personas, o si se quiere, su capacidad de entender y de querer.

Ahora bien, ¿qué relación tiene el concepto de estado civil con la capacidad de obrar, o dicho de otra manera, depende ésta del estado civil de las personas? La doctrina del estado civil no es más que una vieja herencia romana, en que la confluencia en una persona de los tres estados (libertad, familia y ciudadanía) le otorgaban plena capacidad. En el derecho intermedio esa plena capacidad dependía ya de la posición que el hombre ocupaba en sociedad (noble o plebeyo; clérigos y legos; cristiano o moro o judío etc.). Es la Ilustración y la Revolución Francesa la que borra toda distinción y desigualdad entre los hombres ante el Derecho.³⁶

La idea del estado civil de la persona como concepto fundamental y central del derecho de la Persona fue construida y perfilada por Federico DE CASTRO en su obra *Derecho Civil de España*. Recogiendo los datos históricos imprescindibles, vio en el estado civil de la persona la posición en que una persona está en la comunidad nacional. El menor vive sujeto a la dependencia de la patria potestad. El loco o demente a la de su tutor. El mayor de edad, en cambio, vive y actúa por sí mismo, libremente.

De ahí partía DE CASTRO para afirmar que la capacidad civil estaba determinada por el Estado civil, escribió: “La ley no nos obliga a medir las condiciones psíquicas de cada persona para averiguar su capacidad de obrar,

³⁵ No es objeto del presente trabajo el análisis de las circunstancias de hecho que influyen en la capacidad de obrar, por lo cual no se estudiarán en este aparte.

³⁶ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, s.a, p.2.

sino que pone esta capacidad en relación y dependencia de cada estado civil”.³⁷

La doctrina del estado civil, en último término, descansa en una consideración formal del problema. La modificación de la capacidad de obrar es inmovible que en el derecho actual no depende más que de un dato objetivo como la edad, o de la enfermedad o anomalía persistente. ¿Pero cómo los que contratan, por ejemplo, con esa persona pueden conocer su falta de capacidad de obrar? Entonces adquiere su valor la constatación pública, *erga omnes*, de su situación, que la da la ley a través de la sentencia de incapacitación. Son las necesidades del tráfico las que obligan a la indicación segura y pública de la incapacidad, pero el estado civil no es una causa *per se* de incapacidad de obrar, sino que se asienta en datos naturales como la edad y la enfermedad. En otras palabras, no hay ni puede haber una separación entre estos datos y el estado civil.

Nos hemos detenido en un aspecto muy parcial de la obra DE CASTRO, la relativa a la incapacidad, porque su concepción ha sido la más influyente en la doctrina y legislación actuales. Sostenía el gran jurista respecto al tema que nos ocupa que la deficiencia natural del individuo no será jurídicamente suficiente, sino que requerirá su transformación jurídica. El loco no cambia de estado jurídico hasta su incapacidad. Advertía que nada permite equiparar la situación del actor antes y después de la incapacitación. Los actos del enfermo no capacitado no podrán considerarse válidos por el Derecho, pero una cosa son los requisitos de existencia del acto humano y otra las situaciones de incapacidad.

De ahí, que según DÍAZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, corresponda al estado civil determinados caracteres como su carácter personal, su intrasmisibilidad, imprescriptibilidad, su rango de orden público, su eficacia absoluta y el carácter imperativo de las normas que lo gobiernan.³⁸

En este estado de cosas, desempeña un rol esencial la teoría de los títulos de estados, reconocida doctrinalmente por DE CASTRO, y en la que se distinguen el título de adquisición: que indica la causa por la que se tiene un estado civil, o

³⁷ Vid. DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España, tomo II, Parte Primera*, Madrid, 1952, p.43.

³⁸ Vid. DIEZ PICAZO, Luís y Antonio GULLÓN, “*Sistema de Derecho...*, *cit.*”, p.153.

sea, se es casado por el hecho de haber formalizado matrimonio y el título de legitimación, que no puede sustituir al de adquisición, pues constituye su ropa externo, su aspecto formal y que hace posible el ejercicio de las facultades y las acciones del estado civil sin necesidad de demostrar la existencia efectiva de la causa por la que se tiene dicho estado. Títulos que son proporcionados básicamente por el Registro del Estado Civil.

En ese sentido no van a desempeñar los asientos del registro del Estado Civil como ha intentado constatar un sector doctrinal, una investidura del estado civil de la persona, habida cuenta que el estado civil existe cuando hay un título de adquisición, se inscribe en ese registro porque existe; así la inscripción en el registro de la incapacidad judicial de una persona, no es un título de adquisición del estado civil, sino un título de legitimación del mismo que permite ejercitar los derechos derivados del mismo sin necesidad de probar si se tuvieron en cuenta las formalidades legales que para ese procedimiento ha de verificar en sede judicial. De ahí que se erijan en un medio de prueba plena frente a las demás que hayan de poseer semejante naturaleza, se impone al juzgador, a los particulares y a la administración surtiendo una eficacia *erga omnes*, verificando ese carácter legitimatorio del estado civil.³⁹

CAPITULO II: INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE EN LAS PERSONAS NATURALES: PROCEDIMIENTOS Y EFECTOS LEGALES

2.1 La incapacidad: su regulación legal y sus fines

La incapacidad constituye un estado civil de la persona física que por mandato del legislador, ha de ser declarado judicialmente y sujeto a las causas tasadas específicamente en la ley a ese tenor. De ahí, que algunas legislaciones han distinguido entre incapacidad de hecho, mediante la cual, la ley priva a las personas físicas de la facultad de obrar por sí misma, declarándolos incapaces, fundada en la falta o insuficiencia de su desarrollo mental (caso de las personas por nacer, los menores y los dementes) o la

³⁹ *Idem*, p.154. Como otro medio de prueba del estado civil la doctrina ha reconocido la posesión constante del estado conyugal que permite probar un determinado estado civil, cuando no existan los mencionados asientos registrales y en su ausencia surten los efectos de prueba plena en sede judicial y frente a terceros.

imposibilidad de poder manifestar su voluntad (caso de los sordomudos que no pueden darse a entender por ningún método), considerando que el elemento volitivo (voluntad) es básico en la formación de todo acto jurídico. En resumen, la incapacidad de hecho impide a determinadas personas ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones; e incapacidad de derecho, donde la ley prohíbe a determinadas personas a realizar ciertos actos en razón, de incompatibilidad de orden moral o jurídico.⁴⁰

La incapacidad viene a ser lo contrario de la capacidad, es decir la falta de aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones y poderlos ejercer por si misma, sin el ministerio de otra persona.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos existen causas comunes para decretarla, de tal suerte, que declaren que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y respectos a determinadas circunstancias previstas por las leyes. Tómese en consideración que con unas u otras modulaciones hablamos en términos generales, sin entrar a particularizar en un sistema normativo en específico, ya que el objetivo de este aparte es sentar una pauta para el análisis del procedimiento que conlleva a la declaración judicial de incapacidad.

Por eso la incapacitación, pese a la rudeza del término y las lógicas reticencias que puede crear por lo que supone privar a una persona de su capacidad jurídica, no puede concebirse como una forma de atacar al enfermo o sustraerle sus bienes o derechos, sino como una medida dirigida a su mejor protección y seguridad, separándole de los perjuicios que para si misma, su forma de vida, la atención de sus necesidades o simplemente la gestión de sus intereses patrimoniales, pudiera causarle la adopción de decisiones inadecuadas o la ausencia de iniciativa alguna por su parte, cuando le convenga adoptar alguna decisión. Es la excepción de la regla de la capacidad.

⁴⁰ Vid. DIEZ PICAZO, Luís y Antonio GULLÓN, “*Sistema de Derecho...*, cit.”, p.167.

