

La tutela y la curatela: mecanismos de tuición a los incapaces y discapacitados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

It guides her and the guardianship: custody mechanisms to the unable ones and discapacitados in the Ecuadorian juridical classification

Grisel GALIANO MARITAN*

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo valorar el régimen jurídico de la tutela y la curatela en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como instituciones de guarda y cuidado para los menores de edad y las personas con discapacidad. Para su realización se parte de la distinción que existe entre los términos discapacidad, incapacidad e incapacitación, cuya precisión es necesaria a los efectos de garantizar una mayor protección a este sector de personas vulnerables. Se realiza un estudio de estas instituciones desde la regulación de la normativa del Código Civil, a partir del cual se constata la necesidad de que se reformule este articulado, pues su concepción no se corresponde con el régimen jurídico actual de la protección de las personas incapacitadas, quienes además son discapacitados. Por último, también se constata la necesidad de integrar en la aplicación del articulado de la norma sustantiva civil, otras normas de protección como es la propia Constitución y la Ley Orgánica de Discapacidades. Para ello se utilizaron métodos de investigación que se aplican tanto en los estudios de las ciencias sociales como las ciencias jurídicas, entre ellos

* Máster en Derecho Civil por la Universidad de la Habana; Máster en Ciencias de la Educación Superior por la Universidad de Ciego de Ávila y Licenciada en Derecho por la Universidad de Camagüey, Cuba. Docente de Derecho Civil de la Carrera de Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad de Guayaquil, Ecuador, Contacto:<griselgaliano1986@gmail.com>. Fecha de recepción: 11/11/2018. Fecha de aprobación: 19/02/2019.

el análisis, síntesis, inducción y deducción, teórico-jurídico y exegetico analítico.

PALABRAS CLAVE: capacidad; incapacidad; discapacidad; tutores; curadores.

ABSTRACT: The present work has as objective to value the juridical régime of it guides her and the guardianship in the Ecuadorian juridical classification as guard institutions and care for those less than age and people with disability. For their realization he/she leaves of the distinction that exists among the terms disability, inability and handicap whose precision is necessary to the effects of guaranteeing a bigger protection to this sector of vulnerable people. He/she is carried out a study of these institutions from the regulation of the normative one of the Civil Code, starting from which the necessity is verified that you reformulate this articulate one, because its conception doesn't belong together with the current juridical régime of the protection of disabled people who you/they are also disabled. Lastly, the necessity is also verified of integrating in the application of the articulate one of the norm civil substantive, other protection norms like it is the own Constitution and the Organic Law of disabilities. For they were used it investigation methods that are applied so much in the studies of the social sciences as the juridical sciences, among them the analysis, synthesis, induction and deduction, theoretical-juridical and analytic exegetic.

KEYWORDS: capacity; inability; disability; tutors; healers.

I. INTRODUCCIÓN

La capacidad jurídica de la persona, y no la personalidad jurídica, es la condición que puede verse restringida en el supuesto de los discapacitados y los menores de edad. En estos casos, se limita la capacidad de obrar de estos sujetos, específicamente para la realización de determinados actos jurídicos. Dentro del término de incapaces, como reconoce el propio Código Civil ecuatoriano, (en lo adelante CC), se incluyen tanto las personas que han sido incapacitadas por la autoridad jurisdiccional competente, como otros sujetos, cual es el caso de los menores de edad. La presente investigación abordará desde un enfoque jurídico, la tutela y la curatela como mecanismos de guarda y cuidado para la protección de los derechos de los incapaces en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Los incapacitados son sujetos también de discapacidad, la discapacidad que presentan es de tal magnitud que le impide poder determinar el alcance de sus actos y participar de manera activa en la realización de sus actos jurídicos, por ello, como sujetos de derecho, necesitan medios que coadyuven a su realización dentro del ordenamiento jurídico, dentro de los cuales se encuentran la tutela y la curatela.

La tutela y la curatela no son los únicos medios que se reconocen para la protección de las personas incapacitadas, sin embargo, se pudiera afirmar que son los más antiguos. Sus antecedentes más remotos debemos encontrarlos en el Derecho Romano, ahí se encuentra su génesis, sin embargo, es necesario reconocer que el contenido y las formas de ejercicio han sido cambiadas o modificadas, especialmente a partir de la última década del pasado siglo. Si bien en sus inicios estos mecanismos fueron concebidos para la protección del patrimonio de las personas incapaces, el reconocimiento de determinados derechos a estas personas, según su capacidad, aunque sea limitada, impone nuevos retos a estas figuras.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la regulación de las figuras de la tutela y la curatela mantiene la concepción primigenia de su regulación. Esta se encuentra enfocada más en el patrimonio de la persona, que en esta como sujeto de Derecho, y, evidentemente, ello puede suponer en principio que la utilización de estas figuras pueda resquebrajar derechos de estos sujetos, sobre todo aquellos que han sido reconocidos en el texto constitucional y en otras leyes como la Ley Orgánica de Discapacidades.

El objetivo de este trabajo es valorar el régimen jurídico de la administración de los tutores y la protección de los derechos de los incapaces en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La visión que se persigue en este análisis parte esencialmente desde la concepción normativa de estas instituciones como figuras de guarda y cuidado que deben lograr una protección integral de la persona. Para su realización, se han aplicados métodos de investigación científica que se aplican tanto en los estudios de las ciencias sociales como las ciencias jurídicas, entre ellos el análisis, síntesis, inducción y deducción, teórico-jurídico, exegético analítico.

II. PERSONA Y PERSONALIDAD JURÍDICA

El Derecho, y específicamente el Derecho Civil, tienen como eje central a la persona, tanto natural como jurídica, pues se encarga de su amparo, defensa, y protección de toda la amplia gama de relaciones jurídicas civiles que realiza dentro de la sociedad.

Jurídicamente es persona todo ser a quien el Derecho acepta como miembro de la comunidad, pues como afirma Albaladejo,¹ tal acepción lleva consigo el reconocimiento de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, aptitud que le es reconocida como capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, poseedor de

¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil, Introducción y Parte General*, t. I, vol. I, Barcelona, Editorial Bosh, 1943, p. 213.

atributos y cualidades reconocidas por el Derecho, en tanto tipifican su dignidad humana.

