



FACULTAD DE DERECHO

“CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS TRASTORNOS
NEUROPSICOLÓGICOS EN EL ADULTO MAYOR: EL DETERIORO
COGNITIVO LEVE Y LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER.”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la
República.

PROFESOR GUIA

Abogada Lorena Naranjo Godoy

AUTORA

Alexandra Margarita Carrera Tapia

Año

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondientes”

.....
Abogada Lorena Naranjo Godoy

C.I. 170829378-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que he citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

.....

Alexandra Margarita Carrera Tapia

C.I. 091271859-0

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por ser el rector de mi vida.

A mis compañeros de trabajo por ser un soporte en la realización de esta investigación y a mis amigos por estar siempre presentes en los momentos difíciles.

Agradezco especialmente a mi colega y amiga Lorena Bardisa.

DEDICATORIA

La presente investigación, va dedicada a mis padres Marta y Oswaldo, que siempre creyeron en mí y me inculcaron valores como la responsabilidad y la tenacidad, que son claves en la vida para alcanzar el éxito.

A mis abuelos Venilda y Wilfredo que fueron fuente de inspiración en este trabajo de titulación y un gran apoyo en el comienzo de mi formación como abogada.

RESUMEN

En el Ecuador, los adultos mayores son un grupo de atención prioritaria, tal como lo dispone la Constitución de la República, norma rectora de nuestro Ordenamiento Jurídico. Generalmente, los adultos mayores tienen problemas degenerativos asociados a su sistema nervioso central. Por lo que, decidimos estudiar dos tipos de enfermedades teniendo en cuenta su reversibilidad.

La sensibilidad en sus receptores, la memoria, la percepción se ven afectados cuando se desarrolla un Deterioro Cognitivo Leve y posteriormente puede avanzar hasta tornarse en una Enfermedad de Alzheimer.

Como el Deterioro Cognitivo Leve es un concepto todavía en desarrollo no se han dado limitaciones claras sobre la capacidad, por lo que quisimos aclarar este particular con el siguiente estudio. Además, no existe una clara adaptación del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano a los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

El presente trabajo de titulación analiza las implicancias de estas enfermedades en la capacidad jurídica del adulto mayor. Cuáles constituyen las bases para que el adulto mayor pueda realizar actos jurídicos sin necesidad de un curador que administre sus bienes y actúe por él. Y cuando esa capacidad debe verse limitada por una interdicción.

Con bases de investigación científica y legal, hemos dado una respuesta al problema de la capacidad legal asociada a la interdicción del adulto mayor, para determinar los momentos en los cuales una persona es incapaz para ejercer sus derechos, cuándo sus actos son válidos y en qué momento no lo son.

ABSTRACT

In Ecuador, the elderly is a group of priority, as stipulated in the Constitution, governing standard of our legal system. Generally, the elderly has degenerative problems associated with their central nervous system. So, we decided to study two types of diseases given its reversibility.

The sensitivity of the receptors, memory and perception are affected when developing a mild cognitive impairment and later may progress to become an Alzheimer's Disease.

As Mild Cognitive Impairment is still a concept in development, clear limitations have not been given about the capacity to perform some acts in law. So, we wanted to clarify this point with the following study.

This study analyzes the implications of these kind of diseases on the legal capacity of the elderly. What are the bases for the elderly to perform acts and contracts without a guardian to manage their property and act for themselves, and finally, when capacity should be limited by a ban.

With both scientific and legal research, we have given an answer to the problem of legal capacity associated to the ban of the elderly, to determine the moments in which a person is unable for law, when their acts are valid and when they are not.

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
LAS DISCAPACIDADES Y LOS TRASTORNOS NEUROPSICOLÓGICOS DE LOS ADULTOS MAYORES QUE CAUSAN FALTA DE DISCERNIMIENTO.	4
1. Evolución en la comprensión de la palabra <i>Discapacidad</i> de un modelo médico a un modelo social.....	4
1.1 Definiciones de Discapacidad.....	4
1.2 La discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.....	8
1.3 Estado actual de la discapacidad en el entorno social	13
2. Clasificación de las discapacidades	14
2.1 Discapacidad Física	14
2.2 Discapacidad mental y psicológica.....	16
2.3 Discapacidad Intelectual	17
2.4 Discapacidad Sensorial	18
3. ¿Qué son los trastornos neuropsicológicos?	22
3.1 Clasificación de los trastornos neuropsicológicos.....	23
3.2 Definición de los trastornos mentales equivalentes a demencias.	24
4. Trastornos neuropsicológicos que afectan al adulto mayor.....	25
4.1 El Deterioro Cognitivo Leve	26
4.2 La Enfermedad de Alzheimer	30
CAPÍTULO II	33

LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES, CON ÉNFASIS EN LOS ADULTOS MAYORES	33
1. Capacidad Jurídica en términos generales	33
1.1 Antecedentes históricos relativos a la capacidad jurídica en el Derecho Romano.....	33
1.2 Conceptos y características.....	35
1.3 Capacidad Jurídica en el Código Civil Ecuatoriano	37
1.4 Capacidad jurídica de las personas con discapacidad y ejercicio de derechos personales y personalísimos	40
2. Régimen de protección de los incapaces.....	44
2.1 La interdicción en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano	44
2.2 Sistema de tutelas y curatelas.....	49
3. Principios de garantías y protección de los Derechos de las personas con discapacidad en los instrumentos nacionales e internacionales	54
3.1 Principios de aplicación general para la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en la Ley Ecuatoriana de Discapacidades.....	54
3.2 La Igualdad de las personas con discapacidad en instrumentos nacionales e internacionales	56
3.3 La visión de la capacidad jurídica dentro de la nueva estructura constitucional y desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad	61
3.4 Beneficios de los que goza el Adulto Mayor en las leyes ecuatorianas.....	64
4. Modelo de apoyos a la capacidad de obrar para personas con Discapacidad Mental	66
CAPÍTULO III	71

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR ADULTOS MAYORES CON TRASTORNOS NEUROPSICOLÓGICOS.	71
1. Régimen general de validez de los actos y contratos.....	72
1.1. Inexistencia de los Actos Jurídicos.....	72
1.2 Nulidad de los Actos Jurídicos.....	73
2. La capacidad como requisito para la validez de los actos y contratos	78
2.1 Capacidad legal de las partes, en general; y, excepciones a la regla.....	79
2.2 El marco de actuación del juez en relación a los derechos de las personas con discapacidad en instrumentos nacionales e internacionales teniendo en cuenta el proceso de declaración de interdicción	82
3. Voluntad, Capacidad y derechos fundamentales en la vejez: el problema cotidiano de la autonomía jurídica frente al envejecimiento.....	85
4. Problemática de los trastornos neuropsicológicos y sus posibles consecuencias jurídicas.	87
4.1 ¿Por qué las consecuencias jurídicas de trastornos neuropsicológicos como el Deterioro Cognitivo Leve y la Enfermedad de Alzheimer son un problema en el Ecuador?	89
5. Consecuencias jurídicas de los actos o contratos celebrados por adultos mayores con deterioro cognitivo leve.	90
5.1 Capacidad jurídica y validez de los actos y contratos de las personas que padecen Deterioro Cognitivo Leve	90
5.2 Declaración de interdicción	92
6. Consecuencias jurídicas de los actos jurídicos celebrados por adultos mayores con Alzheimer.....	94

6.1 Capacidad jurídica de las personas que padecen Alzheimer.	94
6.2 Validez de los actos jurídicos celebrados por una persona con discapacidad mental declarada en interdicción	95
6.3 Validez de los actos o contratos celebrados por una persona con discapacidad mental que no ha sido declarada en interdicción	97
CAPÍTULO IV	100
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	100
1. Conclusiones	100
2. Recomendaciones.....	104
REFERENCIAS	106
ANEXOS	112

INTRODUCCIÓN

La eliminación de barreras sociales y físicas es un objetivo primordial en la inclusión de las personas con discapacidad: nuestra Carta Fundamental asegura un estado de Garantías y Derechos.

Los adultos mayores en la actualidad son un segmento cada vez más importante y en constante aumento de la población, que se ha visto desprotegido en nuestro país. A pesar de que, la Constitución en su artículo 36 los califica como un grupo de atención prioritaria:

“Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad”.

Al llegar a una cierta edad, las funciones cognitivas del adulto mayor se empiezan a desgastar, lo que hace más probable padecer alguna discapacidad mental. Pero, nos parece que, los adultos mayores no deben ser asociados con discapacidades, ya que esto no sucede en la mayoría de los casos.

Lo que queremos con este trabajo es delimitar de manera óptima, los casos en los cuales el adulto mayor ve su capacidad legal disminuida, y por lo tanto necesita de una persona que represente sus intereses y cuide de su patrimonio.

Es por esto que, surge el interés inicial de tratar un tema de tesis que tenga que ver con los adultos mayores, que refleje su realidad, en especial cuando padecen una enfermedad mental que no les permite protegerse por sí mismos ni tampoco proteger su patrimonio.

Realizaremos un análisis que nos llevará a plasmar nuestro punto de vista jurídico sobre lo que significa para el adulto mayor la institución de la interdicción y como se ve el tema de la capacidad jurídica ligado a ella.

El estudio de enfermedades mentales como el Deterioro Cognitivo Leve y la Enfermedad de Alzheimer permiten acercarse más al caso concreto y a la vez analizar la capacidad legal del adulto mayor. Veremos cuando existe capacidad legal y cuando debe por ley declararse la interdicción de la persona en pro de la administración efectiva de su patrimonio.

Lo relativo a la antigua institución de la declaración de Interdicción es una herramienta que utilizaremos a lo largo de este estudio para entender cuando ella es practicable y cuando por no existir los suficientes antecedentes ni pruebas no es factible su implementación.

Toda esta problemática es la que nos acompañará a lo largo del análisis, desde un enfoque médico y psicológico centrado en su totalidad en el dominio Jurídico que es de nuestro interés.

En efecto, el presente trabajo tiene como propósito principal llegar a resolver las siguientes interrogantes:

¿Cuándo debe declararse la interdicción de un adulto mayor con Deterioro Cognitivo Leve y Enfermedad de Alzheimer?, ¿Cuándo el adulto mayor se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales para tomar decisiones acerca de su patrimonio?, ¿En qué medida las discapacidades mentales intervienen en la capacidad legal del adulto mayor?, ¿De qué manera debe tomarse en cuenta la capacidad jurídica en nuestro Ordenamiento Jurídico, para no vulnerar los derechos fundamentales del adulto mayor con Deterioro Cognitivo Leve y Enfermedad de Alzheimer?

El análisis se orientará primero a la comprensión de términos relevantes empleados en el título de este trabajo de titulación. Veremos a continuación lo que se entiende por discapacidades, la normativa legal en cuanto a ellas. Y finalmente, una aproximación al Deterioro Cognitivo Leve y a los trastornos

mentales como la Enfermedad de Alzheimer que son padecidas en su mayoría por adultos mayores.

Después, el estudio se orientará a la capacidad jurídica y el régimen de protección de los incapaces, que son nuestro objeto de análisis.

Y finalmente, para dar respuesta a la problemática planteada veremos cuáles son las consecuencias jurídicas de los actos o contratos celebrados por los adultos mayores con trastornos neuropsicológicos. Esto se estudiará mediante doctrina, jurisprudencia y la normativa legal vigente.

Cabe destacar como nota aclaratoria final que, nuestro trabajo se centró específicamente en el Deterioro Cognitivo Leve y la Enfermedad de Alzheimer. Esta última suele ser la causa más común de demencia, no existe un tratamiento específico para ella. Es importante detectarla a tiempo bajo su antecedente: el Deterioro Cognitivo Leve y proporcionarle un tratamiento oportuno.

CAPÍTULO I

LAS DISCAPACIDADES Y LOS TRASTORNOS NEUROPSICOLÓGICOS DE LOS ADULTOS MAYORES QUE CAUSAN FALTA DE DISCERNIMIENTO

En la actualidad se han realizado muchos avances científicos en el campo psicológico médico. Estos avances permiten que las discapacidades se vean desde un distinto enfoque.

En el presente capítulo, estudiaremos los distintos tipos de discapacidades existentes a nivel mundial y su relación con trastornos neuropsicológicos como, el Deterioro Cognitivo Leve y la Enfermedad de Alzheimer.

Los trastornos anteriormente mencionados, son los más comunes para este grupo de atención prioritaria y es importante su estudio, ya que, veremos que la Enfermedad de Alzheimer afecta el discernimiento y la capacidad legal del adulto mayor.

1. Evolución en la comprensión de la palabra *Discapacidad* de un modelo médico a un modelo social

1.1 Definiciones de Discapacidad

Para tratar este asunto, debemos determinar la evolución que ha tenido el término “*discapacidad*” a lo largo del tiempo.

El modelo tradicional veía al discapacitado como una persona anormal carente de derechos.

Posteriormente, el discapacitado es tratado como un paciente y la discapacidad es entendida como un modelo médico de rehabilitación. Por lo tanto, el problema se centra en la persona que tiene discapacidad, como una dificultad que debía ser tratada por un profesional de la salud.

Aproximadamente hace una veintena de años surge el modelo de inclusión y derechos humanos de las personas con discapacidad, que reconoce a la diversidad e incluye a todos los seres humanos sin distinción alguna, aun cuando tengan diferencias que los incapaciten.

Veremos a continuación varias definiciones de discapacidad, que reflejan la evolución del término.

1.1.1 La evolución de la discapacidad en los instrumentos internacionales

En el documento Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF, 2001, p. 231) encontramos una definición sobre discapacidad dada por la OMS, Organización Mundial de la Salud, en el año 2001:

“Un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”.

Esta definición ve nuevamente a la discapacidad como un factor negativo, que limita a la persona que la tiene, porque hace que el individuo no pueda interactuar con sus pares, debido a la discapacidad.