ALBALADEJO en un alarde de precisión expone, que la capacidad jurídica la tiene todo hombre, comienza y acaba con su personalidad, siendo uniforme para todos dentro del ordenamiento jurídico; y acto seguido, introduce una antigua pero útil clasificación que desmiembra de la siguiente forma: “cuando falta de idoneidad de la persona para celebrar ahora actos procede de que carece de aptitud para entender y querer, se habla, por muchos, de que existe incapacidad natural; cuando la falta tiene su origen no en la ineptitud para entender y querer, sino en otras causas, se suele decir que existe incapacidad legal.⁴¹ Enfatiza de igual forma el tratadista el hecho irrefutable de que la capacidad de obrar depende del estado civil de la persona, habida cuenta que cada una tiene el que la ley le atribuye y de esa forma una tendrá el mayor de edad, otra el menor, otra el incapacitado judicialmente, etc.

La ausencia de capacidad de obrar del individuo, entiéndase del ejercicio de la capacidad jurídica, hoy día puede venir dada por disímiles patologías médicas, entre las cuales resaltan las de tipo psiquiátrico o de base neurológica, que le impiden al sujeto poder regir *per se* su persona y bienes. Enfermedades como la demencia senil, la enfermedad de Alzheimer, esquizofrenias, la enfermedad de Parkinson, la arterioesclerosis, la esclerosis múltiple y otras provocadas por accidentes vasculares encefálicos severos, conducen a la necesidad de promover la declaración judicial de incapacidad de personas mayores de edad, imposibilitadas de actuar por sí mismas, a las que hay que suplirles el ejercicio de la capacidad jurídica, ante lo cual el ordenamiento jurídico vigente en Cuba prevé como institución de guarda, la tutela según el artículo 32 Código Civil en relación con los artículos 137 y siguientes, de aplicación, del Código de Familia. Ésta, en todo caso, no puede sustanciarse a favor de los mayores de edad, sino previa declaración judicial de incapacidad.⁴² La declaración judicial de incapacidad presupone, por tanto, una limitante importante en el orden físico o psíquico del sujeto, y solo procede, como su nombre lo indica, por vía judicial.

⁴¹ Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, Undécima edición, Librería Bosch, S.L, Barcelona, 2002, p.39.

⁴² Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo, “Intereses espurios y declaración judicial de incapacidad” (A propósito de la Sentencia núm. 34 de 31 de enero del 2007 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba), en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia español*, 2007, p.3093 y s.s.

El incapaz no es sustituido por otro en el ejercicio de sus derechos sino llamado conjuntamente con otro al desempeño de ese ejercicio. El elemento voluntario está integrado por la voluntad del titular de los derechos ejercidos, completada por la voluntad de la persona que desempeña la función de contralor.

Son estas causas expuestas las que demanda que el legislador tome en consideración la necesidad de proteger los intereses de las personas declaradas incapaces; la limitación o supresión total de la capacidad que sufre una persona ha de ser completada por otra; motivos por los que aparecen instituciones jurídicas destinadas a estos fines como la tutela y la curatela, que coadyuvan a la realización de los actos y al ejercicio de los derechos de la persona que judicialmente no es apta para tales fines. La tutela, a diferencia de otras instituciones como la curatela, visto ello en un sentido histórico y tradicional, tiene un doble cometido: la protección de los bienes del incapacitado y de su propia persona, lo que reconoce el artículo 137 del Código de Familia. Pero sobre el tema volveremos en este propio capítulo en un momento ulterior.

2.2 Acciones judiciales tendentes a la declaración de incapacidad y sus efectos

En el ordenamiento jurídico cubano la declaración judicial de incapacidad como acusábamos con precedencia, se obtiene mediante resolución firme del Tribunal competente, por vía judicial será el Tribunal Municipal correspondiente, según la regla de competencia reconocida en el artículo 11, inciso 5, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), quien conozca de la sustanciación del proceso por los trámites de jurisdicción voluntaria, mientras no exista oposición por quien pudiera perjudicarlo, según los dictados del artículo 581 de la mencionada Ley. El Expediente de incapacidad es el procedimiento mediante el cual se declara que una persona, por ciertas causas está incapacitada para ejercitar por sí misma los derechos o acciones de que sea titular.

Debe partirse de la propia letra del artículo 29 del Código Civil cubano para entender los efectos legales que se derivan de la declaración judicial de

incapacidad, ese precepto establece la plena capacidad de obrar, fijando dos situaciones reales. Que la persona haya arribado a la mayoría de edad, que comienza a los dieciocho años cumplidos y por haber contraído matrimonio el menor de edad; en el lado contrario, el artículo 31 de la norma sustantiva en comento, regula la carencia de capacidad para realizar actos jurídicos en los menores de diez años y en los mayores de edad que han sido declarados judicialmente incapaces para regir su persona y sus bienes. Quedando al descubierto una verdad, al parecer de perogrullo pero que amerita la pena resaltar, opera el expediente de incapacidad en sede judicial para mayores de edad, pues los que no han sobrepasado ese coto impuesto por el legislador están sujetos a la patria potestad de sus padres o se les ha designado un tutor o representante legal mediante el procedimiento correspondiente.

Para la promoción del expediente de incapacidad se exigen como requisitos, según el artículo 586 de la ley de trámites: Expresión del nombre del incapaz, estado civil, domicilio o residencia actual, enfermedad que sufre, bienes que le pertenezcan o que deben ser protegidos judicialmente, parentesco del presunto incapaz con el solicitante, certificado del médico que atendió al que se pretende declarar incapaz.

El Artículo 587 legitima a las personas que podrán formular la solicitud de declaración de incapaz: cónyuge, la persona a quien, en su caso, corresponda diferirle la tutela, cualquiera de los parientes que pudieran heredarlo abintestato, el Fiscal, si no lo hiciere alguno de los anteriormente mencionados. La tramitación simultánea de varios expedientes de incapacidad por una misma persona de las legitimadas, no implica su necesaria acumulación, pues como bien aclarara el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular mediante el Dictamen 186 de fecha 8 de mayo de 1984 para que ello acontezca constituye requisitos indispensables que concurra alguna de las causales que expresamente señala el artículo 85 de la LPCAL; puesto que la existencia de varios expedientes en trámites, cuya promoción haya recaído en una misma persona, no basta para entender que es la misma causa de pedir para las diferentes personas a nombre de las que se tramita. Además, habría que sostener la precepción del artículo 78 de la ley supramentada, que constituye óbice para extender a la jurisdicción voluntaria la acumulación establecida para pretensiones cuya esencia recae sobre la contenciosa.

Al juez, se le impone la obligación de oír a los más próximos parientes del presunto incapaz, el examen de éste por sí mismo, el dictamen de un facultativo y; sin perjuicio de las pruebas practicadas a la instancia de parte, podrá decretar de oficio las que estime pertinentes. También se les faculta para que de oficio o a instancia de parte adopte las medidas necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.

Con relación al dictamen del facultativo o examen del presunto incapaz, resulta importante señalar que el artículo 588 de la LPCAL ordena que dicha diligencia ha de efectuarse por dos médicos distintos del de asistencia a fin de que informe acerca de la realidad y grado de su incapacidad, entendiéndose por estos y según lo acordado por el Consejo Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante el Dictamen 418 del 6 septiembre 2002 a profesionales con preparación especializada en la enfermedad que se dictamina, habida cuenta traducirse la finalidad de dicha diligencia, en necesaria para sostener pronunciamiento de relevante envergadura cual es, en su caso, tener acreditada específica situación de carencia de capacidad plena para la realización de actos jurídicos inherentes a la persona que le viene implícito por el solo hecho de haber alcanzado la mayoría de edad, conforme establece el artículo 29, apartado 1, inciso a), del Código Civil, con la inequívoca trascendencia que ello entraña no solo para su patrimonio sino además por su repercusión en el orden social.