La palabra persona nació en Roma, definiéndose como aquella especie humana a la cual el Derecho le reconoció atributos y cualidades. Por ello, se ha reconocido que todos los seres humanos somos personas, y cuando esa persona actúa en el marco de una relación jurídica concreta, se convierte en sujeto de Derecho, atribuyéndonos la cualidad de ser creadores de relaciones jurídicas determinadas².

De allí que se pueda afirmar que, a la persona, por el hecho de serlo, se le reconoce la capacidad legal para ser titular de derechos y obligaciones. *Empero*, no solo el hombre es considerado persona, pues el Derecho le reconoce tal denominación a los entes ficticios que se crean para que actúen en el mundo jurídico, cual es el caso de las personas jurídicas, reconocidas también como sujetos del Derecho Civil, a las cuales se le otorga un contenido y protección especial³.

En el orden jurídico, la persona natural tiene como atributo o cualidad esencial la personalidad, entendida esta como la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, reconociéndosele, por tanto, a todos por igual, sin distinción ni limitaciones⁴. Por ello se afirma que la personalidad es la irradiación jurídica de la persona, a la que el ordenamiento jurídico le otorga capacidad ju-

² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *¿Qué es persona para el derecho?* “*Derecho Privado*”, Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001. p. 3.

³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, *Comentarios al Código Civil Cubano: Tomo I: Disposiciones Preliminares; Libro Primero: Relación Jurídica*, vol. II, 2014, pp. 21-52.

⁴ DE CASTRO CID, Benito y MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, “Persona, personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar”, *Diecisiete lecciones de Teoría del Derecho: Manual adaptado al sistema del Espacio Europeo de Educación Superior*, 2011, pp. 137-146.

rídica; en tanto, toda persona, por el hecho de serlo la posee desde el comienzo y hasta el fin de su personalidad⁵.

A) LA PERSONALIDAD Y LA CAPACIDAD JURÍDICA ¿ACASO SINÓNIMOS?

Jurídicamente la persona tiene como condición esencial y consustancial a la personalidad, que consiste en la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Según Fernández Sessarego⁶, la personalidad es tan sólo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar manera de ser.

Ex profeso, todo ser humano al nacer adquiere personalidad, que solo va a perder después de su muerte, pues la personalidad nace con el nacimiento y se extingue con ella⁷. De tal suerte, se entiende por personalidad aquella aptitud del individuo que le permite contraer derechos, condición que le es inherente como ser humano, diferente claro está, al de capacidad jurídica, aunque este último es considerado como la puesta en práctica de la personalidad, baste pensar, como afirma Galiano Maritan, que la personalidad es un *quid* simple, mientras la capacidad es un *quantum* de la subjetividad jurídica⁸.

La capacidad por ser una categoría esencial para el Derecho, y en particular para el Derecho Civil, ha sido abordada por di-

⁵ GALIANO MARITAN, Grisel, “Reflexiones sobre las categorías persona, personalidad, capacidad y sujeto de Derecho”, *Revista Jurídica Derecho y Cambio Social*, Perú, Universidad de Palermo 2012, p. 5.

⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *op.cit.*, p. 4.

⁷ Este es el criterio seguido por el Código Civil cubano en su artículo 24.

⁸ GALIANO MARITAN, Grisel, “Reflexiones sobre las categorías persona, personalidad, capacidad y sujeto de Derecho”, en *Revista Jurídica Derecho y Cambio Social*, Perú, Universidad de Palermo, enero, 2013, p. 2. Disponible en: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ggmt4.html>>

versos autores de la doctrina civilista⁹. Para Hualde Sánchez es la aptitud o idoneidad (de la persona) para originar o dar vida a las relaciones jurídicas que activa o pasivamente le afecten¹⁰.

La capacidad es el reflejo del estado civil, pues como afirma acertadamente De Castro¹¹, se refiere a la cualidad jurídica de la persona que determina conforme a su estado la eficacia jurídica de sus actos.

Desconocer la capacidad sería negarle a la persona la posibilidad de formar parte de relaciones jurídicas, lo cual conduciría a un detrimento del interés social o el orden público, razón por la cual no se acepta la renuncia a ella como expresión de la autonomía privada, ni puede privarse de ella, en sentido general y abstracto a ningún individuo.

La capacidad es regulada en diferentes Códigos Civiles, por ejemplo, en el Código Civil argentino y el mexicano. El primero consagra que la capacidad y la incapacidad de las personas se rige por las leyes de su respectivo domicilio, ratificando ese principio el artículo 948, sin dejar lugar a dudas la armonía de la solución

⁹ Para ROGEL VIDE la capacidad es la aptitud de la persona para realizar actos con eficacia jurídica; la posibilidad, conferida a ésta, de producir con sus actos efectos jurídicos para sí misma y para su patrimonio. Ver ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de la persona*, Barcelona, Editorial Cálamo, 2002, p. 13. Según el criterio de DÍEZ PICAZO la capacidad de obrar “es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar por sí mismo con plena eficacia actos o negocios jurídicos o algún tipo de ellos. Ver DÍEZ PICAZO, Luis, y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 8ª ed., vol. I, Madrid, Tecnos, 1992, p. 224.

¹⁰ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *La personalidad jurídica, en Manual de Derecho Civil*, PUIG FERRIOL (coord.), Lluís, et. al., Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997, p. 109.

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas, 1952, p. 41.

que consagran las tres disposiciones en los artículos 6 y 7; igualmente el Código Civil de México regula que el estado y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio, existiendo consenso en estos códigos respecto al tema que se aborda.

En nuestra opinión, la personalidad y la capacidad jurídica son términos que coinciden desde una perspectiva estrictamente jurídica, pero resulta loable deslindarlos desde una perspectiva teórica, puesto que la personalidad emana de la persona, es consustancial a ella, en tanto, la capacidad jurídica se atribuye a las personas por la propia ley y se manifiesta como complemento y perfección de la personalidad jurídica.

B) DISCAPACIDAD, INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: ALGUNAS PRECISIONES

La discapacidad natural 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. El Derecho constituye un medio para la realización de los valores de la persona individual.