El mayor problema de esta definición es que no se crean instancias de inclusión para la persona discapacitada. Es por esto que, la inclusión es muy limitada. Y advertimos que, actualmente, existe una creciente necesidad de incluir a las personas con discapacidad en la sociedad.

Posteriormente, se adaptó la definición de discapacidad con el reconocimiento de los derechos humanos de las personas.

Todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, y por esto, se deben crear instancias que vinculen a las personas con discapacidad a las actividades generalmente realizadas en la vida diaria. De esta manera, se crea igualdad y esto dejaría de ser una mera apariencia.

La Convención sobre derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobado por la ONU en el año 2006, permite que veamos que somos nosotros como sociedad, quienes no incluimos a los discapacitados en la vida diaria.

Ecuador ratifica esta convención en el año 2008, y el contenido de la definición es el que sigue:

“La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción de las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en **igualdad de condiciones con los demás**”. (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo Facultativo, 2008, p. 4)

Un último comentario sobre esta definición es la aparición de la palabra *igualdad*, la que predomina en la protección y respeto de los Derechos de las personas con discapacidad en la actualidad. Como vimos anteriormente, lo que se quiere es incluir a las personas con discapacidad en la sociedad, creando el ambiente ideal para que puedan desarrollarse plenamente.

1.1.2 Definiciones doctrinarias de Discapacidad

De Asís señala que, actualmente la personas con discapacidad son desvalorizadas en comparación a las personas que no tienen discapacidad alguna. Argumenta que, seguimos pensando que nuestro modelo de vida (el de

no necesitar el apoyo o ayuda de otros) es el normal y que aquél que necesitan los discapacitados es el raro, el distinto, el que se encuentra fuera de lo normal. Al respecto el autor indica que:

“Seguimos utilizando términos claramente peyorativos para referirnos a la discapacidad y seguimos construyendo modelos de vida, bienes y servicios que claramente provocan situaciones de discapacidad.” (Asís, 2013, p. 21).

Principios como el de no discriminación, el de igualdad de oportunidades, el de responsabilidad social colectiva, el de participación e inclusión, facultan a las personas con discapacidad para exigir sus derechos en caso de que exista menoscabo y aún antes de que exista alguna discriminación.

Los derechos de las personas con discapacidad deben ser respetados y consignados de tal manera que, en la desigualdad se cree igualdad.

De Asís, propone una definición en la que señala que las personas con discapacidad son un grupo de atención prioritaria y merecen que la sociedad cambie la percepción actual que tiene sobre la discapacidad, para que exista una sociedad más inclusiva. De tal forma que, no se vea a la discapacidad como un problema, sino como una diferencia que no invalida a la persona, porque todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y en derechos.

“La discapacidad es, principalmente, una situación en la que se encuentran o pueden encontrarse las personas y no un rasgo individual que las caracterice.”(De Asís, 2013, p. 16)

A través de las definiciones que acabamos de ver, podemos concluir que nos encontramos en proceso de aceptación del nuevo modelo de inclusión, en el cual se respeten los derechos de las personas con discapacidad. Al punto en que se creen elementos de inclusión en los lugares donde ellos no existan. Las personas discapacitadas podrían, de esta manera, sentirse completamente incluídas bajo estas nuevas modalidades.

1.1.2 Distinción terminológica entre integración e inclusión

Para continuar con nuestro estudio, es necesario encontrar las diferencias entre integración e inclusión, lo cual nos llevará a tener en cuenta de manera más precisa el análisis venidero.

La distinción la realiza Pablo Oscar Rosales cuando habla sobre la Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. (Rosales, 2012, p. 565)

En lo relativo a la integración se trata de una adaptación de la persona con discapacidad a la realidad diaria. Es decir, ella no se funde con el resto de personas en un todo sino que, la persona con discapacidad debe adaptarse a la vida diaria.

En cambio, en lo relativo a la inclusión, es la sociedad la que se modifica para adaptarse a las necesidades de las personas con discapacidad. Esto con el objetivo de que, las personas que tienen discapacidad puedan coexistir en el mismo escenario que las personas que no tienen ninguna discapacidad.

Tenemos ahora, las herramientas necesarias para entender el tema de la discapacidad en nuestro Ordenamiento Jurídico y sobretodo la inclusión que debe realizarse de las personas con discapacidad en la vida diaria.

1.2 La discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

En cuanto a lo que nuestra legislación señala sobre discapacidades, nos remitiremos a la Constitución de la República del Ecuador. En el siguiente Capítulo de este trabajo, trataremos el tema de manera más profunda.

La Ley Orgánica de Discapacidades No. 0, Suplemento 796 del 25 de Septiembre del 2012 indica que:

“Se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias **físicas, mentales, intelectuales o sensoriales**, con independencia de la causa que lo hubiere originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria”

Esta definición contiene los elementos que estudiaremos más adelante en la clasificación de discapacidades. Si bien no se trata de una definición lo suficientemente inclusiva, contiene los elementos técnicos que permiten diferenciar todos los tipos de discapacidad.

Además, comprendemos que, debe existir un entorno que contenga los elementos que permitan incluir a las personas con discapacidad. Asimismo, queremos resaltar la terminología ocupada, porque esta definición no le resta valor a las personas con discapacidad. Ella muestra una voluntad de ceñir las bases, para que poco a poco estas personas se vean inmersas en la vida diaria.

Finalmente, y en relación con el adulto mayor, quisimos tener en cuenta lo que la Ley del Anciano, que se encuentra vigente en el Registro Oficial No. 376 del 13 de Octubre del 2006, indica respecto a discapacidades que pudieren afectar al adulto mayor.

En la Ley del Anciano, se considera la atención prioritaria que deben tener los adultos mayores en caso de discapacidad, ya que no pueden valerse por sí mismos.

El inciso 2 del Art. 11 de esta ley señala lo siguiente:

“Los hijos deben respeto y obediencia a sus progenitores, y deben asistirlos, de acuerdo a su edad y capacidad económica, especialmente en caso de **enfermedad**, durante la **tercera edad** y cuando adolezcan de una **discapacidad** que no les permita valerse por sí mismos”.

Debemos considerar que, este inciso contiene los términos *tercera edad* y *discapacidad*. Es cierto que, al llegar a una cierta edad existe un deterioro de las funciones cognitivas, lo que hace más probable padecer alguna discapacidad. Pero, nos parece que, los adultos mayores no deben ser asociados con discapacidad ya que esto no sucede en la mayoría de los casos. Aunque se ocupen las palabras “y *cuando*”, puede prestarse a confusiones si se realiza una interpretación restrictiva de los términos de esta norma. Y lo que queremos con este trabajo es, delimitar de manera óptima, los casos en los cuales el adulto mayor ve su capacidad legal disminuida, y por lo tanto necesita de una persona que represente sus intereses y cuide de su patrimonio.

Además, este artículo contiene la idea de reciprocidad. Los hijos deben asistir a sus padres, así como ellos los asistieron cuando eran pequeños y no podían valerse por sí mismos.

Se impone como deber legal y más aún como deber humanitario. Creemos que, cuando se habla de asistencia, la ley quiere abarcar los casos de representación. Desde la antigüedad, en el Derecho Romano, los agnados eran los primeros que se consideraban para desempeñar el cargo de curadores del incapaz.

Si se trata de discapacidad, el concepto debe tener una evolución que vaya conforme a la comprensión que de ella se tiene con el paso del tiempo. Cada vez, surgen ideas nuevas, que hacen que la discapacidad sea vista de manera inclusiva: un concepto que debe ser comprendido, aceptado y respetado por todas las personas. La protección del discapacitado como grupo de atención prioritaria debe ser un interés fundamental en todo Ordenamiento Jurídico.

Creemos que, aunque exista demora en la forma de ver a la discapacidad, actualmente existen los elementos que han permitido que, la sociedad se vaya adaptando a la nueva comprensión que debe existir sobre normalidad, más inclusiva, dejando atrás viejos conceptos segregacionistas.

1.2.1 Beneficios legales para las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

Realizaremos una enumeración no taxativa de los beneficios legales más relevantes para las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.

En la Ley Orgánica de Discapacidades son varios los beneficios de los que gozan las personas con discapacidad.

En el artículo 85, existe una norma relativa a la jubilación especial por vejez, si las personas que tienen alguna discapacidad acreditan 300 aportaciones sin tener en cuenta un límite de edad “tendrán derecho a una pensión que será igual al sesenta y ocho punto setenta y cinco por ciento (68.75%) del promedio de los cinco (5) años de remuneración básica unificada de aportación en concordancia con la determinación de mínimos, máximos y ajustes periódicos que efectúe el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”. Para las personas con discapacidad intelectual, es menor el número de aportaciones, ellas deberán acreditar 240.

El transporte público y comercial tiene una tarifa rebajada del 50% para las personas con discapacidad, según el artículo 71, de la Ley Orgánica de Discapacidades. Por su parte, el transporte aéreo se ve rebajado en un 25%. Se aplica la misma rebaja, de 50%, cuando las personas con discapacidad concurren a un espectáculo público.

En último lugar, el impuesto anual a la propiedad de vehículos e impuesto ambiental a la contaminación vehicular, también tiene una rebaja para las personas que tengan alguna discapacidad.

Las personas con discapacidad no deben pagar tributos al comercio exterior, impuestos al valor agregado, ni impuestos a los consumos especiales por importación de bienes, por ejemplo en el caso de importación y compra de vehículos ortopédicos y no ortopédicos.

También están exoneradas del pago del impuesto a la renta, según la regla del artículo 76, de la Ley Orgánica de Discapacidades. Mientras que, en el artículo 78, de la misma ley existe una regla especial para la restitución del impuesto al valor agregado para las personas con discapacidad.

Además, las personas con discapacidad tienen rebajas en los costos de los servicios básicos como alcantarillado, agua potable, telefonía fija y móvil y energía eléctrica.

Asimismo, en las tasas, tarifas notariales, consulares y de registro civil identificación y cedula la Ley de Discapacidades exime a las personas con discapacidades del pago de estas tasas y/o tarifas en el artículo 77.

El Código del Trabajo es particularmente importante de mencionar, ya que asegura la inclusión de las personas con discapacidad.

En el Agregado después del CAPÍTULO VII, del TÍTULO III del Código del Trabajo, se hace alusión a la *inclusión* de las personas con discapacidad en el trabajo, en los sectores Público y Privado.

Además, en el artículo 42, del mismo cuerpo legal, se coloca como una obligación del empleador el ajustarse a las *medidas de prevención, seguridad e higiene del trabajo*. Y con ello, deben existir todas las adaptaciones que procuren que el ambiente laboral de las personas con discapacidad sea el óptimo. Deben constar en nómina un mínimo de personas con discapacidad que sean contratadas en los puestos de trabajo disponibles. Es decir que, la contratación de personas con discapacidad debe ascender a un 4% del total de trabajadores de la empresa.

Finalmente, en el artículo 63 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público se prevén:

“permisos para el cuidado de familiares con discapacidades severas o enfermedades catastróficas que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad su cónyuge o conviviente en

unión de hecho legalmente reconocida, debidamente certificadas y avalizadas por facultativos del IESS”

Este artículo, se remite a la protección de la que hablamos unos párrafos atrás, es necesario que alguien se ocupe del cuidado de las personas con discapacidad, porque ellas no pueden en muchos casos valerse por sí mismas.

De esta manera, se protege a las personas con discapacidad y sus familiares pueden ocuparse de ellas como es debido.

1.3 Estado actual de la discapacidad en el entorno social

Habiendo estudiado todas estas definiciones legales y doctrinarias, nos parece importante acotar, la idea que hemos desarrollado, por la cual los derechos de las personas discapacitadas se encuentran en proceso de desarrollo.

De Asís, en su obra pone de manifiesto que los Derechos Humanos los tienen todas las personas por igual, aun cuando ellas tengan algún tipo de discapacidad que los inhabilite para ciertos casos.

Se crean para efectos de defensa de los derechos de las personas con discapacidad, instancias para protegerlos y mediante un sistema de pesos y contrapesos se crea igualdad real.

El autor entiende que las Convenciones y la Declaración de Derechos Humanos, crean conciencia de que existen derechos humanos, que no pueden ser vulnerados y que deben ser respetados.

Esto llevado a la práctica no es muy evidente. Puesto que, aún existe una constante lucha por el reconocimiento de los Derechos de estos grupos de atención prioritaria. Es un objetivo actual crear igualdad, aún cuando existan factores que distingan a las personas, en este caso a las personas con discapacidad, y las habiliten para llevar una vida *normal* (De Asís, 2013, pp. 65-66).

En nuestra opinión, en el Ecuador, el reconocimiento de los Derechos de las personas con Discapacidad no es todavía una realidad y existe una creciente disputa para que estos derechos no sean vulnerados y que se cree el ambiente inclusivo que estas personas merecen.

El modelo de Derechos Humanos e inclusión social, se basa en el respeto de la dignidad de la persona, cree en su diversidad. Se debe incluir a las personas que son diferentes. Cabe destacar que si ha existido un proceso de inclusión, ya que en la actualidad no se ve la discapacidad como algo fuera de lo normal.

La discapacidad en nuestro entorno social sigue evolucionando, adaptándose a los cambios.

Las personas por su parte, se van familiarizando con el término y se quiere lograr que, en algunos años más el problema de inclusión de las personas con discapacidad, sea un tema superado.

La nueva normativa legal es un gran avance en la materia, pues permite que, hechos que anteriormente no se daban, como contratar personas con discapacidad en puestos de trabajo, se vayan haciendo una práctica cotidiana.

2. Clasificación de las discapacidades

A continuación, veremos algunas definiciones relevantes sobre discapacidad y realizaremos una breve clasificación, sobre los distintos tipos de discapacidades, para entender donde se encuentra ubicado el tipo de discapacidad que es el objeto de nuestro estudio.