En el caso ecuatoriano, comenta RIVAS CADENA, según la letra del artículo 1462 del Código Civil: *“toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”*, complementado con la letra del artículo 1463 que prescribe que: *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no administren caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”*. El párrafo primero menciona quienes son absolutamente incapaces y dice que lo son tres clases de personas: los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Distingue el artículo, por cierto, las dos vertiente

primordiales de la incapacidad, reconocidas tanto por la teoría jurídica como por el derecho positivo; la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa. Además de estas dos modalidades básicas de la incapacidad, existen algunas y especiales incapacidades para realizar determinados actos, a las que alude el apartado cuarto y que a su tiempo lo señalaremos.⁴³

Conforme al párrafo inicial, la primera estirpe de personas absolutamente incapaces la constituyen los dementes. La demencia ostenta innumerables formas; su determinación caracterológica es difícil y concierne hacerla a la Psiquiatría. Por tanto, es esta ciencia la que ha de establecer, la existencia, fenomenología y consecuencias forenses de la demencia.

Consecuentemente, demente es la persona enferma mental y afectada por una profunda perturbación de sus facultades anímicas, por lo cual carece de voluntad consciente y claro juicio; por ello el demente se halla privado de una suficiente y libre voluntad, indispensable para ejercer derechos y contraer obligaciones, ya que no puede discernir y por lo tanto asumir responsabilidad de sus actos. Por otra parte, esta perturbación psíquica puede afectar con similares incidencias legales, ya a personas habitualmente trastornadas mentales, ya a personas solo ocasionalmente alteradas en su sano juicio por alguna causa transitoria especial; pero una y otras no están en su sano juicio al momento de sus actos declarativos de voluntad. El inciso inicial apunta con el concepto dementes a la innumerable gama de dichas dos clases, por estar unos y otros afectados de trastorno mental al momento del acto y por eso, les declara absolutamente incapaces; sus actos son absolutamente nulos y de ningún valor, como así los estipula el artículo 1698, párrafo segundo.⁴⁴

A continuación señala el propio artículo como absolutamente incapaces a los impúberes, lo cual de acuerdo con la orden del artículo 21 de esa ley sustantiva en análisis, define al impúber como el varón que no ha cumplido los catorce años de edad y la mujer que no ha cumplido doce. La ley, fundándose razonablemente en el hecho natural, biológico, de la división y características de las diferentes etapas de la vida del hombre y a tono con sus diversos grados de desarrollo físico y concienal de su discernimiento, divide ascendentemente

⁴³ Vid. RIVAS CADENA, Leonardo, *Estudio del Libro IV del Código Civil ecuatoriano*, s.e, Quito, 1989, p.22.

⁴⁴ *Idem*.

a las personas por su edad; y así, en primer lugar, en infantes o niños, que son los que aún no han cumplido siete años; luego, en impúberes, que son el varón menor de catorce años y la mujer menor de doce; a seguida, la condición común de menor adulto que es toda persona que ha sobrepasado la pubertad pero no ha cumplido los dieciocho años; por último, mayor de edad, que es el hombre o la mujer que ha cumplido dieciocho años. El mayor de edad es plenamente capaz, y es esta condición de la persona la más importante en derecho, en oposición al menor de edad o sea el menor de dieciocho años que es incapaz o de capacidad restringida; por cierto que esta incapacidad es absoluta en caso del impúber y relativa en el de los menores adultos, esto es del varón de más de 14 años y de la mujer de más de 12 años pero menores de 18 años. Como la ley presume que los menores impúberes no han advenido absolutamente a un desarrollo mental y volitivo que les permita actuar jurídicamente, les considera incapaces absolutos, y a los menores adultos, a quienes reputa con cierto desarrollo de esas facultades, los declara relativamente incapaces.

A continuación determina que son absolutamente incapaces los impúberes y sus actos declarativos de voluntad son absolutamente nulos.

El párrafo en estudio, por último declara absolutamente incapaces a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Es un hecho incuestionable que la persona que carece totalmente de los sentidos auditivo y fónico es absolutamente incapaz de comprender con la necesaria precisión el mensaje de ideas y negocios jurídicos que le transmiten las demás personas, como similarmente está impedido de comunicar con pareja amplitud y exactitud sus conceptos y decisiones sobre sus intereses personales. La sordomudez es casi siempre congénita y esta particularidad le torna a la persona afectada en la posición de no poder conocer, juzgar, ni decidir válidamente sobre las situaciones, cosas y personas de su contorno, y por ello carece de conocimiento y voluntad, por lo cual no puede consentir en ningún acto declarativo de voluntad.⁴⁵

Claro que el sordomudo puede entender y darse a entender limitadamente mediante un lenguaje mímico, ordinariamente con personas íntimas; pero esta

⁴⁵ *Ibidem*.

reducida representatividad del mundo y de las cosas y personas es del todo insuficiente para configurar un consentimiento negocial y por eso la ley no lo acepta. Pero en ciertos casos especiales y mediante una educación apropiada, el sordomudo puede haber adquirido un conocimiento práctico del mundo y del sentido y consecuencias de sus propios actos y de los actos de los demás hombres y de la manera de dar a conocer claramente por escrito estas, sus ideas. Esta situación excepcional prevé la ley y acepta la posibilidad que el sordomudo haya adquirido de ese modo su capacidad negocial, y por ello prescribe nuestro párrafo en análisis que si él puede entender y darse a entender por escrito es capaz. Si no puede hacerlo en forma clara y eficaz sus actos son nulos y de ningún valor.

El aparte segundo del artículo enuncia dos consecuencias relevantísimas de las declaraciones de voluntad de las personas absolutamente incapaces. Expresa que sus actos no surten ni aún obligaciones naturales y que además no admiten caución; es decir que son tan radicalmente nulos que no crean ni obligación natural ni admiten caución. La figura obligación natural es aquella cuyo cumplimiento no puede ser intentado por las vías legales exigibles, pero que si se la ha cumplido por el deudor el acreedor queda autorizado para retener y beneficiarse con la cosa que se le ha dado en pago. De este tipo de obligaciones se ocupan los artículos 1486 y siguientes del título III del Código Civil. Entre las varias causas generativas de obligaciones naturales tenemos a las obligaciones generales civiles contraídas por los relativamente incapaces (menores adultos, etc.) y que han sido cumplidas, por cuya razón no puede repetirse lo pagado. La caución como conceptualiza el artículo 31 del Código, es cualquiera obligación accesoria contraída para asegurar el cumplimiento de otra obligación, principal, propia o ajena. Especies de caución son la fianza, la prenda y la hipoteca.

De acuerdo, pues, con el aparte segundo en estudio, los actos jurídicos de los dementes, de los impúberes y de los predichos sordomudos no crean ni obligaciones naturales, ni son susceptibles de caución ni aún de parte de una persona plenamente capaz; y esta última consecuencia se funda, entre otras cosas, en el conocido principio lógico y jurídico que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Pero la razón fundamental de estas secuencias del acto del incapaz absoluto radica en que el acto es jurídicamente inexistente porque no

hay en realidad consentimiento alguno emitido por un incapaz absoluto, desde que está privado totalmente de discernimiento y por tanto de consentimiento pese a su aparente aquiescencia. En el fondo de las cosas, su declaración de voluntad es inexistente, aunque la ley habla solamente de nulidad absoluta del acto negocial. Por ello también una fianza, una prenda, una hipoteca o cualquiera otra caución constituida para asegurar el cumplimiento de la obligación de un incapaz absoluto son para la ley absolutamente nula, como lo es la presunta obligación principal.⁴⁶

De igual forma, es similar el procedimiento establecido en Ecuador para la declaración judicial de incapacidad, tal y como se desprende de la resolución judicial 0129/2009 del Juzgado Tercero de lo Civil de Latacunga.

El caso español es digno de comentar por ser la fuente de donde abrevaron las legislaciones latinoamericanas comentadas. El artículo 199 del Código civil en su nueva redacción según la Ley 13 de 24 de octubre de 1983, dice que *“nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas en la ley”*. Precepto que justifica el porqué de las características que signan los procesos ecuatoriano y cubano antes comentados.