La personalidad jurídica permite el desarrollo en el ordenamiento jurídico de la persona, y su personalidad debe velar por su desarrollo más allá del estrecho margen impuesto por la norma; para ello toma como referencia el carácter tridimensional del Derecho, en el que convergen normas, valores y realidad social¹².

Se define entonces a la personalidad jurídica como uno de los elementos de la unión que encierra el concepto de persona, la

¹² ORDELÍN FONT, Jorge Luis, *¿Representación voluntaria de los derechos inherentes a la personalidad?: Consideraciones para un debate desde el ordenamiento jurídico cubano*, Editorial Universitas, 2013, pp. 243-279.

cualidad jurídico-formal, el hombre como sustrato, y los derechos y obligaciones contenidos en la norma como poder jurídico¹³

Según Valdés Díaz, este concepto no es más que la cualidad abstracta que tiene la persona, como ente, para adquirir derechos y obligaciones, reconocida por el ordenamiento jurídico y que se ostenta por el sólo hecho de ser persona independientemente de las cualidades o características físicas o psíquicas del individuo¹⁴. Muy relacionado con este término encontramos el de capacidad jurídica, manifestación inmediata de la personalidad, la cualidad para ser titular de relaciones jurídicas.

Frente a un concepto abstracto de capacidad jurídica como potencialidad para que las personas puedan ser titulares de derechos y obligaciones, existe una capacidad de obrar que está relacionada con la actuación de actos concretos, y en dependencia de este tipo de actos puede verse restringida, sobre todo en aquellos supuestos en los cuales existe algún tipo de limitación física, sensorial o motora¹⁵. La capacidad jurídica está muy relacionada con términos como discapacidad, incapacidad e incapacitación.

La capacidad legal no se manifiesta por igual en todos los individuos, pues estos pueden encontrarse en cualquiera de los estadios reconocidos por la norma, así las personas pueden ser plenamente capaces; otros pueden ser incapaces relativos; o, por último, plenamente incapaces. La norma sustantiva civil ecuatoriana en su artículo 1462 establece que toda persona es capaz, excepto las que la ley declara incapaces, con lo cual se interpreta que

¹³ DÍAZ, Justina M., *Derechos personalísimos en la bioética*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, (s.f.). Disponible en <www.porta-lacademico.derecho.uba.ar/.../asig_catedras_doc_curr.asp>

¹⁴ VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, 2007, pp. 461-506.

¹⁵ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, José Miguel, *Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Thompson Arazandi, 2003, p. 111.

está haciendo alusión al principio general de presunción de capacidad, pues solo la ley podrá decidir a quienes declara incapaces.

Seguidamente el artículo 1463 declara absolutamente incapaces a los dementes, los impúberes, y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas, señalando que sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y, por tanto, no admiten caución¹⁶.

El propio artículo reconoce en su segundo párrafo, como incapaces relativos a los menores adultos, a los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas, declarando que sus actos tendrán valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Por último, se refiere a las incapacidades especiales o particulares, que serán aquellas prohibiciones que la ley ha impuesto a ciertas, que son capaces para ejecutar toda clase de actos, pero sin embargo, son inhábiles para realizar otros que la ley expresamente prohíbe, como es el caso de los tutores o curadores a quienes no es lícito, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipotecas o servidumbre; a los cónyuges para venderse los bienes entre sí; y entre padres e hijos cuando estos sean menores de edad, entre otros¹⁷ (*Vid.* artículo 1735 del CC).

La discapacidad, según la Organización Mundial de la Salud se entiende como aquella limitación o ausencia de la capacidad para desarrollar cualquier tipo de actividad en la forma normal que cualquier ser humano la pudiera desarrollar.

De forma similar al concepto brindado por la OMS para la Ley Orgánica de Discapacidades de Ecuador, la define como aquella insuficiencia que tiene cualquier persona como resultado de sus limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales,

¹⁶ En relación con el artículo 1463 del Código Civil ecuatoriano, Ver Artículo 21 del propio texto legal.

¹⁷ Sobre estas incapacidades especiales: cfr. artículos 1735 al 1739 del Código Civil.

independientemente de la causa de origen, restringiéndose con ello de forma permanente su capacidad biológica, sicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria; mientras que se considera persona con deficiencia o condición discapacitante, a toda aquella que presenta una disminución temporal de sus capacidades físicas, sensoriales o intelectuales, las cuales se traducen en defectos, incoherencias, o cualquier otra dificultad que le impida desplazarse, oír y/o ver, comunicarse, o integrarse a las actividades esenciales de la vida diaria limitando el desempeño de sus capacidades; y, en consecuencia el goce y ejercicio pleno de sus derechos.

El hecho de que una persona sea discapacitada (o con capacidades especiales, como se ha preferido denominar en la actualidad), no significa que se considere una persona incapacitada o que se carezca de capacidad de obrar. Una persona puede carecer de aptitud para el movimiento, la comunicación, su propio cuidado u otras actividades, y ello no implica necesariamente su ineptitud para el ejercicio de los derechos o la realización de cualquier acto jurídico. Es totalmente factible ser discapacitado y tener plena capacidad de obrar cuando la deficiencia no afecta la capacidad de comprensión y el entendimiento.

La incapacidad, que suele confundirse con la discapacidad, es una situación de hecho, provocada por el padecimiento de una enfermedad o deficiencia física o psíquica, de carácter permanente, que priva a algunas personas de su capacidad de obrar, o sea, es la imposibilidad de ejercer por sí los derechos y obligaciones de los cuales se es titular, al no poder regir su persona y sus bienes o la manifestación clara e inequívoca de voluntad.

La discapacidad mental es la más lamentable de las discapacidades, pues afecta la capacidad de las personas y en dependencia del grado que presenten, se hace necesario que la persona se declare imposibilitada para regir su patrimonio y persona, por lo que necesita de la presencia de una persona que lo represente en todo acto que quiera realizar, evitando con ello que se afecte su bienestar y seguridad jurídica.

Las personas que padecen una discapacidad psíquica, no siempre tienen que ser declarados incapaz, por tanto, la necesidad de esta declaración estará en dependencia del tipo de enfermedad y el grado que presente la misma, pues no toda discapacidad conlleva a una incapacidad.

La incapacidad, al decir de Gete Alonso, no es más que “una limitación sobrevenida de la capacidad de obrar de la persona, suponiendo una limitación al desarrollo de la personalidad y al ejercicio de los derechos que le asisten, específicamente la igualdad y libertad”¹⁸.