2.1 Discapacidad Física

La discapacidad física merece un comentario inicial, ya que muchos de nosotros pensaríamos que su definición debería decir que, es aquella

perceptible para el ojo humano. Sin embargo, puede en algunos casos, no notarse a simple vista y aun así, ocasionar discapacidad en la persona.

A continuación, veremos una definición que ilustra de mejor manera el tema:

La Discapacidad Física: “Se refiere a deficiencias corporales y/o viscerales; las primeras pueden ser evidentes (Ej. Amputaciones, parapléjia, hemiparesia, etc.), sin embargo las segundas al implicar el daño y la limitación en la función de órganos internos, en muchas ocasiones pueden ser imperceptibles (...),ocasionan dificultad significativa o imposibilidad para caminar, correr, manipular objetos con las manos, subir o bajar gradas, levantarse, sentarse, mantener el equilibrio, controlar esfínteres, entre otros”. (CONADIS, 2012, p.14)

Los tipos de deficiencias físicas se clasifican de la siguiente manera:

- Genéticas: Las que se heredan.
- Congénitas: Las tiene el individuo desde su nacimiento.
- Adquiridas: Pueden ocasionarse por varios factores.

Algunas deficiencias físicas son perceptibles a simple vista, sin embargo, incapacitan a la persona que las padece. De esta manera, no tienen la misma accesibilidad que tendría una persona sin este tipo de discapacidad.

En lo relativo a estas discapacidades pueden existir dificultades para la persona para desenvolverse en la vida diaria que la inhabiliten completamente y la vuelvan dependiente de otra. En algunos casos, la persona podrá desenvolverse independientemente en ciertas actividades, en otros tendrá la necesidad de que otra persona la ayude si son actividades de mayor complejidad.

Las discapacidades físicas, se clasifican a su vez en: aquellas que tienen afectación cerebral, aquellas que no la tienen y finalmente las que son por afectación visceral.

Como ejemplos ilustrativos de los tipos de discapacidad física podemos mencionar:

Una discapacidad física que no tiene afectación cerebral, sería aquella que, supone graves desviaciones de la columna vertebral, como la escoliosis.

En el caso de una discapacidad física que tiene afectación cerebral, podríamos referirnos a un accidente cerebro-vascular grave, que tenga como consecuencia una hemiparesia, que paraliza una parte del cuerpo y no permite el movimiento.

Una afectación visceral podría ser creada por el VIH SIDA, enfermedad viral que puede ocasionar afectaciones viscerales.

2.2 Discapacidad mental y psicológica

Existe un Clasificador Universal de Enfermedades CIE-10 y el Manual de Diagnóstico Estadístico de Enfermedades Mentales DSM-IV, mediante los cuales, se reconocen ciertos *criterios básicos* para que se pueda hablar de discapacidad mental y psicológica. Además, existen grupos en los cuales se clasifican a todos los trastornos mentales existentes y a los que se van descubriendo debido a los avances tecnológicos.

Tendremos en cuenta, para la realización de este estudio, la definición siguiente:

“Se refiere a deficiencias y/o trastornos de la conciencia, del comportamiento, del razonamiento, de los estados de ánimo, afectividad, la comprensión de la realidad, (irritabilidad, depresión, inestabilidad emocional crónica), generalmente debido a enfermedades mentales como la esquizofrenia, trastorno bipolar, psicosis y otros”. (CONADIS, 2012, p. 17)

Los criterios de clasificación de las enfermedades mentales deben ser estudiados, pues ayudan a la mejor comprensión del tema en estudio. Ellos son:

- La enfermedad mental debe ser crónica, es decir, mayor a dos años de padecimiento.
- Tener un permanente tratamiento con fármacos.

- Cumplir con los criterios que se encuentran en el Manual que citamos anteriormente.
- No permitir a la persona tener una vida autónoma.
- La actividad laboral se ve interrumpida por los efectos secundarios de los trastornos mentales.

La gran clasificación de los trastornos mentales, también es de interés pues permite que situemos a los trastornos mentales en estudio.

- Trastornos Mentales Orgánicos.
- Trastornos Psicóticos.
- Trastorno del Estado de Ánimo.
- Trastorno de Ansiedad y/o Adaptativo.
- Trastorno de Personalidad.

El tema de las enfermedades mentales, lo veremos más adelante, en especial un tipo de enfermedad mental, la Enfermedad de Alzheimer, su gradualidad y como afecta a la declaración de interdicción y en qué casos esta puede ser declarada.

En este trabajo, nos interesa saber en qué momento exacto, esta enfermedad es susceptible de declaración de interdicción, y en qué momento esta no es necesaria.

2.3 Discapacidad Intelectual

Es importante que realicemos una distinción entre la discapacidad mental y este tipo de discapacidad.

La discapacidad intelectual es una afección que tiene que ver con la comprensión de ideas. La persona, no es capaz de realizar un procesamiento intelectual complejo de ideas por lo que no puede efectuar trabajos

intelectuales muy complicados, o incluso algunos relativamente sencillos, dependiendo del grado en que se vea afectada la persona.

Se puede definir a la Discapacidad Intelectual de la manera siguiente:

“Se refiere a deficiencias en personas que presentan dificultad en la comprensión de ideas complejas, (...) lo que repercute en sus procesos de socialización, de relacionamiento interpersonal y desenvolvimiento en la vida diaria, siendo fácilmente influenciables por el medio.” (CONADIS, 2012, p. 19)

Existen distintos grados de discapacidad intelectual, que pueden ir desde fronterizo a profundo.

En lo relativo a las discapacidades intelectuales, encontramos al retraso mental que puede ser “definido como capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio”. (Referencia C.I. Capacidad Intelectual inferior a 80).

El retraso mental tiene diferentes grados:

- Capacidad Intelectual límite/ limítrofe (C.I. = 70-80)
- Retraso Mental Leve (C.I = 59-69)
- Retraso Mental Moderado (C.I. =35-50)
- Retraso Mental Grave o Profundo (C.I. =34-20)

2.4 Discapacidad Sensorial

Son las deficiencias en los sentidos de la vista, la audición y el lenguaje. A continuación, veremos cada una de ellas.

2.4.1 Discapacidad Visual

Las personas no videntes no tienen la capacidad intelectual disminuida, pero aun así dependen de un tercero, pues su discapacidad no les permite realizar

algunas actividades de la vida diaria por sí mismos. Estas personas no sufren disminución de su capacidad jurídica, por lo que, son capaces para el Derecho.

La definición pertinente es la que sigue:

“Se refiere a personas que presentan ceguera y baja visión. En ambas situaciones estaríamos hablando de personas con un alto grado de pérdida de la visión, es decir, personas que, o bien no ven absolutamente nada, o bien, aún con la mejor corrección posible (uso de lentes), presentan grave dificultad para ver; su situación es estable, es decir, sin posibilidad de mejoría mediante intervención quirúrgica o tratamiento adecuado.

También corresponde a esta discapacidad, las personas que presentan desfiguración de un ojo y uso de una prótesis ocular”. (CONADIS, 2012, p. 27)

Este tipo de discapacidad se clasifica en:

- Personas con ceguera: Dentro de esta clasificación tenemos:
 - 1) Personas que tienen 0% de visión.
 - 2) Personas que tienen un 10% de visión, perciben la luz y la oscuridad.
 - 3) Personas que distinguen los objetos cercanos y que se encuentran frente a ellos.
 - 4) Personas que tienen en frente al objeto pero sólo pueden distinguir un punto ciego.
- Personas con deficiencia visual o baja visión: “Se refiere a aquellas personas que, con la mejor corrección óptica posible (lentes convencionales o lentes de contacto) podrían ver o distinguir, aunque con gran dificultad, algunos objetos a una distancia muy corta (menos de tres metros). (...) Se dice que conservan todavía un resto de **visión útil** para su vida diaria (desplazamiento, tareas domésticas, lectura, etc.). Su visión suele ser **borrosa**.”

2.4.2 Discapacidad Auditiva

Las personas sordas tampoco ven su capacidad jurídica disminuida, cuando pueden darse a entender por escrito, por lenguaje de señas o de manera clara, pero en algunas actividades diarias necesitan interpretación gestual. Sin embargo, muchas de estas personas nunca han tenido acceso a una educación especial, por lo que, tienen menos desarrollo cognitivo al no tener los estímulos sensoriales de la audición.

La Discapacidad Auditiva puede comprenderse de la siguiente manera:

“Se refiere a personas con sordera total y/o con sordera moderada y severa de ambos oídos, la cual dificulta la comunicación con su entorno. La discapacidad auditiva puede presentarse por causas genéticas, congénitas, infecciosas, ocupacionales, traumáticas, tóxicas, envejecimiento y otras.” (CONADIS, 2012, p. 28).

A su vez la discapacidad auditiva se clasifica como veremos a continuación:

- **Sordera *pre locutiva***: Son las personas que tienen la enfermedad desde antes de los 3 años de edad.
- **Sordera *post locutiva***: Estas personas si desarrollaron el lenguaje oral y su sordera se formó después de este acontecimiento.

Dentro de esta clasificación podemos hacer a su vez una subclasificación según la pérdida efectiva de la audición:

- 1) Hipoacusia moderada: La persona perdió la audición de los dos oídos. Aún así está capacitada para escuchar el mensaje ya que escucha la voz, pero esto lo hace con dificultad.
- 2) Hipoacusia grave o severa: La persona sufrió una pérdida grave de los dos oídos, no escucha el mensaje. Desarrolla la capacidad de leer labios.
- 3) Hipoacusia profunda o sordera: La persona sufrió una pérdida total de la audición. No escucha casi ningún sonido.

La lengua de señas es la manera que tiene una persona sorda para comunicarse. Se trata de un idioma propio de la región. El lenguaje de señas puede cambiar de acuerdo a cada país. En el Ecuador, las personas sordas se comunican mediante la Lengua de Señas Ecuatoriana.

2.4.3 Discapacidad del Lenguaje

Al dificultarse la comunicación es complicado poder relacionarse con las personas que padecen este tipo de discapacidad, lo cual, podría crear algunas limitaciones a la capacidad legal.

Enseguida, veremos que es lo que se entiende por discapacidad del lenguaje y como ella afecta a la comunicación de estas personas con su entorno.

“Se refiere a personas que presentan deficiencia para la expresión verbal, la cual dificulta la comunicación y la interrelación; sus causas pueden ser:

- Vinculaciones con una sordera presente desde el nacimiento (un niño que nunca escuchó, seguramente no hablará).
- Secuelas neurológicas. Ejemplo: consecuencias de lesión cerebral, trauma cráneo encefálico, entre otros).
- Lesiones en estructuras locales. Ejemplo: afectación de cuerdas vocales, lengua, faringe, laringe, paladar hendido, secuelas del uso de traqueotomías, etc.” (CONADIS, 2012, p. 33).

2.4.4 Consideraciones finales sobre la Clasificación de Discapacidades

Hemos visto, de una manera sucinta, los tipos de discapacidades que existen a nivel mundial.

Nuestro análisis estará siempre enfocado en las discapacidades mentales. El objetivo fundamental de este trabajo, es dar cuenta de cuáles serían las

implicancias legales que tiene este tipo discapacidad, para determinar cuándo procede una interdicción, tomando en cuenta la clasificación de trastornos mentales, con énfasis en el Deterioro Cognitivo Leve y la Enfermedad de Alzheimer.

3. ¿Qué son los trastornos neuropsicológicos?

Antes de abordar esta temática, debemos dar una breve definición de los trastornos neurológicos: “son enfermedades del sistema nervioso central y periférico” que “dañan al sistema nervioso” y originan “repercusiones (...) en el comportamiento” (Arnedo , Bembibre, & Triviño, 2013, p. 3), (<http://www.who.int>, 2014).

Nos parece relevante para la comprensión del tema en estudio, describir el proceso de comunicación de las neuronas en un organismo carente de enfermedades mentales.

Cada neurona posee una red de comunicación: Las neuronas presentan características morfológicas típicas que sustentan sus funciones: un cuerpo celular, llamado soma; una o varias prolongaciones cortas que generalmente transmiten impulsos hacia el soma celular, denominadas dendritas; y una prolongación larga, denominada axón que conduce los impulsos desde el soma hacia otra neurona u órgano.

Dentro de este proceso complejo es que las neuronas realizan sinapsis y se efectúa la comprensión de ideas. Esto dentro de un organismo carente de enfermedades mentales.

En lo relativo a las enfermedades en estudio y más precisamente en la Enfermedad de Alzheimer, (porque el Deterioro Cognitivo Leve puede ser reversible), sabemos que existe una desconexión de los circuitos de las neuronas, además de una disminución de las

funciones del cerebro y de la espina dorsal que es la que, transmite “impulsos sensoriales y coordina las actividades de todo el sistema nervioso”. (Morales, 2006, p.73).

Se trata de una condición degenerativa, las células en el proceso de sinapsis de las neuronas empiezan a degenerarse y por eso realizan un trabajo lento. Esto, lleva a que existan problemas en el proceso de comprensión de la información y finalmente que los daños puedan ser irreversibles, en el caso de una Enfermedad de Alzheimer.

Los trastornos neurológicos, son un género dentro del cual se encuentran los trastornos neuropsicológicos, que es la especie en estudio.

Existe una clasificación exhaustiva de los trastornos neuropsicológicos presentes en el mundo, pero nos hemos centrado en la Enfermedad de Alzheimer y en el Deterioro Cognitivo Leve, porque son trastornos mentales propios de los adultos mayores. Estos trastornos, pueden llegar a comprometer el discernimiento de la persona que los padece y por lo tanto, su capacidad legal.

La Enfermedad de Alzheimer está catalogada como una demencia, desde el punto de vista médico. La demencia, es una pérdida de la función cerebral que se presenta con ciertas enfermedades. La Enfermedad de Alzheimer es una forma de demencia que, gradualmente empeora con el tiempo y afecta la memoria, el pensamiento y el comportamiento.

3.1 Clasificación de los trastornos neuropsicológicos

Veremos la clasificación de los trastornos neuropsicológicos para conocer que, existen un sinnúmero de ellos. Pero, nos centraremos en los trastornos mentales equivalentes a demencias.