En la doctrina española, con más precisión técnica se le llama declaración judicial de incapacitación. Así, para ALBALADEJO la incapacitación es la reducción o limitación de la capacidad de obrar, que, conforme con su estado, tiene el sujeto normal, sobre la base de causas fijadas por la ley, realizada después de seguirse un procedimiento judicial, mediante un fallo del tribunal.⁴⁷ Según DE CASTRO Y BRAVO, la declaración judicial de incapacidad de una persona, comienza con la firmeza de la declaración judicial. “Hasta entonces era capaz, desde entonces será incapaz.... No cabe posibilidad de retroacción de sus efectos”. Este autor se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español de inicios del siglo XX, que hoy se mantiene en pie. La declaración judicial de incapacidad *“no alcanza a alterar el estado de derecho anterior a tal declaración”*, según Sentencia de 7 de abril de 1903.⁴⁸

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, volumen I, Introducción y Derecho de la persona, 12.ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 264.

⁴⁸ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Cívitas, Madrid, 1984, p.322,

Una última idea la introduce LARROUMET, al decantar entre “las incapacidades de ejercicio, para distinguirlas de las incapacidades de goce, tienen por objeto impedirle al incapaz ejercer un derecho que podría adquirir perfectamente. Por ello, a diferencia de estas últimas, sigue comentando el autor, se les puede aportar un remedio. Remedio que se encuentra en el espectro de posibilidades brindado por las instituciones de guarda y cuidado. Para los mayores de edad, el ejercicio de la capacidad jurídica es el principio, cuya excepción, según el maestro francés, lo es el acudir a una incapacidad de ejercicio, lo cual supone que la voluntad del mayor no esté lo suficientemente clarificada o, incluso, esté totalmente nublada. Por ello, la incapacidad de ejercicio del mayor es la consecuencia de una decisión del juez de tutelas, que tiene como finalidad ubicar al adulto bajo una situación jurídica que depende del régimen de protección previsto por el Código Civil, el cual constituye al mismo tiempo un remedio a la incapacidad”.⁴⁹

En la jurisprudencia argentina también se ha destacado este principio: “La regla general fundada en el esencial respeto a la libertad y a la dignidad humana es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos (...). Las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico”.⁵⁰

Es obvio que la formulación del artículo 199 del Código Civil español que parte de la teoría de DE CASTRO, constituye el centro del debate en el Derecho Comparado actual, habida cuenta que a partir de lo regulado legalmente han de concitarse los consabidos efectos legales a la declaración judicial de incapacidad, en el debate se alzan dos posiciones: la enarbolada por DE CASTRO, quien era a decir de GULLÓN BALLESTEROS “consciente de la rigidez que su concepción tenía, y que el artículo 199 ha hecho suya, frente a la más realista de basarse sólo en la deficiencia natural del individuo (*status naturalis*) para determinar la eficacia o ineficacia de sus actos. Esta concepción realista es entorpecedora al máximo del tráfico jurídico y ocasiona inseguridad clara.

⁴⁹ Vid. LARROUMET, Christian, *Derecho Civil. Introducción al estudio del Derecho Privado*, 1.ª edición en español, Legis Editores, Bogotá, 2006, pp. 233 y ss.

⁵⁰ Vid. CS. 06/11/1980, S. y D., C. G., La Ley, 1981-A 401) (voto de los doctores Frías y Guastavino), *cit. pos*, LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Código Civil, comentado y anotado*, VI, dirigido por Santos Cifuentes, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 32.

Nadie puede estar seguro en la inmensa mayoría de los casos de que aquel con quien contrata es plenamente capaz, tiene sus facultades mentales en orden. Basándose en el dato objeto de la sentencia, es como se introduce una seguridad cierta en el tráfico jurídico”.⁵¹ Los que creyeron capaz al después incapacitado no tienen nada que temer respecto a la eficacia del acto o contrato que el segundo realizó.

Una posición enarbola GORDILLO CAÑAS, quien no niega que la sentencia de incapacitación sea constitutiva, pero en el sentido de que sin ella no puede una persona pasar a depender de ningún tutor, no puede constituirse la tutela. Pero desde el punto de vista de la capacidad de obrar, la sentencia lo único que hace es constatar que en la persona en cuestión se da una causa prevista por la ley por la que se le puede incapacitar. La sentencia de incapacitación, en sí misma, no puede ser constitutiva de la situación de la persona. Si la concepción formalista se asienta en la seguridad del tráfico, propugna el profesor citado en pro de la suya más realista, que se detengan los efectos de la sentencia de incapacitación frente a terceros que, desconociendo el hecho de la incapacidad, contratan con el después declarado incapaz. Si se conviniera, afirma, en que no hay razón que fuerce a ello, habrá de estarse igualmente de acuerdo en que nada obliga a poner en la declaración judicial el título constitutivo de la incapacidad de obrar.⁵²

El estudio de GORDILLO, bien articulado, cuyas conclusiones hemos expuesto, en definitiva lo que propugna es una división en la sentencia de incapacitación, entre que es presupuesto para constituir la tutela, y lo que afecta a la capacidad de obrar del incapacitado. Aquí, en este último punto, es donde podría tener carácter retroactivo, excepto para los terceros de buena fe, es decir, para los que objetivamente, de acuerdo con la consideración adecuada de la apariencia, han contratado con persona a la que se creía capaz.

⁵¹ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “*Capacidad jurídica y...cit.*”, p.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, antes y después de la Ley 13/1983 ha seguido la línea de conceptuar como constitutiva e irretroactiva la sentencia de incapacitación (Ss. 7 ab. 1903; 27 feb. 1914; 9 feb. 1943; 23 mar. 1994; 19 feb. 1996; 19 mayo, 1998).

⁵² Vid. GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, s.e, Madrid, 1986, p.20.

En la tesis de GORDILLO, sin embargo, parece haber algo que no casa, según GULLÓN BALLESTEROS, “en efecto, si la sentencia afecta a la capacidad de la persona retroactivamente, también la tutela o curatela tendría que constituirse con efectos retroactivos”.⁵³ No sería de buen sentido que el ordenamiento jurídico se interpretara como si permitiere que una persona fuese incapacitada desde una fecha anterior a la sentencia, y, no obstante, la tutela o curatela no se podría constituir sino después de ésta. La declaración de incapacidad va siempre ligada con el sometimiento de la persona al tutor o curador que suple la falta de capacidad. Por tanto, si se admite que la sentencia es constitutiva respecto a esto, la disociación que permite la tesis de GORDILLO supone que esa persona ha estado incapacitada durante un tiempo anterior a la sentencia, pero que durante el podría obrar libremente como si fuese capaz.

El profesor GORDILLO funda también su tesis en el régimen de publicidad registral de la sentencia de incapacitación. Resaltando que la inscripción no es constitutiva, y que los terceros que contraten con el declarado incapaz posteriormente pueden estar protegidos, entiende que la anotación de la demanda no tiene otra finalidad que la de avisar la posibilidad de un hecho a cuyos efectos habrá de estarse, si se comprueba su anunciada realidad. La doctrina común considera, por el contrario, que tiene como fin romper la buena fe del tercero cuando el negocio sea atacado por nulo.