Existen enfermedades psíquicas que afectan la posibilidad de análisis y razonamiento, pero no provocan la pérdida total de la comprensión, por ello, es necesario que el proceso de declaración de incapacidad o incapacitación esté guiado por la asistencia de especialistas y peritos que afirmen el estado de la persona para que puedan aseverar que se les hace imposible comprender totalmente el alcance de sus acciones, por lo que necesitan de una persona que vele y responda por ellos.

Esta discapacidad, la psíquica, es la que más relación tiene con la capacidad natural, o sea con la capacidad de derecho como la aptitud para la titularidad de los deberes y derechos. No siempre al discapacitado hay que incapacitarlo judicialmente, ni tan siquiera restringirle el ejercicio de su capacidad de obrar, ello queda al arbitrio judicial cuando se pretenda la promoción de una demanda en tal sentido; siempre en el entendido de que la capacidad se presume, salvo prueba en contrario.

El principal efecto de la incapacitación es el establecimiento de un régimen de guarda legal establecido en la sentencia de incapacitación¹⁹. Este régimen está conformado por una serie de herramientas y mecanismos proporcionales y adaptados a las circunstancias de las personas que son discapacitadas y también in-

¹⁸ GETE ALONSO, María del Carmen, *Manual de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997, p. 155.

¹⁹ MARTÍNEZ SANCHEZ, José Miguel, *op.cit.*, p. 149.

capacitados. Dentro de estos mecanismos se encuentra la tutela y la curatela.

C) INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA PROTECCIÓN DE LOS DISCAPACITADOS

El concepto de discapacidad fue acuñado por primera vez en la década de los setenta, por lo que se puede afirmar que es relativamente reciente. Los primeros estudios sobre el tema proliferaron con las primeras de declaraciones de derechos, cuando la discapacidad comenzó a estudiarse como un tema trascendental de los derechos humanos.

El tema de la discapacidad ha sido de gran preocupación para los países debido a que todos los días aumentan las cifras de manera ascendente, la ONU estima que actualmente hay 500 millones de personas con discapacidades en el mundo, este número aumenta cada año como consecuencia de diversos factores: la guerra, la destrucción, las condiciones de vida insalubres y la falta de conocimiento acerca de la discapacidad.

La Organización de Naciones Unidas simboliza las acciones más significativas protagonizadas por la Carta Internacional de Derechos Humanos, la ONU también enunció el primer documento específico relacionado con la discapacidad en la llamada Declaración de los Derechos del Retrasado Mental en 1971.

Una década de grandes avances en el establecimiento de políticas internacionales procedentes de las personas con discapacidad fue en el año 1980, fue así como en 1981 la Asamblea General declaró el primer año internacional de las personas discapacitadas. Del mismo modo, éste fue seguido por el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad en 1982 y la década de las personas discapacitadas en 1983-1992. En los años 90 se realizaron numerosas reuniones y entrevistas donde se abordaron temáticas concernientes a los derechos de los discapacitados y se abogó por la necesidad de instrumentos protectores.

El 3 de diciembre de cada año se celebra el día internacional de las personas con discapacidad con el objetivo de fomentar una mayor integración de las mismas en la sociedad, aquí también juega un papel primordial la Organización Mundial de la Salud (OMS), que tiene como misión mejorar la calidad de vida de esas personas mediante actividades nacionales, regionales y mundiales con el fin de promover la toma de conciencia sobre la magnitud y las consecuencias del problema.

El 13 de diciembre de 2006 fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,²⁰ que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, la cual tiene un contenido amplio e integral con el fin de promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, señalando un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad a partir de los principios rectores que desarrolla²¹.¹

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha marcado un hito importante en la defensa de los derechos de las personas con discapaci-

²⁰ La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad constituye el primer instrumento de derechos humanos del siglo XXI y la primera convención de derechos humanos que se abre a la firma de organizaciones regionales de integración.

²¹ Los principios rectores que desarrollan son: la dignidad que le es inherente a todo ser humano, la autonomía privada, que incluye la libertad de tomar decisiones y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. GONZÁLEZ FERRER, Yamila, *Un acercamiento a los derechos, la salud y la educación de las personas con discapacidad, Discapacidad y Derecho Civil en Cuba*, Cuba, Editorial Dykinson, 2015, pp. 1-192.

dad, estableciendo como una obligación del derecho internacional para todos los estados la necesaria protección de estas personas en las normas que regulan el derecho nacional de cada país, bajo la premisa de considerarlos como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y de protección social.

La Convención es un complemento de los tratados internacionales ya vigentes sobre los derechos humanos. Señala los ámbitos en los que es necesario llevar a cabo adaptaciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos y establece asimismo normas mínimas de carácter universal que deben aplicarse a todas las personas y que sientan las bases para crear un marco coherente con miras a la actuación.

En nuestra opinión, la Convención constituye un paso de avance en cuanto a la protección de las personas con discapacidad, al imponerle a los Estados signatarios la obligación de propiciar medidas que le proporcionen el acceso al apoyo que necesitan para el ejercicio efectivo de su capacidad, además de contribuir a que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Ecuador, desde el ordenamiento jurídico, ampara a las personas con discapacidad y a sus familiares, y así se proyecta en varias de las normas legales vigentes, cuales son: la Constitución de la República del 2008 como norma suprema; la Ley Orgánica de Discapacidades del año 2012 y su Reglamento; la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la ONU en el año 2006; y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA en el año 1999.

Los derechos de estas personas han sido considerados en la elaboración e implementación de los Planes Nacionales del Buen Vivir que, a menos de una década se han implementado en el Ecuador, ellos son los correspondientes a los períodos 2009-2013 y 2013-2017 (Plan Nacional para el Buen Vivir), y el Plan 2017-2021 (Toda una Vida). Paralelamente, se han creado instrumentos de planificación específicos que hacen posible la protección de las

personas discapacitadas, tal es el caso de la Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades con la participación de organismos y entidades del Estado, sector privado y la sociedad civil, y el aval de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES a través de sus Direcciones de Políticas Públicas y Reforma Democrática del Estado.

III. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS INCAPACES Y DISCAPACITADOS: NECESIDAD DE SU COMPLEMENTO

La figura representativa constituye un paso de avance y pieza clave con respecto a los incapaces y discapacitados para actuar en el mundo jurídico, pues mediante su puesta en práctica se protegen los derechos de estas personas que pueden actuar en las relaciones jurídicas a través de sus representantes²².

Para Fernández Martínez²³, la representación es la autorización concedida por la ley o por una persona interesada mediante un acto jurídico, en virtud de la cual el representante tiene facultades para sustituir al representado y ocupar su lugar como sujeto de la relación jurídica. La actuación del representante vale como si fuese del representado, atribuyéndosele a éste, en cuya cabeza se producen todos sus efectos. Resulta evidentemente distinto el obrar en nombre de otro, que obrar bajo el nombre de otro como

²² En el Derecho existen dos actos jurídicos que, de manera general, no admiten la representación: el reconocimiento de un hijo extramatrimonial y la facultad de testar.

²³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, “La representación”, en VALDÉS DÍAZ, *Derecho Civil, Parte General*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006, p. 275. El Código Civil de Ecuador en su artículo 1464 define la representación como aquella figura jurídica mediante la cual, lo que ejecuta una persona a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si se hubiese contratado con él mismo.

afirma acertadamente Albaladejo, en un caso hay representación y en el otro falsificación o suplantación²⁴.

La representación puede ser voluntaria o legal. La primera consiste en la autorización concedida a una persona (representado) a otra (representante) para que actúe por su cuenta. La voluntad del interesado (representado) depende no solo el nombrar representante, sino también el elegir al sujeto que haya de serlo. Este fenómeno ha sido llamado por la doctrina representación directa. Los requisitos para que la persona pueda celebrar como representante directo un negocio eficaz para otra son: obrar en nombre del representado y por cuenta de otro *contemplatio domini* y, obrar con poder bastante o suficiente.

Hay representación sin poder cuando el sujeto actúa sin poder conferido, se extralimita de las facultades conferidas a él, o cuando el sujeto tenía poder, pero al momento de actuar éste se había extinguido, es representación indirecta porque se actúa en interés ajeno y a nombre propio, por ello se discute tanto en la doctrina como en la jurisprudencia actual si existe vínculo entre el representado y el tercero.

La representación legal es la autorización concedida por la ley para que una persona actúe en nombre y en interés de otro sujeto.²⁵ Se caracteriza por el hecho de que su origen se encuentra en la ley y no en la voluntad del representado. Esta persona es incapaz para la realización de actos jurídicos, bien por la edad, enfermedad, por ser un impedido (ausente) o representar ciertos bienes o negocios cuya gestión se le confía al *nasciturus*.

Para Díez-Picazo y Gullón²⁶ la representación legal tiene como principales objetivos suplir la imposibilidad jurídica de ac-

²⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La representación*, en Anuario de Derecho Civil, t. XI, Fascículo III, julio-septiembre, Madrid, Ministerio de Justicia y Publicaciones Científicas, 1958, p. 767.

²⁵ El Código Civil de Ecuador cubano reconoce la representación legal en los artículos 367 al 563 al regular todo lo referente a la tutela y la curatela.

²⁶ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, p. 15.

tuación de la persona, o simplemente el medio idóneo para evitar el desamparo de bienes cuyo titular no se encuentra en condiciones para asumir por sí mismo su gobierno. El representante es el único autor del negocio, la única voluntad a tener en cuenta es la suya, por tanto el negocio no lo puede hacer por sí mismo, la única posibilidad de actuación es mediante el representante.

El Código Civil de Ecuador regula la representación en su artículo 1464, y mediante ese mismo precepto reconoce la representación voluntaria y la representación legal, a la cual nos referimos *ut supra*.

Algunos códigos civiles foráneos no definen la figura representativa, por ejemplo, el Código Civil italiano no define la representación, pero la regula en el Capítulo VI del libro cuarto a partir del artículo 1387. El Código Civil español no define la figura de la representación, pero se refiere a ella en el Título II, Capítulo Primero, del Libro IV, artículo 1259 cuando señala: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro porque no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

Las instituciones tuitivas como la tutela y la curatela constituyen formas de representación legal de gran importancia para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues permiten la participación en el ámbito jurídico de los menores de edad y los mayores declarados judicialmente incapaces, a través de sus representantes, los que tiene a su cargo el cuidado y protección de los mismos, además de asistirlos en todos los actos civiles y en la administración de sus bienes.

En el trabajo se han analizado los conceptos jurídicos de capacidad, incapacidad y discapacidad, los que actualmente adquieren relevancia para el Derecho Civil. En el caso de la capacidad legal, es reconocida a la persona por su condición de tal, *empero*, la capacidad de obrar hace referencia a la posibilidad de realizar actos jurídicos eficaces. Por ello, a *contrario sensu*, la capacidad de

obrar no es principal, sino que se manifiesta en dependencia de las características de cada individuo, en tanto se puede carecer totalmente de ella; o estar limitada para realización de determinado acto jurídico civil.

La discapacidad, no supone precisamente la incapacidad, que solo procedería cuando se pruebe aquella mediante sentencia judicial, en tanto, la discapacidad es definida como aquella restricción de la persona para efectuar cualquier actividad en forma normal, como cualquier otro ser humano. No afecta, o no debe afectar, 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.

La capacidad jurídica se presume plena y todas las personas gozan de ella como regla general, sin embargo, hay personas que por razón de su edad o de una enfermedad física o mental, pueden carecer totalmente de ella o tenerla limitada para el ejercicio de sus derechos. En tal circunstancia, se hace necesaria la representación legal con el fin de que puedan actuar de forma inequívoca en el ámbito jurídico, para lo cual el Derecho prevé la tutela y la curatela para suplir esa falta de capacidad.

IV. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO: LA TUTELA Y LA CURATELA

El concepto de tutela aparece en el Derecho Romano²⁷ y fue definido por el jurisconsulto Servio Sulpicio como aquel poder que

²⁷ En el Derecho Romano existía la tutela de los impúberes y tutela perpetua de la mujer. En el caso de la tutela de los impúberes se designaba por un testador, por la ley o un por el magistrado, por razón de lo cual la tutela se consideraba testamentaria, legítima en el segundo caso y dativa el tercero. En el caso de la mujer la tutela se ejercía para completar su capacidad cuando

se ejercía sobre una persona libre para proteger al que por motivo de edad no pudiera defenderse por sí mismo. La tutela supone la existencia de un incapaz que, a su vez, es *sui iuris*, pues de serlo *alieni* estaba completada su incapacidad.