Los trastornos neuropsicológicos existentes son:

- a) Trastornos de la percepción y la atención;
- b) Amnesias;
- c) Afasias, apraxias, alexias y agrafias;
- d) Trastornos del lóbulo frontal;
- e) Trastornos del movimiento; y,
- f) Trastornos mentales equivalentes a demencias.

3.2 Definición de los trastornos mentales equivalentes a demencias.

Los trastornos mentales, son enfermedades psiquiátricas que, “se manifiestan principalmente como trastornos del pensamiento, las emociones o el comportamiento y (...) causan malestar o una deficiencia funcional” (<http://www.who.int>, 2014).

Una enfermedad mental avanzada, hace que el individuo se vuelva una persona incapaz de responder de sus actos y por lo tanto incapaz de ocuparse de la administración de su patrimonio. Se trata de un individuo de mucho cuidado, ya que no tiene la lucidez óptima que le permitiría seguir con su vida diaria. Por lo cual, hay que definir a grandes rasgos, cuando esta enfermedad priva al individuo de sus óptimas capacidades mentales y lo convierte en una persona incapaz para el derecho.

Sobre la demencia tenemos la siguiente reflexión:

“Los hallazgos encontrados en el cerebro de pacientes con demencia, que previamente nunca habían sufrido deterioro cognitivo ni enfermedad mental, en comparación con los que aparecen en cerebros de ancianos sin demencia, indican que, aunque la edad sea un factor de riesgo, la demencia representa un proceso neurodegenerativo cuantitativa y

“cualitativamente distinto del que se produce en el envejecimiento normal” (Arnedo, Bembibre, & Triviño, 2013, p. 257).

La anterior reflexión, nos indica que, hoy en día la demencia no es considerada una enfermedad que solamente afecta a los adultos mayores, porque la demencia es un proceso distinto al que se da cuando hay *envejecimiento normal*. Es por esto que, nuestro análisis se centra solo en dos enfermedades que se caracterizan por afectar al discernimiento del adulto mayor.

A continuación, analizaremos el Deterioro Cognitivo Leve y la Enfermedad de Alzheimer.

4. Trastornos neuropsicológicos que afectan al adulto mayor.

La demencia es el género en el cual se encuentra ubicada la Enfermedad de Alzheimer, trastorno en análisis. Y como un antecedente a la Enfermedad de Alzheimer, tenemos al Deterioro Cognitivo Leve.

Según el estudio realizado, el Deterioro Cognitivo Leve, no es una demencia propiamente tal, pero puede llevar a padecerla si se cumplen ciertos criterios establecidos.

Como comentario inicial diremos que, la Enfermedad Afasia progresiva primaria no fluente suele confundirse con la Enfermedad de Alzheimer, pero es más bien un trastorno del lenguaje y mediante estudios neuropsicológicos se pueden distinguir ambas enfermedades. No estudiaremos la Afasia progresiva primaria no fluente, porque no se trata de una enfermedad que afecte al discernimiento de manera directa como la Enfermedad de Alzheimer. Más bien, en este caso, el problema se centra en la dificultad para expresar las ideas que tiene la persona afectada por este padecimiento.

Luego, en lo relativo a la demencia, encontramos una definición que determina lo que es ella en general:

“El término demencia se utiliza para describir un síndrome adquirido que se caracteriza por un conjunto de signos y síntomas que producen un deterioro persistente de las funciones cognitivas y alteran la capacidad funcional, en personas que no presentan alteración del nivel de conciencia. Globalmente, las demencias se caracterizan por presentar un cuadro clínico con síntomas comunes que difieren en su etiología, edad, forma, de presentación, curso clínico y trastornos asociados”. (Alberca& López-Pousa, 2011, p. 143).

La demencia puede afectar a todos los segmentos de la población en general, pero nuestro análisis se centra en los adultos mayores. Por lo tanto, apunta a los trastornos degenerativos, que tienen que ver con el desgaste de la persona por su edad.

Enseguida, veremos en detalle, cuáles son los trastornos degenerativos que afectan a los adultos mayores.

4.1 El Deterioro Cognitivo Leve

Una definición médica relevante, para la comprensión de lo que es el Deterioro Cognitivo Leve, es la siguiente: Es “una entidad diagnóstica en el envejecimiento patológico. En términos generales, podemos definirlo como un deterioro cognitivo que no cumple criterios suficientes para ser identificado como una demencia y que va acompañado de una relativa preservación de la independencia funcional en el desempeño de las actividades de la vida diaria.” (Pérez, 2009, p. 113)

El Deterioro Cognitivo Leve se ubica dentro de los trastornos neuropsiquiátricos que antecede a la demencia.

El Deterioro Cognitivo en general, según la escala de Hughes se clasifica en: Leve, Moderado y Severo.

En uno de los artículos de la Revista Alzheimer sobre “¿Demencia o trastorno neurocognitivo mayor?” el Deterioro Cognitivo Leve o para efectos didácticos, DCL, es un trastorno neuropsiquiátrico, una detección precoz de un futuro Alzheimer o de algún otro tipo de demencia.

Se trata de un diagnóstico de todas aquellas personas que, empiezan a sufrir una pérdida cognitiva previa al desarrollo de la demencia, lo que es capaz de permitir un diagnóstico y una intervención terapéutica temprana.

Existen estudios asociados que demuestran que, a medida que la edad de la persona avanza mayor es el riesgo de padecer esta enfermedad, por lo cual es primordial que, para descartarla los adultos mayores se realicen chequeos periódicos.

¿Y esta detección temprana porqué se realiza? La respuesta es simple, un diagnóstico previo es muy útil, porque detecta cuáles son los pacientes con mayor probabilidad de desarrollar una enfermedad de Alzheimer u otra demencia durante los cinco años siguientes.

Por lo tanto, el DCL es distinto de la demencia. En el caso de la demencia, ella sólo se diagnostica cuando existe un deterioro severo de la memoria y otra función cognitiva asociada. Este deterioro, puede llegar a ser tan severo que la persona pierde la capacidad de seguir desarrollándose en la vida diaria y de realizar actividades propias de la misma.

Según datos del INEC, en el año 2011, 200.000 adultos mayores estaban afectados por un Deterioro Cognitivo Leve a nivel nacional. Cifra que es preocupante y que a la fecha va en aumento. En nuestro país, a pesar de que los adultos mayores sean un grupo de atención prioritaria, se van descubriendo cada vez más nuevas enfermedades y los cuidados que deben recibir no se ajustan todavía a sus necesidades inmediatas.

Por lo que, el campo jurídico, debe adaptarse a los avances médicos de manera que no exista ningún vacío legal.

4.1.1 Características del Deterioro Cognitivo Leve

Según Pérez, existen cinco condiciones mediante las cuales es posible diagnosticar el Deterioro Cognitivo Leve. Las estudiaremos con detenimiento, pues permiten que se lo distinga de una Enfermedad de Alzheimer.

La Enfermedad de Alzheimer, como veremos a continuación, priva a la persona de razón, lo que en términos legales resultaría en una posible declaración de interdicción. La persona declarada en interdicción al verse despojada de su capacidad legal, no podría administrar su patrimonio por sí misma.

Las condiciones para detectar un Deterioro Cognitivo Leve son:

- Como primera condición, si el paciente **“presenta quejas en la memoria”** (Pérez, 2009, p.115) podría ser diagnosticado con este trastorno.
- La segunda condición es que, el paciente presente: **“un estado cognitivo general normal”** (Pérez, 2009, p.115).
- La tercera condición, que el paciente muestre **“un deterioro de memoria objetivo”** (Pérez, 2009, p.115).
- La cuarta condición, que el paciente se muestre **“funcionalmente independiente en el desempeño de su vida diaria”** (Pérez, 2009, p.115).
- Y la quinta y última condición y además, la más importante, el profesional clínico debería determinar que el paciente **“no cumple los criterios de la demencia”**(Pérez, 2009, p.115).

El autor, manifiesta que, para que se trate de un Deterioro Cognitivo Leve las funciones generales no deben estar comprometidas, por lo que, su conservación debe estar dentro de la media general.

En lo que se refiere a la conservación de las actividades de la vida diaria, es importante que un profesional clínico evalúe esta conservación para tenerla bien determinada en cada caso particular.

Para encontrar estas deficiencias cognitivas, el profesional clínico deberá realizar una evaluación del estado de conciencia, con un examen como el Minimental State de Folstein, evaluación en la que se realizan varias preguntas al entrevistado sobre:

- I. Orientación;
- II. Repetición Inmediata;
- III. Atención y Cálculo;
- IV. Memoria; y,
- V. Lenguaje.

Esta evaluación comprende criterios definidos, como lo vimos anteriormente, en los cuáles se mide la comunicación del adulto mayor con su entrevistador, mediante la atención, el lenguaje, la memoria, su habilidad manual constructiva y lo que tiene que ver con el manejo de su motricidad, al dibujar ciertos esquemas que le son pedidos por su entrevistador.

Además, se miden las funciones intelectuales altas, que tienen que ver con la velocidad en la cual el adulto mayor es capaz de asimilar la información que se le transmite, pues se dice que con la edad esta capacidad se va desgastando.

Ahora, pasaremos a estudiar la Enfermedad de Alzheimer. De esta manera, la pondremos en contraste con el Deterioro Cognitivo Leve y entenderemos el nivel degenerativo que la Enfermedad de Alzheimer debe tener para ser diagnosticada.

4.2 La Enfermedad de Alzheimer

Como antecedente diremos que, una de las condiciones para detectar el padecimiento de una Enfermedad de Alzheimer es ciertamente la edad.

La edad mínima para su desarrollo son los 40 años pero “En general, las primeras manifestaciones clínicas son más frecuentes después de los 65 años en las formas esporádicas, y más frecuentes antes de los 60 en las formas familiares” (Robles, Del Ser, Alom, Peña-Casanova, & Neurología, Enero 2002, p. 20).

La Enfermedad de Alzheimer está definida como:

“Clínicamente, la EA (Enfermedad de Alzheimer) debuta como un proceso progresivo de deterioro cognitivo y funcional de inicio insidioso al que en el transcurso del tiempo se asocian cambios en el estado de ánimo con alteraciones psicológicas y de la conducta.” (Alberca& López-Pousa, 2011, p. 143).

Para completar esta definición:

“La enfermedad de Alzheimer es la causa más común de demencia. Su incidencia aumenta de menos de 1% al año a más de 7% al año, y su preponderancia de 3% a casi 50% entre las edades de 65 y 85 años. Esto se traduce en una prevalencia de 10-20 millones de casos en el mundo. Si los datos se ajustan por edad, los hombres y las mujeres son afectados con igual frecuencia.” (P. Simon , A. Greenberg, & J. Aminoff, 2010, p. 45).

Las características que hacen distintiva una Enfermedad de Alzheimer de los otros tipos de demencia son: **la pérdida notoria de la memoria, el deterioro del lenguaje, la alteración visuoespacial, la depresión, la ansiedad y los delirios.**

Los criterios que son evaluados en un test neuropsicológico para detectar una Enfermedad de Alzheimer son las funciones de: Orientación espacio temporal, la velocidad de procesamiento, la atención, el lenguaje, la memoria, las funciones ejecutivas, la programación y regulación del movimiento y la personalidad.

Estas últimas características y criterios los estudiaremos con más detenimiento inmediatamente.

4.2.1 Características y criterios para detectar una Enfermedad de Alzheimer

Existe un diagnóstico de esta enfermedad cuando cumple con los siguientes criterios tomados del Manual de Neuropsicología de Arnedo:

1. El comienzo de la enfermedad no se da de un día para el otro, más bien tiene un progreso gradual, que puede darse en meses o años. Lo cual tiene relación con el posible desarrollo anterior a esta enfermedad de un Deterioro Cognitivo Leve.
2. Si existe un Deterioro Cognitivo Leve, se desarrolla una historia clínica en la cual se consigna el empeoramiento cognitivo del paciente. De no existir lo anterior, se hace necesario un periodo de observación del paciente mediante el cual pueda constatarse su empeoramiento cognitivo.
3. La historia clínica se presenta de la siguiente forma:
 - a. *Presentación amnésica*: Dentro de este perfil, los déficits deben contener “alteración en el aprendizaje y recuerdo de nueva información aprendida. Además, debe haber evidencia de alteración cognitiva en algún otro dominio”
 - b. *Presentación no-amnésica*:

- Presentación en el lenguaje: Existe una gran dificultad para encontrar las palabras. Esto no debe ser asociado con la Afasia progresiva primaria no fluente, porque ella no supone pérdida del discernimiento.
La Enfermedad de Alzheimer es mucho más compleja que esta última.
- Presentación visuoespacial: En lo relativo a este criterio se altera la percepción espacial de la persona. No reconoce caras ni objetos, en general. Por ejemplo, la persona puede pedir, al tomar un café, que le pasen el plato de lentejas, en vez del azúcar.
- Disfunción ejecutiva: La persona ya no puede resolver problemas ni dar opiniones.

4. El diagnóstico debe aplicarse cuando:

- a. Exista una “demencia por enfermedad de Alzheimer probable con declive cognitivo documentado”: Es el caso de un Deterioro Cognitivo sostenido y que sea corroborado mediante exámenes y observaciones a largo plazo.
- b. Exista una “demencia por enfermedad de Alzheimer probable en un portador de una mutación genética causante de enfermedad de Alzheimer.”

Hemos resumido de la manera más clara y comprensible para los estudiosos del Derecho los criterios médicos que constituyen a la Enfermedad de Alzheimer.

Sin tener un gran conocimiento en la materia creemos que, en lo que respecta, a la detección de estos síntomas, deben existir peritos que puedan esclarecer de mejor manera lo expuesto en cuanto al tema Neuropsicológico.