Esta apoyatura de la tesis que se expone no es más que adjetiva y accesorio, porque la interpretación de la publicidad registral de que se trata depende de la tesis que se adopte sobre la sentencia de incapacitación. No hay precepto que exprese el carácter constitutivo de la inscripción de la sentencia en el Registro Civil, y el artículo 214 del Código civil español, no es más que una imposición al órgano judicial para que lleve a efecto el mandato legal de inscripción de todas las resoluciones que afecten a la incapacitación, y sabemos que inscripción constitutiva y obligatoria son conceptos distintos. Pero si se estima que la sentencia no produce efectos más que para el futuro porque es constitutiva, la doctrina común debe de ser mantenida. Por el contrario, si es declarativa en el

⁵³ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “*Capacidad jurídica y...cit.*”, p.5.

sentido propuesto por GORDILLO, lo lógico es su interpretación del valor de la inscripción de las resoluciones judiciales.⁵⁴

Estas disquisiciones han estado presentes en la jurisprudencia y la doctrina patria, habida cuenta que tampoco ha sido unánime la posición asumida por el Tribunal Supremo Popular de Cuba, ejemplo de ello son la sentencia No.34 de 31 de enero de 2007, en la ponencia de ACOSTA RICART, único Considerando, la que sin cortapisas ensalza el siguiente postulado: *“la declaración de incapacidad de una persona, como hecho jurídico, tiene ante todo un valor declarativo, es la finalidad de un proceso por el que se declara que una persona por determinadas causas no puede ejercer por sí sus derechos y acciones, o sea, que no posee por ello plena capacidad de obrar, de lo que se deriva que no es más que una declaración judicial sobre determinados hechos, a saber la falta de capacidad de esa persona”*. En semejante sede judicial expone criterio contrario la magistrada ARREDONDO SUÁREZ, mediante la sentencia No. 669 de 30 de septiembre de 2004, en su Segundo Considerando, cuando aduce: *“la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, que determina que mientras una persona no esté declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la declaración judicial al respecto, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna”*.

Avivada la polémica no puede desecharse la insoslayable opinión de PÉREZ GALLARDO en la doctrina nacional, quien al comentar la primera de las sentencias reseñadas con precedencia, discrepa y enfatiza:

“¿Qué valor debe atribuírsele a dicha declaración judicial? Sin dudas constitutivo, y en esto ha errado la Sala, cuando a manera de *ratio decidendi* para sustentar el por qué no resulta procedente conferírsele efectos *ex tunc* a la declaración judicial de incapacidad de una persona, intenta ofrecer una definición de lo que es la declaración de incapacidad de una persona, ubicándola en el terreno de los hechos jurídicos.

Su valor constitutivo predica, sus propios efectos *ex nunc* (...) Por ello, le compete al tribunal hacer sucumbir la regla ante circunstancias que

⁵⁴ *Idem*.

objetivamente demuestren la ausencia de capacidad en un sujeto, en tanto los actos anteriores concertados válidamente por terceros con el hoy incapacitado judicialmente, conservan plenitud de efectos jurídicos, al haber sido concertados u otorgados en un período en el que el sujeto estaba plenamente capaz, otro extremo no es posible colegir por el más mínimo respecto al principio de seguridad jurídica. Lo que importa es la existencia de plena capacidad jurídica en el momento de manifestar la voluntad en un acto jurídico, no lo que pueda sobrevenir después”⁵⁵.

En opinión de MORALES CASTRO, no puede irse a uno u otro extremo, ha de ponderarse tal y como lo hizo la segunda de las magistradas, puesto que es cierto que la declaración judicial de incapacidad cambia el estado civil de la persona, pero sin olvidar el significado procesal que tienen los términos constitutivos y declarativos en las resoluciones judiciales; creemos que tiene efectos constitutivos porque en realidad se ha creado una situación jurídica de contenido nuevo, cual es privar al presunto incapaz de la capacidad de obrar y con esto de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, y en consecuencia, de participar por sí mismo de la vida en relación; porque el juez crea una situación jurídica de contenido nuevo, que solo surtirá efectos partir de que la ha dictado, la que no puede tener eficacia retroactiva, debido a que no se busca una situación real existente desde el nacimiento del sujeto, lo que se pretende es una situación nueva a la que existía o preexistía; en tanto, la sentencia constituye un mecanismo de individualización, de especificación y actualización de la norma legal; a su vez, habrá de concedérsele efectos declarativos pues casi siempre declarar incapacitado a una persona, es una situación que no se presenta al unísono del procedimiento sustanciado en los Tribunales, o sea, la persona sufre el evento que en el orden fáctico lo priva de la capacidad de obrar, y ello se materializa *a posteriori* con el procedimiento legalmente establecido a esos efectos, y por ese sendero, evidente resulta que tendrá la resolución que acuerde incapacitar a una persona efectos declarativos, reconocedora de una situación que preexistía en el tiempo y a la que se aplica el derecho vigente, con la finalidad de producir un estado de certeza jurídica; además porque la separación de los efectos que producen las

⁵⁵ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo, “Intereses espurios y declaración judicial de incapacidad...*cit.*”, p.3097.

resoluciones jurídicas en el orden práctico ha de seccionarse con fines didácticos en diferentes categorías, pero resulta difícil encontrar en esa propia *praxis* sentencias en las que no converjan unos y otros efectos a la par.⁵⁶

Una excepción dentro de la legislación hispanoamericana es la sentencia de 30 de enero de 1995 del Tribunal Supremo español, se trataba de un juicio ordinario de menor cuantía contra varios demandados. En la contestación a la demanda se opuso la excepción de falta de personalidad del demandante por no tener capacidad de obrar, y la carga de probarlo correspondía a los que habían excepcionado. Para ello, con la consiguiente estimación de la excepción, fue decisivo el dictamen pericial psiquiátrico, en el que el médico consignaba las deficiencias psíquicas del demandante, afirmando que en el momento de la exploración era absolutamente incapaz de regir su persona y administrar sus bienes, y que esta incapacidad debía retrotraerse a un mínimo de año y medio a dos años. El informe estaba fechado el 11 de octubre de 1989 y la demanda el anterior 2 de mayo de 1989, por lo que en el momento de formulada el demandante era incapaz.

El demandante recurrió en casación la sentencia de la Audiencia, invocando infracción del artículo 199 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial que proclama que toda persona debe ser considerada como capaz mientras no se demuestre lo contrario. *El Tribunal supremo español dijo que para apreciar la carencia de tal capacidad no es preciso que se haya declarado judicialmente la incapacidad del interesado.* Además, aun partiendo de la premisa de la presunción de capacidad del actor, en los autos se ha acreditado su incapacidad.⁵⁷

El caso ecuatoriano discurre por semejantes caminos al cubano y para ilustrarnos de lo que acontece, analizaremos una reciente sentencia, la que puso fin al juicio 0120-2009, del Juzgado Tercero de lo Civil de Latacunga, fechada el 23 de septiembre de 2009. En dicho proceso, la madre de un mayor de edad que sufre retraso mental congénito que no le permite gobernarse ni administrar sus bienes, trámite que continuo de forma semejante a la existente

⁵⁶ Vid. MORALES CASTRO, Samuel, "La reasignación de sexo en los y las transexuales: un enfoque desde el Derecho", (inédito), Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, 2008, p.88, s.s.

⁵⁷ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, "Capacidad jurídica y...cit.", p.3.

en Cuba, con la práctica de los dictámenes periciales y el acuerdo de variar la curaduría del incapaz a favor de sus hermanos, habida cuenta que dada la avanzada edad de la promovente y madre del antedicho, según los artículos 478 al 489 del Código Civil ecuatoriano y se manda a la ejecutoria correspondiente en el Registro de la Propiedad de la región y a su publicación en uno de los periódicos de mayor circulación en la ciudad, así como mediante la fijación de carteles en tres parajes de los considerados más transitados en la región.

Motivos que nos inducen a procurar que el procedimiento existente en los sistemas normativos de base romano-francesa tienen una similitud en cuanto a la tramitación y requisitos a seguir para la declaración de incapacitación de las personas naturales.