La tutela es una institución de guarda cuyo contenido es esencialmente personal y patrimonial, así refiere Peral Collado al definirla como aquella figura cuyo principal objetivo es la defensa y el cuidado de las personas y el patrimonio de los que, por su incapacidad legal, están imposibilitados de gobernarse²⁸.

Para Lacruz Berdejo²⁹, es la institución jurídica que se confiere a un ciudadano en la plenitud de sus derechos para que ejerza a favor del menor de edad no sujeto a patria potestad, o del mayor de edad declarado judicialmente incapaz, el cuidado, protección, representación y administración de sus bienes, estableciéndose una relación cuasi-familiar (similar a las parentales) entre tutor y tutelado.

Según Manresa Navarro³⁰ se considera como todas aquellas facultades y deberes que se le asignan por ley a cualquier persona cuando se encuentre en el goce de su plena capacidad legal, para sustituir la carencia de los menores o incapacitados que no se encuentren bajo el régimen de patria potestad, para cuidar de su persona y paralelamente de sus bienes.

En nuestra opinión, la tutela es la potestad que por mandato legal se le otorga a una persona capaz, en beneficio de otra declarada judicialmente incapaz, o de un menor de edad, para dirigir, educar, cuidar su integridad física, moral, además de representar-

efectuaba actos fundamentalmente económicos, pero incluso, esto fue limitado con el tiempo. Ver FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *op. cit.*, p. 83 y ss.

²⁸ PERAL COLLADO, Daniel, *Derecho de Familia*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1984, p. 144.

²⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis *et. al.*, *Derecho de Familia*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1997, p. 487.

³⁰ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, t. II, 5ª ed., Reus, Madrid, 1925, p. 184.

lo en los actos civiles y administrar sus bienes como remedio de la incapacidad que presentan.

Cualquiera que sea el origen de la tutela, lo cierto es que esta constituye la medida de protección de incapacitados y menores por excelencia³¹. Como institución jurídica defiere una protección integral al tener como finalidad la guarda, cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los incapaces o menores de edad, en los supuestos que lo necesiten.

La curatela por su parte, es una institución de guarda con rai-gambre en el Derecho Romano, que surgió de la ley de las XII tablas, mediante la cual se realizaba un encargo de administración de cualquier tipo, tanto pública como de patrimonios privados.³² (...) No se puede decir que la curatela es una institución única; representa más bien un conjunto de instituciones, que tienen por carácter común la *gestio* de un patrimonio perteneciente a un sujeto, al cual no se le permite administrarlo por sí mismo”³³

Se afirma que se encarga de tutelar situaciones no permanentes, destinada a todos aquellos actos para los que se requiere un complemento de su capacidad, no porque carezcan de ella, sino porque la tienen limitada o insuficiente³⁴.

³¹ Cfr. ZURITA MARTÍN, Isabel, “Guarda legal de personas incapaces y de hijos mayores incapacitados”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre, 2015, pp. 107-140.

³² D’ORS, Álvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1975, p. 165.

³³ BOFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano II*, Madrid, Instituto Editorial, 1965, p. 59.

³⁴ ÁLVAREZ-TABÍO, Ana María, *Evolución del concepto de curatela. Discapacidad y curatela*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B (Coords.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, p. 382.

La curatela es una institución jurídica que ha sido objeto de estudio por diversos estudios e investigadores del Derecho Civil y de Familia, por lo que es difícil acotarla en una definición que incluya todos los matices³⁵. Para Pérez Gallardo³⁶ consiste en el auxilio que se le presta a una persona, pero que se distingue de la tutela por su propio contenido, pues el sujeto sometido a ella no carece necesariamente de capacidad, sino que necesita de asistencia para la realización de actos jurídicos patrimoniales para los cuales necesitará de un curador que lo asista y represente.

El régimen jurídico que la caracteriza es de ayuda y cautela, de amparo para cada caso en concreto, en función de sus particularidades y en dependencia de la falta de capacidad que posea, la cual deberá ser complementada fundamentalmente en el ámbito patrimonial, pero no obligatoriamente restringido a él.

En este sentido, Guilarte Martín³⁷ alega que es una institución tutelar de carácter estable que se utiliza para asistir a todos aquellos que no pueden actuar por sí solos, facilitándoles, en tal caso, un curador que completará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o en la sentencia.

La curatela como afirma Lacruz Berdejo,³⁸ no tiene por objeto suplirla capacidad de obrar de aquellos que no la tienen, sino, en cambio, complementar la capacidad de aquellos que, teniéndola, necesitan de asistencia para el ejercicio de determinados actos patrimoniales.

³⁵ MUNAR BERNAT, Pedro A, *La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad*; Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 121-152.

³⁶ PÉREZ GALLARDO, Leonardo, “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2006, pp. 51-106.

³⁷ GUILARTE MARTIN, Cristina, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, p. 113

³⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *El nuevo régimen de la familia. La tutela y otras instituciones afines*, Madrid, Editorial Civitas 1984, p. 141.

Su régimen jurídico siempre será de asistencia o vigilancia, de protección a cada caso concreto atendiendo a la intensidad de la deficiencia que afecta la capacidad de obrar. Por tanto, la curatela del discapacitado intelectual no puede recibir jurídicamente el mismo tratamiento a la de otros supuestos como edad o enfermedad, pues a veces exige mayor intervención del curador en aquellos asuntos del incapacitado, para proteger y dirigir adecuadamente sus intereses.

Sin dudas, constituye el medio idóneo para proteger a las personas afectadas por una discapacidad intelectual no grave, independientemente de su origen, tales como: enfermedades mentales de carácter cíclico; alguna debilidad mental o limitación física como consecuencia de la avanzada edad; trastornos cerebrales y medulares provocados por cualquier tipo de accidentes; la enfermedad de Alzheimer; depresiones graves; esquizofrenias; trastornos bipolares; consumo de alcohol; trastornos obsesivos compulsivos; o alguna minusvalía de carácter persistente que, en todo caso, impida a la persona gobernarse plenamente por sí misma.