CAPÍTULO II

LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES, CON ÉNFASIS EN LOS ADULTOS MAYORES

La problemática, gira en torno a la *declaración de interdicción* del adulto mayor. Nos centraremos en la institución de la *Capacidad Jurídica*, remontándonos a tiempos antiguos, para determinar los cambios que ella ha sufrido.

Posteriormente, estudiaremos esta institución en la actualidad, entendiendo que no debe ser estática, sino que, más bien, ir a la par con la evolución general de los seres humanos en la vida diaria, adaptarse a los cambios. Veremos cuál es el régimen de protección de los incapaces, cómo es un juicio de interdicción y el sistema de tutelas y curatelas.

Finalmente, tendremos en cuenta los principios y garantías que inspiran la protección de los incapaces, a nivel nacional e internacional. Veremos, cuáles son las herramientas que tienen para la defensa de sus derechos y los incipientes instrumentos legales internacionales, que consignan nuevas garantías a los derechos de las personas con discapacidades, garantías a las que deben adecuarse los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados.

1. Capacidad Jurídica en términos generales

1.1 Antecedentes históricos relativos a la capacidad jurídica en el Derecho Romano

Remitiéndonos al Derecho Romano, ciudadano romano pleno era la persona que gozaba de la libertad, la ingenuidad y el estado de *sui iuris* y esto le

confería el *ius civitatis*, que era el derecho de la ciudad, es decir, la ciudadanía romana.

El *populus romanus* se integraba por los ciudadanos romanos pleno, patricios y plebeyos.

El *status civitatis* consistía en tener la ciudadanía romana.

Por su parte, el *status familiae*, quería decir que, los integrantes de la familia se encontraban sometidos a la potestad de un *paterfamilias*.

En el caso de que, por ejemplo, la hija del *paterfamilias* contrajera matrimonio se sometía a la familia de su marido, pues hay que recordar que la ciudadanía romana era un derecho exclusivo de los hombres en Roma.

El *status libertatis*, es decir, la libertad, estado más importante, pertenecía exclusivamente a los ciudadanos romanos.

Su importancia radica en que, si se perdía el *status libertatis* se perdían también los dos *status* antes mencionados. Esta falta era conocida como *capitis diminutio*, con la cual se perdían los derechos civiles.

Los *sui iuris* o ciudadanos romanos, no se encontraban sometidos a las potestades existentes en Roma, tomaban sus propias decisiones a diferencia de los *alieni iuris* que estaban sometidos al mando de otras personas –los *sui iuris*–.

Es a partir del Derecho Romano, por lo tanto, que se distinguió entre capaces e incapaces, pero con las claras diferencias expuestas. Esto porque, la capacidad se ha ido ajustando a las necesidades de los tiempos actuales.

En lo relativo a la incapacidad, en el Derecho Romano, se establecen ciertas normas que permiten regularla.

Las mujeres y los impúberes necesitaban que un tercero –el tutor- actuara por ellos para validar sus actos jurídicos, por ello se crea la tutela que viene a llenar este vacío legal.

En el ámbito que nos ocupa, fue necesario regular los actos de las personas que, por padecer de enfermedades mentales, no eran capaces de actuar por sí mismas en Derecho. Por ello, se crea la curatela, que supone también la

existencia de un tercero –el curador- que actuaba por la persona que se encontraba privada de razón, para que sus actos tengan eficacia jurídica.

La capacidad e incapacidad se instituye como un sistema de protección y aseguramiento de las personas y su patrimonio. Como lo veremos a continuación, la regla general es que, todas las personas seamos capaces y la incapacidad se crea para la protección de los incapaces y su patrimonio. Es más que nada, un interés económico, por la salvaguarda que se da del patrimonio de esta persona.

1.2 Conceptos y características

1.2.1 Definición Doctrinaria de Capacidad e Incapacidad.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, es necesario definir los términos legales que constituyen el objeto de estudio, desde el punto de vista doctrinario.

La capacidad es un estado inherente a todas las personas, sean estas personas naturales o personas jurídicas. Toda persona tiene capacidad, tanto es así que la capacidad es un atributo de la personalidad.

La persona que tiene capacidad es hábil para adquirir derechos y contraer obligaciones legales.

Y aquí debe distinguirse entre Capacidad de Goce y Capacidad de Ejercicio.

La Capacidad de Goce la tenemos todos, por el solo hecho de ser persona, y se adquiere desde el nacimiento.

Ahora, en lo que respecta a la Capacidad de Ejercicio, debemos decir que, no toda persona puede por sí misma realizar actos jurídicos, por lo que deben configurarse ciertos requisitos para que la persona pueda realizar dichos actos sin la representación o autorización de un tercero. Es decir, sin que la persona que la representa o la autorice concurra a la celebración del acto o contrato

Para efectos didácticos, debemos decir que, cuando hablamos de capacidad de manera ordinaria, nos referimos a la capacidad de ejercicio, puesto que, la capacidad de goce se entiende existente en toda persona, por el solo hecho de serlo.

Rafael de Asís, da la pauta para la distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio, así como para saber que es una incapacidad. Este autor explica que, la capacidad de ejercicio no es inherente a todas las personas: debe cumplirse con ciertos requisitos legales.

Además, distingue entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa introduciendo la palabra “intensidad” en su explicación, lo cual clarifica la existencia de capacidad e incapacidad. La incapacidad debe ser medida por el legislador, para poder tener en cuenta su intensidad. Lo cual es determinante para establecer el momento exacto, en que, debe declararse la interdicción de la persona que tiene una enfermedad mental.

“La capacidad de obrar (...) no existe en todas las personas, ni tampoco en la misma intensidad, con lo cual surge la distinción entre personas capaces e incapaces” (De Asís, 2013, p.8).

Para tratar la incapacidad, hemos encontrado varios autores que muestran cómo se la podría medir.

Aurelia María Romero Coloma citando a Ortega Monasterio nos entrega una clasificación que hemos encontrado muy interesante por lo ilustrativa y didáctica. Esto último no tiene aplicación legal en nuestro país, pero podría ser clave en la realización de reformas legales que vayan de la mano con el sistema de apoyos a la capacidad de obrar.

La autora hace alusión a varios grados de incapacidad, empezando por el grado de incapacidad máxima, que sería el cuarto y terminando por el grado de incapacidad mínimo, que sería el que nos interesa.

El grado de incapacidad mínimo se refiere, a la persona siendo autónoma, realizando sus actos por ella misma sin necesidad de la ayuda de terceros.

Lo relacionamos con el Deterioro Cognitivo Leve, pues este grado de incapacidad no supone la declaración de interdicción. Por lo tanto, las decisiones no deben ser tomadas por un curador, sino que la misma persona debe tomarlas.

Al respecto la autora dice que: “Este grado es propio de las personas afectadas por debilidad mental ligera o discreto deterioro senil de la personalidad.” (Romero, 2013, p. 18).

En la tesis de Mariana Castilla Calderas sobre “El Derecho a la no discriminación de las personas con trastornos mentales”, encontramos una reflexión sobre personalidad jurídica y capacidad, en ella se anuncia el problema que tienen las personas con discapacidad, con respecto al reconocimiento de su capacidad para ser titular de derechos y poder ejercerlos como persona autónoma.

Las personas con trastornos mentales no pueden ejercer todos sus derechos libremente, ni tampoco pueden acceder a la justicia como cualquier persona que no tiene una discapacidad.

Esto nos parece lamentable, porque todas las personas tenemos derechos. Por lo tanto, el ejercicio de los derechos de las personas con trastornos mentales debe ser siempre posible y no deben existir trabas a la capacidad, menos al acceso a la justicia.

Es mediante el acceso a la justicia que, las personas con discapacidades pueden hacerle frente a cualquier discriminación de la que sean objeto. Es un deber que, ellos puedan demandar sus derechos cuando los vean vulnerados.

1.3 Capacidad Jurídica en el Código Civil Ecuatoriano

La capacidad es un estado inherente a todas las personas, sean estas personas naturales o personas jurídicas, por medio del cual la persona es hábil para adquirir derechos y contraer obligaciones legales.

La capacidad es la regla general y de ella deriva la incapacidad, que es la excepción a la regla.

La regla general se encuentra consignada en el Artículo 1462 del Código Civil del Ecuador:

“artículo 1462

Toda persona es legalmente capaz excepto las que la ley declara incapaces.”

Entonces, todas las personas en general tienen capacidad legal para actuar. Es una particularidad que, una persona no sea capaz para el Derecho y deba actuar representada.

Es por ello que, cuando existe incapacidad absoluta en un demente, debe existir un juicio de interdicción, que declare a una persona incapaz y venga a crear un nuevo estado jurídico, por medio del cual, la persona no pueda actuar por sí misma y sus actos o contratos no sean válidos.

Hay q aclarar que para los impúberes y sordos que no puedan darse a entender “de manera verbal, por escrito o por lengua de señas”, no es necesario que se declare su interdicción, por ser algo evidente para el derecho y por tratarse de situaciones establecidas que no dejan lugar a dudas.

Posteriormente, en el Artículo 1463 se consigna la excepción y se clasifican las incapacidades en absolutas y relativas.

“artículo 1463

Son **absolutamente incapaces los dementes**, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten 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 clases de personas no es absoluta, y sus actos

pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

En lo relativo al caso del demente, la incapacidad absoluta es un medio, por el cual, la persona que está en un “estado habitual de demencia” ve sus decisiones y su patrimonio protegido de las personas que quisieren aprovecharse de esta falta de discernimiento.

Finalmente, también como medio de protección del demente, sólo con una autorización judicial este puede ser internado en un hospital, como se desprende del inciso segundo del artículo 487 del Código Civil:

“Ni podrá ser trasladado a un hospital psiquiátrico, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras, a solicitud del curador, o de cualquiera persona del pueblo, se obtenga autorización judicial para cualquiera de estas medidas”.

El anterior artículo debe ser interpretado en concordancia con el artículo 486 del Código Civil, en que, la regla es clara y anterior a la declaración de interdicción los actos de la persona son válidos, a menos que, se pueda probar que la persona estaba en estado de demencia cuando los celebró.

En lo relativo a los dementes, existe una prohibición expresa en el artículo 126 del Código Civil para el divorcio, pues el matrimonio es un vínculo que no puede disolverse por causa de demencia.

En cuanto a la acción de investigación de paternidad, según el artículo 256 del Código Civil, ella no deberá contar con el consentimiento del hijo demente para iniciarse.

En el caso del tutor o curador que se ocupe de la representación legal del incapaz, si este a su vez llegare a encontrarse en estado de demencia, el artículo 530 del Código Civil, regula esta situación viciando de nulidad los actos que se celebren por él, aun cuando, su interdicción no haya sido declarada en el momento de ejecución de esos actos.

El demente está impedido de testar y de ser testigo en testamento solemne. Esto se encuentra consignado respectivamente en los artículos 1043 y 1050 del Código Civil.

En materia de ilicitud de actos, los dementes no responden por sus actos ilícitos pero la responsabilidad se transporta a la persona del guardador. Además, puede solicitarse la indemnización de daños y perjuicios, originados por delito o cuasidelito civil, tal como lo señala el artículo 2219 del Código Civil.

1.4 Capacidad jurídica de las personas con discapacidad y ejercicio de derechos personales y personalísimos

Basaremos nuestro análisis en lo que expresa Pablo Oscar Rosales, en el Manual Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos coordinado por Francisco Bariffi y Agustina Palacios.

Es menester definir qué se entiende por derechos fundamentales, derechos personales, derechos personalísimos y atributos de la personalidad.

Los derechos fundamentales son derechos primarios, que le pertenecen a las personas por el solo hecho de serlo y de los cuáles se desprende la capacidad de goce. Todas las personas son titulares de estos derechos.

Un derecho personal, es según el artículo 596 del Código Civil, un derecho incorporal, su naturaleza es transmisible y transferible. Y se relaciona con el patrimonio de la persona.

Y, los derechos personalísimos son derechos consignados en la Constitución, que deben ser garantizados por el Estado, que le pertenecen al hombre por el solo hecho de serlo, se relacionan con lo que la persona es, son parte de su patrimonio moral.

No se puede ejercer ningún acto de disposición de ellos, por su naturaleza inalienable, imprescriptible, inembargable y si la persona es privada de estos derechos, su personalidad le sería arrebatada dejándola carente de ella. Por ejemplo, el derecho a la vida.

Los atributos inherentes a la personalidad, son aquellos que no pueden separarse de la persona, están atados a ella y le permiten tener una identidad, distinguirse de las demás personas, individualizan a la persona. Por ejemplo el nombre, la capacidad.

Nuestro análisis se centrará en los derechos personalísimos. Sus características se encuentran desarrolladas en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y son las siguientes:

- a. Innatos;
- b. Vitalicios;
- c. Inalienables;
- d. Imprescriptibles;
- e. De carácter extrapatrimonial; y,
- f. Absolutos.

Trataremos los derechos de mayor importancia de las personas con discapacidad, que son garantizados en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

En la Convención se aseguran derechos inherentes a la persona, como la privacidad, derecho consignado en el artículo 22, por ser un derecho fundamental. Es un derecho que tenemos todas las personas, por el solo hecho de serlo. Por lo tanto, un derecho que abarca a todas las personas independientemente de la discapacidad que puedan tener.

Pablo Oscar Rosales, es del criterio que existe un deber de respeto a la privacidad y más aún cuando se trata de una persona con discapacidad, porque muchas veces ellas son las que sufren más vulneraciones de sus derechos. Por ejemplo, cuando se le debe cambiar el pañal a una persona con discapacidad y una tercera persona permanece en la habitación mirando todo el proceso.

En el artículo 25 de esta Convención, se tiene en cuenta el derecho a la salud de las personas con discapacidad, debe ser un servicio de alta calidad, gratuito y de fácil acceso para la persona con discapacidad.