2.3 Instituciones legales destinadas a complementar la carencia de capacidad de obrar

Es evidente la necesidad de restablecer la figura de la curatela como institución de guarda a las personas naturales en situación de capacidad restringida, a más de otros sujetos como los menores contemplados en el inciso a) del propio artículo 30 del Código Civil. La curatela, en esencia, es entendida 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. Su finalidad principal es la asistencia de las personas en actos que puede realizar *per se*, pero con el complemento del curador. En el Proyecto de Código de Familia que desde hace más de una década existe en nuestro país, se retoma la figura, estableciendo en su artículo 237: *“La curatela es la autoridad que se confiere, con carácter transitorio, a una persona mayor de edad para que complemente la capacidad de obrar de otra persona, en aquellos actos que la ley lo requiere, por razón de:*

- 1) *Edad;*
- 2) *Capacidad restringida, excepto los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela;*

- 3) *Prodigalidad;*
- 4) *Intereses contrapuestos.*⁵⁸

Cuando la persona con discapacidad se encuentra en situación de total incapacidad de obrar, por razón de su menor edad o, siendo mayor de edad en virtud de la correspondiente sentencia del órgano judicial, podrá participar en la vida jurídica a través de su representante legal que será el encargado de ejercitar sus derechos, velando siempre por el interés del representado.

El menor de edad estará sujeto a patria potestad y serán sus padres los encargados de ejercitar sus derechos y representarlo en los actos jurídicos que procedan. Para la mejor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, se prevé actualmente la posibilidad de prorrogar la patria potestad de los padres en casos de discapacitados severos antes de que estos arriben a la mayoría de edad. La figura no está regulada en nuestro vigente Código de Familia, pero se prevé también su inclusión en el Proyecto actual que se pretende lo sustituya.⁵⁹

Tanto para los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad como para los mayores de edad incapacitados, se determinará su participación en los actos jurídicos, mediante el tutor designado por el Tribunal competente, según las regulaciones previstas en el Código de Familia cubano Título IV y en el Código Civil ecuatoriano, artículo 367 y subsiguientes que norman la curaduría del demente y en cualquier caso se les designará un tutor o un curador. De igual forma lo hace el artículo 209 del Anteproyecto de Código de Familia.

La tutela y otras formas de guarda legal que pueden alcanzar a personas con discapacidades, han adquirido gran importancia en el tráfico jurídico contemporáneo dada la comprensión más o menos generalizada de la necesidad de proporcionar adecuada protección y atención a las personas incapacitadas.

Así, vienen recibiendo singular protagonismo las que se han denominado disposiciones y estipulaciones respecto a la propia incapacidad, destacando la doctrina, su indubitable trascendencia social y la multiplicidad de razones que

⁵⁸ *Apud* en Anteproyecto de Código de Familia, versión de 26 de mayo de 2008, coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas y la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

⁵⁹ *Vid.* VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "Acerca del ejercicio de la capacidad...*cit.*", p.21.

permiten aconsejar que una persona, antes de llegar a la incapacidad para autogobernarse y comunicarse, pueda prever aspectos variados de su existencia, utilizando, entre otras, la vía de la autodelación de la tutela o autotutela. Como expresión concreta de ese derecho, nada obsta para que una persona en previsión de su propia incapacidad, que pueda sobrevenir en el futuro, estando en su cabal juicio designe a quien considera debe ser su tutor e, incluso, nombre sustitutos para el caso de que esa persona designada no pueda o no quiera asumir la guarda tutelar, si bien este negocio unilateral de naturaleza no recepticia, tendrá una eficacia supeditada a la decisión judicial, pues en última instancia es el juez quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar en las legislaciones, como la nuestra, que reconocen una tutela bajo control judicial.⁶⁰

Esta institución jurídica ni está prohibida ni regulada en nuestro ordenamiento jurídico, el mencionado anteproyecto de Código de Familia, la ha contemplado. Sin embargo la regulación adolece de varias dificultades, por ejemplo, en el orden prelatorio de delación de la tutela en primer lugar, al propio incapacitado, a tono con la posibilidad de autodelación de la tutela que reconoce, no se hace referencia al documento que puede servirle de expresión formal, no se regula la posibilidad de excluir parientes del posible incapacitado del cargo de tutor (la llamada autotutela negativa o de exclusión), no se pronuncia en cuanto al registro de la institución.

Sin embargo, hay que destacar que dentro del régimen cubano de guardaduría hay inconsistencias, pues el legislador reguló la tutela fuera del régimen del marco de la patria potestad, aplicable solo a los mayores de edad, declarados judicialmente incapaces, para regir su persona y sus bienes, por diversas razones dentro de las que pueden citarse, la enajenación mental, la causa, por lo que a decir de ÁLVAREZ-TABÍO ALBO: “esa discrepancia sería salvada con la introducción de la curatela en nuestro ordenamiento jurídico”⁶¹

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Vid.* ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Evolución del concepto de la curatela. Discapacidad y curatela”, en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Libro Homenaje a la Dra. Olga Mesa Castillo, Leonardo Pérez Gallardo y Aida Kemelmajer de Carlucci, (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Mendoza, 2006, pp.607-632.

La propia autora cuestiona los fallos de tribunales en territorios cubanos que no consideran las gradaciones o modulaciones de la capacidad de obrar, habida cuenta que al declarar la incapacidad de obrar total en personas que no se encuentran en esa situación típica, desentonan con la realidad y lo que es más lamentable aún, crean supuestos de verdadera injusticia; ya hemos planteado con precedencia que se desenvuelve este procedimiento en el marco de la jurisdicción voluntaria, carente de *litis*, por lo que esa ausencia enrola a personas que poseen determinada capacidad, las que por fuerza deben acudir al procedimiento ordinario contencioso, que se ampara en el artículo 5, apartado segundo de la ley de trámites civiles y que inviste de competencia para ello, al Tribunal Municipal Popular correspondiente; proceso que permite que sea el presunto incapaz parte en el mismo y que la sentencia que ponga fin al litigio resuelva cada uno de los extremos que le impiden al implicado discernir con voluntad e inteligencia en determinados actos y a los que debe concurrir asistido de un tutor, en relación con el régimen que se avenga a esas circunstancias.

La esencia de la curatela es explicada en la doctrina a través de dos rasgos de casi unánime aceptación, el primero es que la curatela no descansa sobre la persona en sí misma, sino sobre el régimen patrimonial de aquella. Sin dudas, es el punto más debatido en el Derecho Comparado, ya que para no cometer injusticias o desatinos debe realizarse un análisis casuístico y personal. Ejemplos en el que esa situación queda clara, es para el de la prodigalidad, donde como es conocido el interés recae específicamente sobre los bienes y el patrimonio, y el mantenimiento de una administración moderada sobre aquel, de quien posee una tendencia natural al derroche. Cuando se trata de la curatela de menores emancipados, nada hay de disonante, por ejemplo, en pretender colaborar en el completamiento de su instrucción. La emancipación no deja de ser un mecanismo jurídico ficticio que obliga a estimar apto para regir su persona y bienes a un sujeto que, según las leyes del hombre y de la vida, no es todavía maduro.⁶²

⁶² *Idem.*

Supuesto diferente se verifica cuando la causa de incapacidad limitada es por razón de enfermedad o deficiencia psíquica o física, aquí el curador puede asistir al protegido por razones de índole personal, motivo que debe ser considerado por el legislador, y que ineluctablemente han de ser fijados en la sentencia en que se fije la restricción de la capacidad de obrar y se nombre el curador.

Con tremendo acierto ÁLVAREZ-TABÍO ALBO reconoce que son “múltiples los criterios que desaconsejan la posibilidad de la guarda personal del incapacitado en sede de curatela. Sea porque históricamente ha sido así concebida la curatela, sea porque se ha reservado de siempre como función propia de la tutela la atención a la persona del incapaz, sea porque el grado de discernimiento exigible en el cuartelado le hace capaz de regir su persona, sea que no puede existir curatela sólo de persona y sí tutela, sea porque la iniciativa siempre está en manos del incapacitado y no por definición en las del curador, o sea porque la función intrínseca de asistencia que compete al curador hace inviable la asunción de obligaciones en la esfera personal por carecer de los instrumentos para ello”⁶³.