Así se concluye que, la curatela se encarga de complementar la capacidad del curatelado en actos que puede realizar *per se*, pero con el complemento del curador, en virtud de su contenido asistencial que precisamente se distingue de la tutela por la delimitación de su función o porque el sujeto a ella no carece de capacidad.

A) DE LAS CLASES DE TUTELA Y CURATELA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL DE ECUADOR

El Código Civil de Ecuador reconoce las siguientes clases de tutela y curatela en sus artículos 382 al 397, en tal sentido se reconocen:

1. De la Tutela o curaduría testamentaria: es aquella que tiene su origen en el acto de última voluntad de los padres, mediante el cual, el padre o la madre pueden designar tutor, por testamento, a los hijos que no estuvieren bajo patria potestad al momento de hacerse efectivo este. Sin embargo, si estuvie-

ren bajo patria potestad, pueden darle curador adjunto (*Vid.* artículo 382 del Código Civil).

2. De la tutela o curaduría legítima: Esta clase de tutela tiene lugar cuando falta o expira la tutela o curaduría testamentaria, aplicándose cuando aún, encontrándose vivos los padres, el menor de edad es emancipado; o cuando mediante sentencia de un juez estos son suspendidos de la patria potestad. Esta clase de tutela o curaduría es aplicada mediante un orden de preferencia establecido en la ley. Según el Código Civil de Ecuador, serán llamados a tutela o curaduría legítima el padre del menor; la madre; los demás ascendientes; y, los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo.

En el supuesto que no tuviera lugar la guarda de los progenitores, el juez, una vez escuchado a los parientes del pupilo, optará entre los demás ascendientes, y a falta de estos, tendrá en cuenta la opinión de los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones (*Vid.* artículo 392 y 393 del Código Civil).

3. De la Tutela legítima: el orden de preferencia para diferirla se establece en la ley. Tiene carácter subsidiario, ya que este orden de preferencia recogido en el ordenamiento legal regirá al no haber designado los padres un tutor testamentario, por supuesto en aquellos países donde se regula este último tipo de tutela (*Vid.* artículo 392 del CC).

4. De la Tutela o curaduría dativa: Tiene lugar solo a falta de otra tutela o curaduría, entiéndase las mencionadas anteriormente. Corresponderá al juez para la elección del tutor o curador dativo, oír a los parientes del pupilo, y podrá, en caso necesario, nombrar dos o más, y dividir entre ellos las funciones, como en el caso del artículo 389. En el caso de que hubiere curador adjunto, podrá el juez preferirle para la tutela o curaduría dativa (*Vid.* artículos 395 al 397 del CC).

En el caso de la autotutela, no es considerada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no obstante, se trata de una clase de tutela en la que las personas capaces tienen la posibilidad de adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación, y alterar el orden de delación de la tutela³⁹; lo que permite preferir como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado. Si bien ello no significa que se vea modificado la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado, pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación⁴⁰.

B) LA TUTELA Y LA CURATELA. PRINCIPALES DIFERENCIAS

La tutela y la curatela, al ser figuras de tuición, guardan estrecha similitud, pero de su contenido se desprenden marcadas diferencias que no podemos desdeñar en esta investigación.

En primer lugar, en la tutela está implícita la cooperación del tutor en la celebración de actos jurídicos, a la cual podría ir unido la *gestio*, pero sin que ella fuera necesaria; mientras que en la curatela, la *gestio* o administración de los bienes y celebración de actos jurídicos en nombre y sin intervención del pupilo es esencial.⁴¹ La curatela es una figura que complementa la tutela, y que no tiene

³⁹ Sobre la autotutela, Cfr. GALIANO MARITAN, Grisel, “La autotutela como mecanismo de autoprotección ante una eventual incapacidad”, en *Revista Ambiente Jurídico*, núm. 14, Universidad de Manizales, Colombia, diciembre 2013, pp. 57-70.

⁴⁰ BELLO JANEIRO, Domingo, *Una mirada crítica sobre la regulación de la autotutela*, La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad, pp. 355-412.

⁴¹ GALIANO MARITAN, Grisel, “La tutela y la curatela. Propositiones de lege referenda en el ámbito civil y familiar cubano”, *Revista Derecho y Cambio Social*, Universidad de Palermo, Perú, núm. 29, 2012, pp. 4 y 5, Disponible en:

<<http://www.derechocambiosocial.com/revista029/tutelaycuratela.pdf>> (23 de febrero de 2015).

como objeto la guarda de la persona, ni siquiera de los bienes, sino solamente el complemento de la capacidad de obrar de aquellas personas que no la tienen, y por ende, tampoco están sometidos al régimen de patria potestad.

En la curatela, a diferencia de la tutela no es requisito suplantar la capacidad del curatelado, sino complementarla de forma transitoria y para los actos legales que se requiera por ley, por lo que se afirma que su aplicación es más restringida que en el caso de la tutela, pues no se utiliza a los fines de ejercer vigilancia y cuidado general sobre el necesitado.

En la tutela existe infalible representación legal, cuyas facultades están previstas en la ley, sin embargo, en la curatela no existe ni se precisa la representación legal, pues su ámbito de actuación está restringido en sentido general por la ley, y específicamente por el juez en su sentencia, constituyendo su esencia el control y asistencia de las personas para actos que puede realizar por sí, pero con el complemento del curador⁴².

C) LA TUTELA Y LA CURATELA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO: REGULACIÓN JURÍDICA

Según el artículo 367 del Código Civil estas figuras solo se aplican a las personas que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida.

La tutela se aplica a los menores de edad (Ver artículo 370 del CC) y la curaduría general solo a los interdictos (Ver artículo 371

⁴² GALIANO MARITAN, Grisel, “La tutela. Valoraciones sobre su regulación jurídica y aplicación en el ordenamiento familiar cubano”, *Revista Digital en Contribuciones a las Ciencias Sociales*, <<http://www.eumed.net/cccss/20/ggm.html>> (04/2012)

del CC). La norma civil considera que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, así como los menores adultos, quienes se hallan en interdicción de administrar sus bienes, aunque estos últimos no presentan una incapacidad absoluta, pues según la propia norma sustantiva los actos de estos sujetos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes (Ver artículo 1643 del CC).