Es decir, si hablamos de la rehabilitación de la persona con discapacidad (en este caso del adulto mayor que tiene un Deterioro Cognitivo Leve), este particular no debe aislarla de su vida diaria, puesto que, el deseo es de mantenerla incluida en la misma. Este criterio va de la mano con el que supone que los adultos mayores deben permanecer insertados en la vida diaria. Dejando de lado el viejo concepto bajo el cual se consideraba que el adulto mayor, en razón de su edad era una persona que debía permanecer relegada, porque se creía que ya no eran de utilidad en la vida diaria.

Además, en lo que respecta a procedimientos que se le deban practicar, conviene tomar en cuenta la decisión de la persona con discapacidad y comunicarle de forma oportuna cuáles son los tratamientos que se les debe practicar.

La Declaración de Montreal del 6 de Octubre del 2004, pone énfasis en la discapacidad intelectual, en el derecho que tienen las personas con este tipo de discapacidad para tomar decisiones en su propia vida y el apoyo que deben recibir por parte de sus familiares. Destacamos lo siguiente:

“artículo 6

b) Bajo ninguna circunstancia las personas con discapacidades intelectuales serán consideradas totalmente incompetentes para tomar

decisiones en razón de su discapacidad” (Declaración de Montreal, 2004)

También, con respecto a la habilitación y rehabilitación de las personas con discapacidad, el artículo 26 de la Convención plantea la idea siguiente:

“Que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida” (Bariffi & Palacios, 2012, p.564).

Por nuestra parte, somos de la idea que, en el caso de los adultos mayores, como se dijo anteriormente, se los asocia con personas que carecen de utilidad para la sociedad. No se tiene en cuenta que con los avances tecnológicos, a pesar de sus enfermedades, ellos también pueden integrarse de manera óptima en la vida diaria. Si se prueba de manera certera que su enfermedad degenerativa les causó una demencia, existe por su parte, la figura de la interdicción, como una manera de proteger al adulto mayor con discapacidad mental.

Pero esta figura podría ser cuestionable, ya que sabemos que en Argentina el nuevo Código Civil no ha tenido una feliz acogida. En el hermano país, se pide la eliminación de la interdicción Judicial argumentando que el nuevo Código Civil debe respetar y proteger la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ya que el actual Código Civil al igual que el nuestro no reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Al respecto, se plantea lo siguiente en el hermano país:

“Solicitamos que se reformule el proyecto original y se lo adecue a los instrumentos internacionales de derechos humanos en materia de ejercicio de capacidad jurídica, igualdad y no discriminación”. (Misischia, 2013)

En nuestro país, no se debería también revisar una figura que fue implementada hace centenas de años. ¿En qué medida esta figura se adecúa

a las necesidades y a los progresos que se han dado en el campo científico en cuanto a la capacidad de las personas?

Hemos resaltado todos los criterios que conforman la visión de las discapacidades actualmente en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y creemos que sería pertinente una revisión de las normas jurídicas en ese campo.

Superar percepciones y estereotipos debería ser la regla general y repensar normas jurídicas que no se adaptan a las necesidades actuales de las personas.

2. Régimen de protección de los incapaces

2.1 La interdicción en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

En el tratado de Derecho Civil de Alessandri, Somarriva y Vodanovic se da una definición de interdicción:

“La interdicción podemos definirla como el decreto judicial que priva a una persona de la libre administración de sus bienes y que la somete a la calidad de pupilo. Es por lo tanto, una institución de carácter patrimonial. De ahí que si el demente o el sordomudo, por ejemplo, carecen de bienes, no habrá mayor interés en declararlos en interdicción.” (Alessandri, Somarriva, &Vodanovic, 1998, p.581)

La declaración de interdicción no solo tiene un efecto patrimonial sobre los bienes del interdicto: el incapaz no podrá celebrar un acto o contrato por él mismo, ni tampoco podrá comparecer en juicio como actor o demandado. Por ello, este necesita de una persona que lo represente legalmente para que así sus actos puedan tener eficacia legal.

Asimismo, el Tratado Práctico de Derecho Civil Francés de Planiol y Ripert, nos da una definición de juicio de interdicción:

“La interdicción es una sentencia por medio de la cual, un tribunal civil, después de haber comprobado la enajenación mental de una persona, le retira la administración de sus bienes. Esta sentencia entraña como consecuencia el sometimiento a tutela del interdicto, el término interdicción designa a veces también el estado creado por la sentencia de interdicción” (Planiol & Ripert, 1945, p.611).

Para la comprensión de la institución, debemos distinguir entre las acciones constitutivas y declarativas de estado civil, para poner énfasis en los efectos que se crean en una sentencia de declaración de interdicción.

Las acciones declarativas de estado civil simplemente comprueban un estado ya existente.

Mientras que, las acciones constitutivas de estados civiles, crean un nuevo estado jurídico que, previo a la sentencia jurídica no existía.

El caso de la declaración de interdicción vendría a ser una acción constitutiva, pues, la regla general es que una persona sea capaz legalmente. Esto lo podemos encontrar en el Código Civil, Libro I sobre la Capacidad.

Para efectos legales, también es importante precisar que se crean efectos erga omnes con la sentencia en un juicio de interdicción. Es decir que, es oponible a todas las personas en la sociedad y rige para todos los casos.

En el caso de los incapaces absolutos, como dementes o impúberes no es necesario que exista una declaración de interdicción, porque ellos se entienden incapaces absolutos sin la necesidad de ella. Pero, en el caso de los dementes es necesario que se declare la interdicción para que opere la presunción del artículo 486 que veremos más adelante.

La interdicción, en lo relativo a la demencia, se entiende como una prohibición, en virtud de la cual, un demente no puede administrar sus bienes.

Según la doctrina civil chilena, en la que nos apoyamos, porque tenemos el mismo Código Civil, la palabra *demente* hace alusión a todo tipo de enfermedad mental.

Actualmente, con la reforma al artículo 126 del Código Civil sustituido por la Ley No. 00, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 796, de 25 de Septiembre del 2012, se sustituye la palabra *demente* por *persona con discapacidad intelectual o persona sorda*.

Estos términos no nos parecen los más adecuados para calificar a los dementes, porque no se toma en cuenta todo el universo de enfermedades mentales que existe. Además de restringir el campo de aplicación de la interdicción, existe una confusión entre *discapacidad mental* y *discapacidad intelectual*.

Dicho lo anterior, señalaremos que esta prohibición no recae sobre los bienes propiamente tales, sino sobre aquella persona que los posee. Por tanto, se trata de una prohibición personal. La prohibición puede afectar a ciertos bienes del interdicto o todos ellos.

La declaración de interdicción de un demente, debe darse en virtud de un fallo judicial, de un mandato o decisión del juez.

Para que exista una persona con discapacidad mental que sea incapaz, debe anteriormente haber sido declarada como tal en base a una causal legal. Causal que se demuestra en el correspondiente juicio de interdicción. En lo relativo a impúberes y sordos nos remitimos a lo dicho.

Como consecuencia de esta declaratoria e inmediatamente en el juicio de interdicción, debe procederse al nombramiento de un curador para el interdicto.

Por otro lado, es importante precisar que, para que exista privación de bienes del demente el Código Civil demanda:

“Artículo 478.-

El adulto que se halla en **estado habitual de demencia**, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos.”

El término demencia en el anterior caso comprende absolutamente todos los casos de demencia, en todos sus grados y con todos los nombres que se le puedan asignar a la demencia. Esto según Luis Claro Solar.

Además, parecería que la regla que da el artículo 478 es una norma imperativa, pues ella contiene el verbo *deberá*, lo cual a nuestro parecer sugiere obligatoriedad en la norma. El juez puede sólo proceder a petición de parte, es decir, mediante el requerimiento de las personas que pueden provocar la interdicción del demente.

2.1.1 Personas que pueden provocar la Interdicción del demente

Es necesario saber quienes se encargan de provocar la interdicción del demente, para comprender el tema en estudio.

Existe una regla relativa a que, las mismas personas que pueden provocar la Interdicción en el caso del disipador lo pueden hacer para el demente.

La regla sobre la provocación de Interdicción de los disipadores que es aplicada a la declaración de Interdicción del demente, es la siguiente:

“Artículo 464

El juicio de interdicción podrá ser provocado por el cónyuge del supuesto disipador, por cualquiera de sus consanguíneos, hasta en el cuarto grado, por sus padres, hijos y hermanos, y por el ministerio público.

El ministerio público será oído aún en los casos en que el juicio de interdicción no haya sido provocado por él”.

Generalmente puede provocarse la Interdicción por los familiares del demente, pero, cuando el demente represente una amenaza para la comunidad toda, debe provocarse de oficio para proteger y garantizar los derechos de ella.

2.1.2 Juicio de Interdicción

Se inicia con una demanda, realizada por algunas de las personas que pueden provocar la Interdicción en contra de la persona que se supone demente.

Se realiza la correspondiente notificación a la persona que se presume demente, porque antes del juicio de interdicción se le presume plenamente capaz, ya que no existe una sentencia que confirme la demencia.

Sin embargo, no sería lógico provocar un juicio de Interdicción de una persona plenamente capaz. Por ello, se deben acompañar los antecedentes y pruebas del caso. Además, se debe solicitar un *curador-ad-litem*, quien será notificado también con la demanda y representará al demente en juicio.

Se puede pedir la interdicción provisoria, como lo menciona el artículo 468 del Código Civil. El procedimiento es que, en virtud de los antecedentes expuestos se la decreta y que ella sea momentánea.

2.2 Sistema de tutelas y curatelas

2.2.1 La Institución de la curatela en el Derecho Romano: El curador y la administración de los bienes del interdicto

En el Derecho Romano, existe una vieja institución llamada curatela, la clasificación de ella es bastante particular.

La distinción entre tutelas y curatelas radica en que la tutela estaba destinada a defender a la persona. En cambio, la curatela tenía solo que ver con los bienes de la persona, la defensa en este sentido era patrimonial.

En el Derecho Romano existen dos tipos de curatela, la *cura furiosi* y la *cura prodigi*. Estos tipos de curatela se encuentran consignados en la Ley de las XII Tablas.

Según J. Declareuil, autor de *Roma y la Organización del Derecho*, las curatelas relegaban el patrimonio del loco, a la administración de los agnados más próximos, pero a falta de ellos debían buscarse gentiles que ejercieran dicha labor. Estos eran los llamados *curator legitimus*.

En lo relativo a la elección de un curador, cuando existía una última voluntad del padre, es decir, en un testamento, el magistrado podía a su criterio tener en cuenta esta última voluntad. Esta curatela terminaba de pleno derecho, de existir intervalos lúcidos del loco y empezaba también de pleno derecho al manifestarse síntomas de locura en la persona.

La curatela del pródigo comenzaba y terminaba con un decreto del magistrado. En este caso en particular, se prohibían los actos de comercio que involucraran el patrimonio del pródigo.

Los curadores en ambos casos estaban facultados para disponer del patrimonio de la persona como ellos estimaran conveniente. Pero, la acción del curador se limitaba sólo a la administración de los bienes del enfermo.

También se concedía especial atención, a las personas débiles y enfermas, puesto que al encontrarse en esta condición, no podían atender sus negocios y debía actuar por ellas un representante que se ocupe de darle una buena administración y conservación al patrimonio de este tipo de enfermos. Esta curatela tenía el nombre de *cura debilium personarum*.

En lo que respecta a los bienes hereditarios, el curador fue facultado para pedir la posesión de ellos, a lo que se le llamó *bonorum possessio*.

En un último caso, el magistrado elegía la persona que resultara más idónea para la realización del cargo de curador. Esta persona se llamaba *curator honorarius*. Esta institución se puso en marcha para proteger el patrimonio del incapaz, puesto que, no existían limitaciones para la administración del patrimonio por parte del curador.

Y finalmente, se le impuso al curador honorario la *satisfatio rem salvamfore* que permitió un beneficio económico para el incapaz. Al igual que la íntegra restitución de su patrimonio que los incapaces debían percibir.

Para amparar la efectividad de esta institución se acudía a las *actiones negotiorum gestorum*: acciones de gestión de negocios ajenos. Ellas exigían del curador una buena administración del patrimonio de la persona sujeta a curatela, so pena de exigir una indemnización por los perjuicios causados si existiere dolo en dicha administración.

Ni el loco, ni el prodigo podían participar en acto jurídico alguno. Pero, más tarde en el Derecho Clásico, se permitió al prodigo ejecutar los actos jurídicos que optimizaran su condición económica.

En el Derecho Romano la curatela del loco comenzaba de pleno derecho y terminaba de la misma manera. Esto para el resguardo efectivo del patrimonio del incapaz. El problema es que no existían limitaciones en la administración de este patrimonio, por lo que el patrimonio pasaba a manos de la administración del curador pero no era seguro que este permaneciera a salvo, por esto es que, más tarde se exige una buena administración del mismo.

En lo relativo a la comprobación del estado de demencia, esto sólo se sujetaba a una sintomatología establecida, pero no existían peritos en el área que lo certificaran para un caso en específico.

2.2.2 La Curaduría y la Tutela en nuestro Ordenamiento Jurídico

Las guardas son el nombre genérico dentro del cual se encuentran las tutelas y las curatelas.

El principal objetivo de esta institución es, la protección de la persona que no se encuentra en capacidad de tomar decisiones y administrar su patrimonio por sí misma. Aunque, podríamos pensar que la definición comprende solo un contenido patrimonial, en esencia lo importante es que se de protección a la persona incapaz como tal. Esta idea se desprende el artículo 369 del Código Civil.

Las diferencias entre la tutela y la curatela radican en la intensidad con que se dan las guardas realizando una distinción entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa.

Al decir del profesor Larrea Holguín:

“si la incapacidad fuera **absoluta**, se le debería dar tutor, con más amplias funciones, y con poder de representar y no de autorizar al pupilo; en cambio a las personas solamente con **incapacidad relativa** se debía asignar un curador que completara su imperfecta capacidad, sea autorizándoles o bien representándoles y debiendo en todo caso, contar más con el propio criterio de su protegido el cual por tener el uso de su razón bien puede intervenir más profundamente en sus propios asuntos aunque se halle sometido a una guarda”.