Aun con la misión histórica que ha tenido esta figura en sede de Derecho Civil y Familiar dentro del Derecho Comparado, nada imposibilita que ante la realidad que se nos impone en el mundo actual, el Tribunal al fijar sus extremos en relación con la creación y los fines de esta institución, no vete la posibilidad de extenderla a ciertos aspectos personales, tales como: la sanidad y reinserción social del protegido, auxiliarle en la toma de decisiones en su vida familiar, como podría ser la concesión de autorización para adoptar, o decidir, previa autorización judicial, la procedencia de alguna medida terapéutica recomendada por el facultativo, e incluso, su internamiento. Lo contrario, estrecharía el abanico de posibilidades que esta flexible figura podría brindar en determinadas circunstancias. Atendiendo al carácter cíclico de una enfermedad, por ejemplo, la sentencia restringe el actuar del incapacitado a aquellos actos que excedan de una normal y regular administración de sus bienes y a todo acto de disposición; en esos intervalos de fase activa de la

⁶³ *Ibidem*.

enfermedad, bien podría necesitar de alguna asistencia emergente que involucre aspectos concernientes a su esfera personal y sería excesivo proveerle de tutela cuando la curatela sería bastante.⁶⁴

El segundo criterio definitorio de la naturaleza jurídica de la curatela es la imposibilidad de comportar una auténtica representación legal ni administración del patrimonio del protegido. El curador interviene en los actos que los sujetos destinatarios de la protección no puedan realizar por sí solos, definidos como tales por la ley o la sentencia de incapacitación. Su función esencial consiste en prestar su "...adhesión habilitante..." La curatela, atendiendo al grado de discernimiento del sujeto (incapacitación) o a la causa que provoca la curatela (prodigalidad) no implica la sustitución de la voluntad (representación legal) sino que consiste en un reforzamiento de ésta. La curatela tiene como presupuesto esencial la capacidad del sujeto, pero al estar limitada sea por orden de la ley o porque así lo defina en sus límites la sentencia de incapacitación, no se precisa de representación legal. Mas no toda la doctrina se muestra conteste con esta afirmación. Para GETE-ALONSO, "...el contenido de la curatela de los incapacitados tiene una flexibilidad que puede llevar a una función de guarda intermedia entre la tutela y la curatela consideradas de modo rígido...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."⁶⁵

A diferencia de lo que ocurre en Cuba, el Código Civil ecuatoriano si ha previsto ambas figuras la tutela y la curatela, reguladas en el Título XVII, artículo 367 y subsiguientes, es interesante la definición que ofrece este artículo de ambas instituciones, pues prevé: *"que son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueden darles la protección debida"*. Adviértase en la

⁶⁴ Criterios semejantes sostienen en la doctrina cubana PÉREZ GALLARDO y VALDÉS DÍAZ, quienes coinciden con la autora precitada en que la curatela podría incluirse por el legislador como institución protectora de la persona mayor de edad con capacidad restringida y que su esencia extravase el simple marco patrimonialista, para alternarlo con determinados aspectos personalistas.

⁶⁵ Vid. GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Colectivo de Autores dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XXIX, vol. 3º, Colección Edersa, Madrid, 1986, p.180.

regulación que complementa en los artículos que le siguen al comentado, que ambas instituciones se entienden no solo a los bienes sino a las personas sometidas a ella, tal y como dispone el artículo 369, e incluso define como curadores de bienes a una figura que se le ofrece a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los derechos eventuales del que está por nacer, artículo 372; asimismo, define a los adjuntos, los que se dan en ciertos casos, a la persona que están bajo potestad de padre, madre, o bajo tutela o curaduría general para que ejerzan una administración separada, artículo 373, y curador especial es el que nombra para un negocio particular; curador agregado que irrumpe cuando el tutor o curador designado judicialmente, alega que la complejidad de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, hacen que solicite se le agregue otro curador. E incluso regula la pluralidad de curadores para el caso de los patrimonios no divididos, artículo 376.⁶⁶

En esencia, son estas las instituciones más relevantes dentro del Derecho Comparado para asistir a las personas con capacidad restringida o con carencia total de capacidad, las cuales se han tenido que acomodar a las exigencias de nuestro tiempo, pese a tener un trasfondo histórico marcado y cumplimentar desde entonces hasta la actualidad, funciones que procuran el bienestar de las personas que así viven y su participación en la vida en relación.

⁶⁶ A esa disímil y depurada regulación no remitió la sentencia del juicio 0120/2009 citada *supra*.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La capacidad jurídica y de obrar han sido una institución jurídica cuya raíces más lejanas han de encontrarse en los ordenamientos jurídicos con base romano-francesa en las sociedades antiguas grecolatinas, con especial asiento en Roma donde a través de diferentes *status* de libertad, ciudadanía, y de familia se lograba alcanzar la plenitud para participar en la vida en relación, en el tráfico jurídico.

SEGUNDA: La capacidad jurídica presente en todos los seres humanos se asienta sobre el derecho a la libre determinación de la personalidad regulado en casi todos los textos constitucionales y con desarrollo en la normativa ordinaria; asimismo la capacidad de obrar o de goce, descansa en especiales aptitudes que han de poseer las personas naturales, en relación con la edad, la salud física y mental, la concertación de determinados actos jurídicos que impliquen emancipación y en general permitan al individuo discernir con inteligencia y voluntad. De ahí, que el propio legislador en los sistemas normativos de Derecho Comparado establezca determinados requisitos para alcanzar plena capacidad de obrar y en consecuencia, de ese mandato se deriva que la misma no concorra de forma homogénea en todas las personas, existiendo modulaciones para su adecuado ejercicio. I

TERCERA: La regulación de la capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y cubano establece determinadas gradaciones que discurren desde las personas que tienen plena capacidad de obrar, atravesando aquellas que poseen determinadas restricciones hasta los declarados judicialmente incapaces, sin que exista una normativa prístina que seccione los procedimientos en que han de ventilarse aquellas acciones en sede judicial correspondientes a personas que poseen capacidad restringida y los presuntamente incapaces en los que existen discrepancias entre parientes en el momento de solventar los procedimientos a esos efectos.

CUARTA: La declaración judicial de incapacidad constituye un procedimiento franqueado por el legislador cubano y ecuatoriano atinente a la jurisdicción voluntaria, y que recae en personas privadas totalmente de discernimiento con inteligencia y voluntad por diferentes causas físico-psíquicas, promovido por aquellos parientes más cercanos para encargarse del cuidado y apoyo del

incapaz y así completar su capacidad de obrar en la vida en relación. La resolución judicial que acuerda la declaración de incapacidad, amén de disquisiciones doctrinales existentes en el Derecho Comparado, posee tanto efectos declarativos, por reconocer una situación que preexistía en el tiempo y aplicar el derecho vigente subsumiéndola en la correspondiente norma, como constitutivos por crear el juez con su sentencia, una situación jurídica de contenido nuevo que alcanza su validez, una vez que se hace firme y que carece de efectos retroactivos en relación con actos jurídicos válidamente concertados por el ahora declarado incapaz.

QUINTA: Las diferentes fluctuaciones que existan en la capacidad de obrar en las personas naturales, originan la irrupción de instituciones jurídicas como la tutela para el caso de los menores de edad no sujetos a patria potestad y de los mayores de edad declarados judicialmente incapaces con el objetivo de ejercer las facultades necesarias para la protección de los bienes, las personas y su representación legal; regulada con ese carácter y fines en el ordenamiento jurídico cubano y ecuatoriano; no así la curatela presente en el sistema normativo ecuatoriano en múltiples variantes y omitido por el legislador en el cubano para el ejercicio de una autoridad con carácter transitorio por parte de una persona mayor de edad a favor de otra que debido a su edad o enfermedad posee discapacidad o capacidad restringida, y requiere de asistencia especial para regir sus bienes y su persona.