Serán curadores adjuntos aquellas personas que se encuentran bajo la patria potestad del padre o la madre, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada (Ver artículo 373 del CC), estos curadores su objeto está destinado más a la protección del patrimonio que al de las personas, así como los curadores especiales que se encargan exclusivamente a un negocio particular (Ver Artículo 374 del CC).

Será responsabilidad del tutor o del curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones (Ver Artículo 415 del CC). Además, estas figuras administran los bienes del pupilo dígase administra los bienes de estos y lo conservan, lo que incluye además su reparación y cultivo.

El tutor y curador no pueden enajenar sin previa decisión judicial y sola por causa de utilidad o necesidad manifiesta los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección (Ver artículo 418 del CC). De manera similar ocurre la división de bienes raíces o hereditarios que el pupilo posea con otros, proindiviso (Ver artículo 421 del CC), la repudiación de la herencia deferida, la aceptación de esta sin beneficio de inventario (*Vid.* artículo 422 el CC), las donaciones o legales, la imposición de obligaciones o gravámenes (Ver artículo 423 del CC), entre otros bienes.

Atendiendo a lo expresado taxativamente en el Código en el artículo 369, la tutela y las curadurías generales se extienden, no sólo a los bienes, sino a las personas sometidas a ellas. No obstan-

te, la concepción de estas instituciones sigue siendo más desde las cosas o los bienes, y no desde las personas, lo cual tiene una raigambre en la concepción histórica de ambas figuras cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano.

En la actual regulación del Código Civil, no existen pronunciamientos en relación a otros bienes jurídicos personales, derechos y otros elementos además del mero patrimonio. Queda, entonces, en manos del juez, la determinación de los límites y la actuación del curador para cada caso concreto; es decir, en unos bastará su intervención en el ámbito patrimonial y, en otros, precisará, además, de la asistencia en algunos asuntos del ámbito personal. Se trata entonces, de revolucionar el régimen jurídico de esta institución en correspondencia con las modernas tendencias de la vida personal, familiar y social.

La Constitución de la República establece que el Estado está obligado a garantizar políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social (Ver artículo 47 de la Constitución de Ecuador). Asimismo, el Estado también está obligado a adoptar medidas a favor de las personas con discapacidad que afirmen la garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Dentro de este articulado se sanciona el abandono de estas personas y los actos que incurran en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad (Ver artículo 48 del Código Civil). Las personas y las familias, dentro de las que se encuentran los tutores y curadores, que cuiden a personas con discapacidad que requieran atención permanente, serán cubiertas por la Seguridad Social y recibirán capacitación periódica para mejorar la calidad de la atención (Ver artículo 49 de la Constitución de Ecuador).

En correspondencia con ello, la interpretación de los artículos que regulan ambas instituciones debe realizarse siempre de manera sistemática teniendo en cuenta que estas son personas con discapacidades y, por tanto, hay que tener en cuenta lo establecido en

el texto constitucional de la República de Ecuador, así como en las normativas específicas como la Ley Orgánica de Discapacidades.

La utilización de estas herramientas de protección y apoyo debe realizarse bajo los postulados de la Convención Internacional de protección de las personas con Discapacidad, la protección de valores de la persona y sus más elementales derechos como grupos vulnerables. A estos efectos, cualquier uso de estos mecanismos debe tener en cuenta los principios de protección como el de no discriminación, *in dubio pro hominem*, en virtud del cual en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, éstas se aplicarán en el sentido más favorable y progresivo a la protección de las personas con discapacidad; igualdad de oportunidades; celeridad y eficacia; interculturalidad; accesibilidad; protección de niñas, niños y adolescentes, atención prioritaria en los planes y programas de la vida en común (Ver artículo 4).

V. CONCLUSIONES

La incapacidad como condición que afecta la capacidad de obrar de las personas le confiere una situación especial de sujeción a ciertos mecanismos de guarda. Para la materialización de esta institución, es necesario no que quede establecido no solo la causa que impida el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, es decir, que limite la capacidad de obrar del individuo, también es necesario que esta causa, que provoca tal condición, persista en el tiempo.

Las personas incapacitadas son personas discapacitadas, las cuales están sometidas a un régimen especial de protección como sector vulnerable. Dentro del término de personas incapaces se encuentran también, en principio, los menores de edad; y, cuando estos no tienen padres que se encarguen de su manutención y crianza, es necesario activar mecanismos protectores: cuál es el caso de la tutela.

Tanto la tutela como la curatela en el ordenamiento jurídico ecuatoriano necesitan de una modificación sustancial, según su actual regulación en el Código Civil. Esta norma mantiene aún los fundamentos de protección de esta institución del Derecho Romano, los cuales se enfocan más en los bienes y en el patrimonio, que en el desarrollo integral de estas personas.

Por ello, como se colige de lo expuesto anteriormente, es necesario realizar una modificación sustancial del régimen jurídico de la curatela y la tutela en el vigente Código Civil. El régimen de modificación propuesto debe ser realizado en los siguientes sentidos:

1. Reconocer que el régimen de la tutela y la curatela constituyen medios efectivos para proteger y dar apoyo a las personas con discapacidad, así como para la protección de otros sujetos, como son los menores de edad.
2. Reconocer que las personas incapacitadas que se encuentran sometidas al régimen de la tutela y la curatela son personas vulnerables y, por ende, el régimen jurídico de estas instituciones de guarda y protección debe ser realizado conforme a los principios reconocidos en la Constitución y otras normas para la protección de estos sectores vulnerables.
3. Reconocer que cuando el régimen jurídico de la tutela es aplicado en el supuesto de los menores de edad, el régimen jurídico de esta institución debe estar sometido a principios de protección de estos sujetos como son: el interés superior del menor, y el desarrollo de la capacidad progresiva.
4. Establecer de manera clara y precisa que la tutela y la curatela más que proteger los bienes patrimoniales de las personas, deben de proteger los derechos personales de estas, por ende, su régimen jurídico está condicionado por la búsqueda constante del desarrollo integral de estas personas, ya sean personas discapacitadas o menores de edad.