Según lo estudiado, en el caso del DCL, la persona es capaz de tomar decisiones por sí misma. Puesto que, el deterioro de sus funciones cognitivas es menor y no alcanza a comprometer gravemente las funciones básicas que

son las que les permiten a la persona tomar decisiones en pleno uso de sus facultades mentales.

La definición de curaduría y de tutela de nuestro Código Civil establece que:

"Artículo 367.-

Las tutelas y las curadurías o curatelas 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 puedan darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores". (Énfasis añadido)

El ámbito de aplicación de la curaduría general, según el artículo 371 Código Civil, es a las personas que se encuentran en declaración de interdicción, proveniente de una sentencia firme y ejecutoriada dada por un juez.

Las personas que se hallan bajo interdicción no podrán administrar sus bienes por sí mismas, porque realizarían una mala administración de su patrimonio, ya que no se encuentran en pleno uso de sus facultades mentales.

Como veremos en el próximo capítulo, después de la declaración de interdicción del incapaz, sus actos no surten efecto, porque existe una sentencia que declara que no pueden administrar su patrimonio por sí mismos.

2.2.3 Tipos de curadurías.

Estudiaremos los tipos de curadurías que existen en nuestro Ordenamiento Jurídico, para saber cuáles son actualmente las maneras en que se representan a los incapaces.

Ponemos especial énfasis en las curadurías, porque ellas tienen que ver con los adultos mayores que sufren trastornos mentales. Las tutelas como tal, se orientan a los pupilos y menores de edad.

Los tipos de curadurías existentes según el artículo 381 se dividen en:

- Testamentarias;
- Legítimas; y,
- Dativas.

Creemos que, las curadurías no han cambiado mucho de lo que eran en el Derecho Romano.

Las curadurías Dativas podrían asimilarse a las curadurías honorarias pues, como lo vimos anteriormente, las realizaba un magistrado y ahora las otorga el juez.

La curatela es actualmente una “institución de guarda legal que tiene por objeto la intervención del curador en aquellos actos que señala la ley o la sentencia de incapacitación”

(<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/curatela/curatela.htm>, Recuperado el 4 de Diciembre del 2012).

La curaduría supone entonces un juicio de interdicción previo, ya que, si no se comprueba la incapacidad para actuar del discapacitado mental, él puede seguir realizando actos jurídicos por sí mismo.

A diferencia del Derecho Romano, en nuestros días, la curaduría solo tiene que ver con actos determinados de vital importancia para el incapaz, señalados taxativamente. Esto como un medio de protección del patrimonio del incapaz.

Aquí surge una gran diferencia con la institución de la tutela en la que el incapaz no puede actuar por sí mismo, por regla general. Entonces, en la tutela, el tutor es un representante legal del pupilo.

En la curatela, existe una suerte de complemento a la capacidad del interdicto. El representante legal actúa por sí mismo para darle validez a los actos del interdicto. Es decir que, antepone su capacidad legal en los actos que realiza a nombre del incapaz, para que no puedan ser invalidados por falta de un requisito de validez del acto jurídico.

3. Principios de garantías y protección de los Derechos de las personas con discapacidad en los instrumentos nacionales e internacionales

3.1 Principios de aplicación general para la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en la Ley Ecuatoriana de Discapacidades

Los derechos fundamentales en un Estado se conciben como, las bases dentro de las cuales debe encuadrarse un Ordenamiento Jurídico, para el respeto de los Derechos de todas las personas sin excepción alguna. Son principios de cumplimiento general a los que deben obedecer los Estados, so pena de infringir normas internacionales de cumplimiento obligatorio.

Para el estudio de este tema, hemos querido realizar el análisis de los distintos instrumentos legales que protegen los derechos de las personas con discapacidad, veremos cuáles son los principios enunciados en la Ley de Discapacidades, del 19 de Septiembre del 2012, Registro Oficial Suplemento 796, de 25 de Septiembre del 2012.

El artículo 4 de la Ley de Discapacidades contiene los siguientes principios:

1. No discriminación: Las personas con discapacidad no pueden ser discriminadas por su condición, ni siquiera su familia. Ellos tienen los mismos derechos que una persona que no sufra de discapacidad alguna.

Posteriormente se enuncia el principio de Acción Afirmativa que consiste en lo siguiente:

“La acción afirmativa será toda aquella medida necesaria, proporcional y de aplicación obligatoria cuando se manifieste la condición de

desigualdad de la persona con discapacidad en el espacio en que goce y ejerza sus derechos; tendrá enfoque de género, generacional e intercultural”;

2. **In dubio pro hominem:** Es la base de la protección que queremos darle al discapacitado mental, por lo cual es un principio de vital importancia. Con él se toma en cuenta siempre la norma más favorable para la persona con discapacidad de manera a salvaguardar los intereses de la persona con discapacidad.

3. **Igualdad de oportunidades:** Este es el principio de igualdad ante la ley, se enuncia en la Constitución de la República. Y en esta ocasión está orientado a la igualdad de oportunidades que deben tener las personas con discapacidad en nuestro Ordenamiento Jurídico. La denegación de justicia a las personas con discapacidad es penada por la ley.

4. **Participación e inclusión:** “se procurará la participación protagónica de las personas con discapacidad en la toma de decisiones, planificación y gestión en los asuntos de interés público para lo cual el Estado determinará planes y programas estatales y privados coordinados y las medidas necesarias para su participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad”; Por medio de este principio se incluyen y protegen los derechos de las personas con discapacidad.

5. **Accesibilidad:** Este principio es una de las bases del nuevo Modelo de Derechos Humanos e Inclusión Social por medio del cual deben crearse elementos que permitan a las personas con discapacidad llevar una vida *normal* y no tener dificultades para acceder a servicios e instalaciones a los que cualquier persona podría acceder.

6. **Atención prioritaria:** Este es el principio que se establece en la Constitución de la República. El Estado debe procurar el buen vivir en las mejores condiciones posibles de todos habitantes de la nación sin

excepción alguna. Además, este principio engloba la atención especializada que este grupo debe recibir.

Finalmente la Ley de Discapacidades se refiere a las normas jerárquicamente superiores e instrumentos internacionales que deben ser tomados en cuenta al momento de la aplicación de esta Ley, expresando lo siguiente:

“La presente normativa también se sujeta a los demás principios consagrados en la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos”. (*Lexis, 2014*).

Hemos querido consignar únicamente los principios de interés en nuestro análisis. Por ello es que, solo enumeramos aquellos que sirven para el desarrollo de este estudio.

3.2 La Igualdad de las personas con discapacidad en instrumentos nacionales e internacionales

Se deben distinguir dos tipos de igualdades: la igualdad ante la ley y la igualdad ante la justicia.

3.2.1 La Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad ante la ley

La igualdad ante la ley supone la existencia de las mismas normas jurídicas para todas las personas que se encuentren en situaciones análogas de derecho.

Si nos referimos a situaciones análogas de derecho, son aquéllas en las que, las personas que no tienen diferencias aparentes se encuentran en similares situaciones de hecho. Se refiere también a las personas que no pueden

diferenciarse las unas de las otras por condiciones físicas, de salud, intelectuales, entre otras.

Esto se apoya en el principio de seguridad jurídica, todas las personas deben tener igual tratamiento jurídico ante la ley. No se conciben privilegios para ciertas personas.

El nivel de igualdad que deben tener es ante cualquier norma jurídica, sea la Constitución de la República o una ley.

De la mano con el principio de igualdad va el principio de no discriminación. En el artículo 11 numeral 2 de nuestra Constitución de la República se sientan las bases constitucionales que hay que tener en cuenta para el respeto y no discriminación de las personas.

En el artículo en alusión se enumeran taxativamente las personas que no deben ser objeto de discriminación y se asegura su igualdad de derechos y oportunidades.

Este es un principio de aplicación general, que era evidente que debía ser considerado, pues afirma la igualdad en Derecho aun cuando existan diferencias latentes entre las personas.

Hay que distinguir en este artículo entre *igualdad formal*, que supone la igualdad de todos los hombres de manera general. Y por otro lado, la *igualdad real*, que es la que considera a todas las personas con sus diferencias y mediante esta no se las puede tratar por igual por sus diferencias. Existen personas que es necesario que reciban un trato preferencial en razón de su desigualdad.

Este último es un sistema de compensación de pesos y contrapesos que tiene nuestra Carta Fundamental, sistema que debe existir en todo Ordenamiento Jurídico, para asegurar que los derechos de todas las personas se garanticen y respeten por igual.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 1, es un principio general de aplicación universal el principio de igualdad de los seres humanos a nivel mundial.

El principio de igualdad tiene una limitación, y esta es el principio objetivo de derecho en virtud del cual el *derecho* de una persona acaba en donde nace el derecho de otra. La igualdad es entonces relativa, porque para que ella sea justa y sea para todos, se debe tomar en cuenta las desigualdades existentes y crear una *igualdad formal*.

En el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se refuerza la idea de no discriminación que vimos anteriormente en la Constitución de la República, respecto a la igualdad de las personas y a la no discriminación. No debe discriminarse a ninguna persona por ser diferente.

Por su parte, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (ONU) indica que, la protección legal a la que debe acceder una persona discapacitada no debe ser discriminatoria. Debe ser en los mismos términos que una persona que no tiene ninguna discapacidad. Protección que también está consignada en nuestra Carta Fundamental. Por lo que, llegamos a la conclusión de que es una protección universal que tienen todos los individuos especialmente aquellos que tienen una discapacidad, en las instancias legales nacionales e internacionales.

Sin embargo, en el Reglamento a la Ley de Discapacidades en su artículo 16, la solicitud de una persona con discapacidad para acceder a un seguro podrá ser calificada según el riesgo por las empresas de seguros de vida como *subnormal*. Esto llama particularmente nuestra atención por lo peyorativo del término, ya que según el diccionario de la Real Academia *subnormal* es: “Dicho de una persona: Que tiene una capacidad intelectual notablemente inferior a lo normal”. Aun cuando esto se refiera al riesgo de la solicitud si hablamos de personas con discapacidad se entiende que se quiere calificar al riesgo de la discapacidad como *subnormal*, por lo tanto, el término abarca a las personas

con discapacidad. Y está claro que los instrumentos internacionales se enfocan en calificar a la discapacidad como un rasgo distintivo que debería considerarse normal. Esto es contrario a la integración de la que deben ser objeto las personas con discapacidad.

3.2.2 La Igualdad de las personas con discapacidad ante la justicia

La igualdad ante la justicia supone el ejercicio imparcial y ajustado a derecho de la función jurisdiccional. Es decir que, la persona con discapacidad posee una igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, esto en todas las instancias jurídicas.

En artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, se hace alusión al principio de acción afirmativa, el cual supone que, para que exista igualdad en los derechos de las personas que son diferentes, la persona en cuestión está facultada para hacer valer en juicio estos derechos si los ve vulnerados.

En el artículo 81 de la Constitución de la República se respalda el principio de igualdad de Derechos y del Principio de Acción Afirmativa. En virtud de los cuales, se deben sancionar los actos que discriminen a las personas que tienen alguna discapacidad. Esta es una garantía constitucional que puede hacerse valer mediante el principio de Acción Afirmativa.

El *procedimiento especial* es la regla general para juzgar aquellos delitos que se cometan contra personas con discapacidad y adultos mayores. Lo que demuestra que existe una protección específica en estos casos para crear igualdad en la desigualdad.

En su artículo I la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (OEA) define lo que se entiende por “discriminación de las personas con discapacidad”. Esta definición apunta a la protección de los derechos humanos y que no exista

discriminación alguna contra las personas con discapacidad para que puedan gozar de los derechos que les corresponde por ley.

El anterior artículo pone énfasis en la importancia de darle protección a los derechos de las personas con discapacidad porque pueden ser sujetos de discriminación.

3.3 La inclusión de las personas con discapacidades

El artículo 47 de la Constitución de la República, hace alusión a la palabra *integración* y aquí diremos que no estamos de acuerdo con la utilización de esta expresión.

Como vimos en el capítulo anterior, la integración es la adaptación de la persona con discapacidad a la realidad diaria, y lo que queremos es más bien la inclusión de la persona con discapacidad, que la sociedad se modifique para adaptarse a sus necesidades.

Por lo cual, somos de la idea que el término se encuentra mal empleado. A lo que se debería propender es a crear elementos para que las personas con discapacidad sientan que tienen su espacio en la vida diaria. Por ejemplo, poniendo una rampa para que pueda pasar la silla de ruedas en el caso de una persona con discapacidad física.

De igual manera el artículo 48 de la Constitución, es un reflejo no de inclusión, pero sí de integración de las personas con discapacidad, pues ellos están facultados para ejercer sus derechos de la misma manera que una persona sin discapacidades lo hace habitualmente.

La protección de los derechos de las personas con discapacidad es evidente, cuando llegaren a ver alguno de sus derechos vulnerados.

En el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (ONU), en el propósito de ella, sobretodo en la parte final queremos realizar un paralelo con el artículo 47 de nuestra Carta Fundamental cuando se habla de “equiparación de oportunidades”.

Es decir que, los discapacitados deben tener el mismo acceso a oportunidades que podrían tener las personas que no posean discapacidad alguna. Esta idea va de la mano con aquella que indica que, se deben eliminar las barreras que existen en el mundo para los discapacitados. Aún hoy en día, el mundo está hecho sólo para las personas que no tienen ninguna discapacidad, aunque la idea de inclusión sea cada vez más fuerte.

Además, muestra la necesidad de que existan sistemas de *integración* para estas personas en la sociedad. En este artículo también se promueve la *integración*, pero aquí se nos habla de *integración social* o *desarrollo personal*. Por lo tanto, a nuestro parecer, el término está bien ocupado, porque se emplea con el fin de que las personas con discapacidad puedan adaptarse y desarrollarse en sociedad.