RECOMENDACIONES

En el orden normativo:

Se propone a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular y a la Asamblea Nacional Ecuatoriana

PRIMERA: Que se introduzca tanto en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano como en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económica cubana, un procedimiento especial destinado a solventar aquellos casos en que las personas se encuentran en circunstancias relativas a la capacidad restringida, con la consecuente acogida de la curatela como institución jurídica de asistencia y protección a estos seres humanos; la que deberá regularse en Cuba de acuerdo a lo previsto en el actual anteproyecto de Código de Familia, igualándola, como en la norma ecuatoriana, tanto a la protección de los intereses patrimoniales como a los personales.

SEGUNDA: Que se prescriba tanto en el ordenamiento jurídico cubano como en el ecuatoriano expresamente, en sus leyes de trámites civiles la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa cuando no se llegue a acuerdo entre parientes en la jurisdicción voluntaria en relación con la declaración judicial de incapacidad; introduciéndose en cada caso, los preceptos que correspondan para la regulación del ejercicio de la capacidad de obrar por parte de los discapacitados en ambas sociedades.

En el orden académico:

A los profesores e investigadores de universidades y centros especializados ecuatorianos y cubanos:

ÚNICA: Que se incentive tanto en las universidades y centros de investigaciones ecuatorianos como cubanos, los estudios multidisciplinarios en relación con las diferentes circunstancias que pueden conducir a la presencia de modulaciones en la capacidad de obrar de las personas naturales y la necesidad de regular y utilizar correctamente las instituciones jurídicas destinadas a la asistencia de esos seres humanos; actualizando la visión



histórica que se ha fraguado desde la antigüedad hasta nuestros días en relación con la tutela y la curatela, enfatizando en el carácter personalista que debe permear a ésta última, además del cuidado y protección del patrimonio del pupilo o protegido.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

1. _____, “Derecho Romano”, tomado del sitio www.rincondelvago.com, consultado el 20-1-2010.
2. _____, Por un mundo igual para todos, tomado de www.tq.educ.ar, consultado el 2-2-10
3. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen primero, Bosch, Barcelona, 1996.
4. _____, Compendio de Derecho Civil, Undécima edición, Librería Bosch, S.L, Barcelona, 2002.
5. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Evolución del concepto de la curatela. Discapacidad y curatela”, en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Libro Homenaje a la Dra. Olga Mesa Castillo, Leonardo Pérez Gallardo y Aida Kemelmajer de Carlucci, (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Mendoza, 2006.
6. CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho Civil. Parte General.*, Tomo I, Primera Parte, ENPES, U.H., La Habana, 1983.
7. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Cívitas, Madrid, 1984.
8. _____, *Derecho Civil de España*, tomo II, Parte Primera, Madrid, 1952.
9. DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, “La persona individual”, en *Derecho Civil. Parte General*, Caridad del Carmen Valdés Díaz, (coordinadora), editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
10. DIEZ PICAZO, Luís y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, TECNOS, Madrid, 1992.
11. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho Romano*, editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
12. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Persona, Personalidad, Capacidad y Sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, No.28, noviembre del 2001.
13. GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Colectivo de Autores dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XXIX, vol. 3º, Colección Edersa, Madrid, 1986.
14. GONZÁLEZ NIÑO, María Aurora, “Consecuencias jurídico-legales de la psicopatologías: la incapacitación civil”, tomado del sitio www.uninet.edu, consultado el 20-3-09.
15. GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, s.e, Madrid, 1986.
16. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, s.a.
17. HERNÁNDEZ DE LA TORRE, Maira C., Ileana M. ARIAS BORROTO y Carlos J. HERRERA GALLARDO, “La discapacidad. Su tratamiento en Cuba y la inserción laboral como forma superior de atención a estas personas”, (inérito), Ciego de Ávila, 2004.
18. LARROUMET, Christian, *Derecho Civil. Introducción al estudio del Derecho Privado*, 1.ª edición en español, Legis Editores, Bogotá, 2006.

19. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., *Código Civil, comentado y anotado*, VI, dirigido por Santos Cifuentes, La Ley, Buenos Aires, 2006.
20. MORALES CASTRO, Samuel, “La reasignación de sexo en los y las transexuales: un enfoque desde el Derecho”, (inédito), Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, 2008.
21. PÉREZ GALLARDO, Leonardo, “Intereses espurios y declaración judicial de incapacidad” (A propósito de la Sentencia núm. 34 de 31 de enero del 2007 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba), en Boletín de Información del Ministerio de Justicia español, 2007.
22. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1987.
23. RAPA ÁLVAREZ, Vicente, “La relación jurídica: categoría esencial en el nuevo Código Civil, en *Revista Jurídica*, año VI, No. 19, editada por el MINJUS, La Habana, abril-junio de 1998.
24. RIVAS CADENA, Leonardo, *Estudio del Libro IV del Código Civil ecuatoriano*, s.e, Quito, 1989.
25. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Acercas del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana”, *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Libro Homenaje a la Dra. Olga Mesa Castillo, Leonardo Pérez Gallardo y Aida Kemelmajer de Carlucci, (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Mendoza, 2006.
26. VILA-CORO, Dolores, *Introducción a la Biojurídica*, editado por la Universidad Complutense, Madrid, 1995.

FUENTES LEGALES

1. “Constitución de la República de Cuba”, Editora Política, La Habana, 1992.
2. “Constitución de la República de Ecuador”, Tribunal Supremo Electoral, Quito, 2008.
3. “Ley No.50/1985 de las Notarías Estatales”, impresa por el Ministerio de Justicia, agosto 1988.
4. “Ley No.51/1985 del Registro del Estado Civil”, impresa por el Ministerio de Justicia, agosto 1988.
5. “Código de Familia cubano”, impreso por el Ministerio de Justicia, La Habana, 1975.
6. “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico”, Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.
7. “Código Civil cubano, anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo”, ediciones ONBC, La Habana, 2007.
8. “Código Civil ecuatoriano, anotado y concordado”, tomo I, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, marzo de 2009.
9. “Código Civil español”, quinta edición, actualizada en septiembre de 2005, Ciencias Jurídicas, Madrid, 2005.
10. Anteproyecto de Código de Familia, versión de 26 de mayo de 2008, coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas y la Unión Nacional de Juristas de Cuba.
11. “Ley 9767 Régimen de protección legal a las personas discapacitadas”, tomada del sitio www.netzero.com., consultada 2-2-2010.



FUENTES JURISPRUDENCIALES

1. Sentencia No.714 del Tribunal Supremo Popular de Cuba, de 31 de octubre de 2003, *cit.pos*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Código Civil, anotado y concordado, ediciones ONBC, La Habana, 2007.
2. Sentencia No.669 del Tribunal Supremo Popular de Cuba, de 30 de septiembre de 2004, *cit.pos*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Código Civil, anotado y concordado, ediciones ONBC, La Habana, 2007.
3. Sentencia No.20 del Tribunal Supremo Popular de Cuba, de 28 de enero de 2005, *cit.pos*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Código Civil, anotado y concordado, ediciones ONBC, La Habana, 2007.
4. Sentencia No.832 del Tribunal Supremo Popular de Cuba, de 22 de diciembre de 2006, *cit.pos*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Código Civil, anotado y concordado, ediciones ONBC, La Habana, 2007.
5. Sentencia No.34 del Tribunal Supremo Popular de Cuba, de 31 de enero de 2007, *cit.pos*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Código Civil, anotado y concordado, ediciones ONBC, La Habana, 2007.
6. Sentencia No.727 del Tribunal Supremo Popular de Cuba, de 20 de octubre de 2004, *cit.pos*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Código Civil, anotado y concordado, ediciones ONBC, La Habana, 2007.
7. Sentencia del juicio No.0120-2009 del Juzgado Tercero de lo Civil de Latacunga, de 23 de septiembre de 2009, (original).