El compromiso reflejado en el Artículo III de la mencionada Convención que debe existir por los Estados parte, es el de no discriminar a las personas con discapacidad y promover su inclusión en la vida diaria, el mismo que se da en nuestra normativa nacional. Además, debemos decir que creemos que, aquí si se encuentra mal empleado el término *integración*, porque a lo que se quiere hacer alusión es a la creación de elementos de adaptación para las personas con discapacidad.

3.3 La visión de la capacidad jurídica dentro de la nueva estructura constitucional y desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Es menester ubicar a la capacidad de goce y de ejercicio en la Constitución de la República, para entender la importancia que reviste esta institución en esta

norma de jerarquía superior. La regla sobre estas capacidades la da los artículos 10 y 11 de la Constitución de la República.

En el caso de la capacidad de goce, a la que se hace alusión el artículo 10, ella es la regla general y la tenemos todas las personas por el solo hecho de serlo.

La Constitución enumera todos los tipos de nacionalidades existentes en el país, pues el nuevo modelo constitucional propende al resguardo de la diversidad cultural, y muestra que, la titularidad de los derechos consagrados en ella le pertenece a todas las personas, nacionales y extranjeros, sin excepción alguna.

Por otra parte, en lo relativo a la capacidad de ejercicio, el artículo 11 de la Constitución de la República aclara cuales son los principios que rigen para ejercer los derechos de los que somos titulares todas las personas. Y ahí enumera todos los principios de manera taxativa.

El artículo 12 número 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, hace referencia a la capacidad jurídica de las personas con Discapacidad, tema que nos interesa, sobretodo porque, regula el tema del apoyo en la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad: deben ser ellas quienes tengan la última palabra en materia de capacidad jurídica y no sus familiares.

La idea de la Convención es que no se realice distinción alguna en razón de una discapacidad, que la persona siga teniendo su capacidad jurídica intacta. Además, destacamos el hecho de que la persona con discapacidad puede decidir si acepta o no el apoyo en la toma de sus decisiones. Por lo tanto, no es una condición la existencia del apoyo en la toma de decisiones, para que la persona con discapacidad tome una decisión que involucre a su capacidad jurídica.

En este punto encontramos una idea muy interesante propuesta por Agustina Palacios en el Manual sobre Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos. La autora manifiesta que:

“La curatela facilita la institucionalización, dado que el representante puede otorgar el consentimiento incluso cuando la persona se opone a ser institucionalizada”. (Bariffi & Palacios, 2012, p. 209)

Es por ello que, la institución debería ser revisada para valorar las libertades de las personas que aun cuando no puedan tomar decisiones sabias respecto de algún tema, puedan errar, como de hecho cualquier persona que no tenga discapacidad lo haría.

Sin embargo, no queremos desechar la idea de apoyo que deben tener las personas con discapacidades, sobre todo los adultos mayores, que ven disminuidas sus capacidades mentales. Es por ello que, creemos en el apoyo en la toma de decisiones, pero estamos abiertos al debate en la materia.

Haciendo un paralelo con el procedimiento nacional, en nuestro país, a parte de las definiciones que dimos en el capítulo anterior, es persona con discapacidad aquella que tiene un carné del Consejo Nacional de Discapacidades del 30% o más, perteneciendo a los grados moderado, grave y muy grave. Esto último fue modificado por el artículo 1 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades en el cual se consideraba persona con discapacidad a aquella con el 40% o más de discapacidad debidamente calificado por la autoridad sanitaria nacional.

La Asambleísta María Cristina Kronfle envió un Proyecto de Ley Reformatoria para reformar este porcentaje y que se vuelva al 30% y hasta la fecha esto se encuentra en discusión. Somos del criterio que, un Reglamento es una norma de procedimiento, esta debe indicar como aplicar una ley y no regular lo que una ley no ha regulado. Por lo tanto, es errado lo que la Ley Orgánica de Discapacidades indica acerca del establecimiento del porcentaje de discapacidad: “en la proporción que establezca el Reglamento”.

Según lo analizado, es imperativo delimitar de la manera más específica cuando se considera que una persona tiene discapacidad, para que pueda gozar de todos los derechos que no sólo tienen en leyes nacionales, sino que instrumentos internacionales suscritos para el efecto. Creemos que es un tema delicado, porque la ley siempre debe proteger y garantizar los derechos de todas las personas.

Finalmente, creemos que, aunque sea una discapacidad de grado muy grave, la persona con discapacidad mental deberá haber sido declarada incapaz para que tenga una incapacidad absoluta en el ámbito jurídico.

3.4 Beneficios de los que goza el Adulto Mayor en las leyes ecuatorianas

Es elemental determinar cuáles son los beneficios de los que goza el adulto mayor, porque es la persona a la que le pueden afectar directamente las enfermedades en estudio, para entender el alcance de nuestra propuesta.

En la Constitución de la República del Ecuador, norma que se encuentra en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, se toma en cuenta al grupo conformado por los adultos mayores y se los califica como grupos de atención prioritaria cambiando la anterior nomenclatura de la Constitución de 1998 en la que eran un grupo de atención vulnerable. Se dejan atrás términos peyorativos y se reafirma el garantismo de la actual Constitución, pues ubica a los derechos y el cuidado del adulto mayor como una prioridad del Ordenamiento Jurídico. Los derechos de los adultos mayores se aplican ahora de manera directa.

En lo que respecta a la protección que se da al adulto mayor en la Ley del Anciano, se asegura que este grupo de atención prioritaria no quede desprotegido, que tenga acceso a la salud, a los servicios básicos y a todo lo que les asegure una vida digna y una existencia “útil y decorosa” como se consigna en esta misma ley.

Ahora, si nos referimos a la Ley Orgánica de Seguridad Social que tiene como objetivo primordial cubrir las necesidades básicas del adulto mayor cuando éste ve su capacidad para trabajar disminuida por envejecimiento y debe acceder a la jubilación. Se detallan en esta Ley las prestaciones que deberán estar a cargo del Sistema de Seguridad Social, las que pasamos a compartir a continuación:

1. Pensión por vejez e invalidez;
2. Acceso a la salud;
3. Subsidio transitorio por incapacidad parcial;
4. Pensiones de montepío por viudez y orfandad;
5. Subsidio para auxilio de funerales;
6. Pensión asistencial por vejez o invalidez, financiada obligatoriamente por el Estado.

La Ley de Derechos y Amparo al Paciente establece la atención digna y oportuna que deben recibir todos los pacientes sin excepción; pero queremos centrar nuestra atención sobre el adulto mayor.

Como paciente el adulto mayor está habilitado para decidir si acepta o se opone a un tratamiento médico que los médicos consideren que se le debe practicar.

La Ley de Prevención, protección y atención integral a las personas que padecen diabetes establece todo lo que el título antes mencionado nos sugiere, y además, crea el Instituto Nacional de Diabetología que trabaja en conjunto con el Ministerio de Salud Pública. Tenemos en claro que esta es una enfermedad que puede afectar a todos los segmentos de la población, pero merece un cuidado especial para los adultos mayores que, son un grupo de atención prioritaria que merece mayor cuidado y prevención.

En cuanto al régimen tributario del adulto mayor, en la página web del Servicio de Rentas Internas se plantea cuáles son las discriminaciones positivas de las que gozará el adulto mayor.

En la Ley de Régimen Tributario Interno vigente desde Noviembre del 2004, están consignadas las exenciones de las que se benefician los adultos mayores y las personas con capacidades especiales. Desde los 65 años de edad cumplidos, el adulto mayor tiene el derecho de que se le devuelva el 12% que pague por concepto de IVA en lo que respecta a sus compras personales.

En lo referente al Derecho Penal, el Código sobre la materia nos dice que, no se puede imponer pena de reclusión a las personas mayores de 60 años. Se cambia el lugar donde debe cumplir su condena: en una prisión correccional. Y finalmente, si la persona se encontrare ya en prisión y cumple los 60 años, ella pasará a terminar su condena en la llamada casa de prisión.

En el Código de la Niñez y Adolescencia se determina la obligatoriedad de los hijos e hijas de asistir a sus padres cuando estos sean adultos mayores.

En la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial se establece el derecho de atención prioritaria para los adultos mayores, en cuanto a las tarifas especiales que se les cobrará, y también en lo referente a la protección y seguridad al transitar por las vías.

4. Modelo de apoyos a la capacidad de obrar para personas con Discapacidad Mental

El tema de los apoyos a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad mental, es clave para darle una solución a la problemática planteada en este trabajo.

Es importante destacar que cuando quiere declararse la interdicción de una persona con discapacidad mental, lo que hay que analizar en el juicio de

interdicción no es la enfermedad propiamente tal, sino que hay que tener en cuenta si esta enfermedad mental le impide a la persona gobernarse por sí misma. Entendiendo que el *governarse por sí misma* tiene vinculación directa con el discernimiento.

En España, han existido varias reformas a la legislación civil para adecuarse a las exigencias planteadas por el artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad.

La institución de la Curatela es en España una institución graduable. Lo que quiere decir que, en su afán de protección de las personas con discapacidad los legisladores españoles ofrecen un modo graduable y abierto mediante el cual no se representa a la persona, sino que se le brinda apoyo en la toma de sus decisiones.

En lo relativo a la incapacidad absoluta, la legislación español propone a la tutela, como una medida de protección del discapacitado, medida que será usada solo en casos extremos en los que exista falta total de discernimiento del discapacitado mental: ante esta evidente falta de discernimiento, que deberá ser probada de forma inequívoca y contundente, la persona con discapacidad mental será representada y en ese caso si se sustituye su voluntad a la de este representante, pero siempre en lo relativo al caso concreto y en atención a la prueba aportada en juicio.

“A tal efecto señala el Ministerio Fiscal que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor y añade que **"la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador**, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por

los tribunales". (Énfasis añadido) (*Consejo General del Poder Judicial de España*, 29 de Abril de 2009).

Basándonos en los derechos fundamentales que tenemos todas las personas, el aplicar una incapacitación, como la entendemos en nuestro Ordenamiento Jurídico, vendría a transgredir la dignidad humana si no se establecen sus límites y si ella se configura solamente para proteger un patrimonio. El objetivo primordial debe ser proteger los derechos de la persona que surgen en virtud de su personalidad jurídica. La capacidad jurídica al ser un atributo de la personalidad no puede por ningún motivo ser separada de la persona que la tiene por el solo hecho de ser persona.

La jurisprudencia española analizada exige en la materia: "la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado". Vemos que, la reforma de la normativa legal interna debe ser flexible para adaptarse a las nuevas necesidades que existen en materia de discapacidades.

La jurisprudencia española del 29 de Abril de 2002, sugiere varios elementos relativos a lo que debería implementarse en nuestro Ordenamiento Jurídico, para adecuarlo al artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. La discapacidad al ser un concepto que está en constante evolución debe ir a la par del derecho y debe siempre analizarse el caso concreto.

De acuerdo al análisis que realizamos de la jurisprudencia española, llegamos a la conclusión que, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha sustituido aún el viejo modelo médico o rehabilitador que vimos en el capítulo 1, por el modelo social de discapacidad que es el que debería estar vigente en nuestro país.

Por este motivo, es que, creemos que la limitación a la capacidad de obrar que tenemos hoy en día es excesiva, pues restringe absolutamente la capacidad de

una persona con discapacidad mental sin entrar a analizar completamente el caso concreto que motiva la declaración de interdicción.

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad impone varias tareas para los estados que la han ratificado y la adecuación de sus normas debe incluir en ellas respeto, protección y un inmediato ajuste de las normas del estado que la ratificó.

La jurisprudencia analizada tiene algunas ideas que deberían ser consideradas, a la hora de ajustar las normas legales a las exigencias que en materia de capacidad jurídica se necesitan:

"a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor, b).- Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias".

La normativa reformativa española propone "procedimientos de modificación de la capacidad de obrar" en la cual se incluyen varias opciones, para que no se restrinja de ninguna manera la capacidad de obrar de una persona con discapacidad. Estos es lo que se llama en el sistema jurídico español "diferentes sistemas de protección" de las personas con discapacidad.

Es imperativo decir que, las personas que tienen discapacidades no pueden ser desconocidas en sus derechos fundamentales, aun cuando exista algún tipo de incapacitación adaptada al caso concreto.

El Estado sin desconocer esta realidad debe promover políticas internas en las que, se asegure la protección de las personas que ven mermadas sus

facultades mentales y que no pueden tener discernimiento. Este sistema no debe ser por ningún motivo un sistema de exclusión.

Otro elemento que es de vital importancia, es que la incapacidad absoluta de una persona con discapacidad mental, a la que se refiere nuestro ordenamiento jurídico, puede sólo ser reconocida en virtud de una sentencia judicial firme y ejecutoriada y esta sentencia debe adaptarse a los criterios que hemos visto a lo largo de este apartado.

También se hace necesaria, una adecuada implementación de un sistema de prueba, que ponga en valor la importancia de la prueba para que una declaración de interdicción no sea restrictiva. Nuevamente hacemos alusión a la importancia de la aplicación del derecho al caso concreto.

CAPÍTULO III

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR ADULTOS MAYORES CON TRASTORNOS NEUROPSICOLÓGICOS.

Este capítulo se centrará en establecer qué consecuencias legales tiene la celebración de actos y contratos realizados por adultos mayores cuando estos padecen de algún tipo de trastorno neuropsicológico que afecta a su capacidad y a su discernimiento.

Nos enfocaremos en el estudio del régimen general de validez de los actos y contratos, para posteriormente insertarnos en el tema central de nuestro Trabajo de Titulación, con el fin de poder determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que tienen los actos y contratos celebrados por los adultos mayores, cuando padecen de Deterioro Cognitivo Leve. Y finalmente, las consecuencias de los actos y contratos celebrados por los adultos mayores que llegan a un estado más avanzado de demencia y son diagnosticados con enfermedades de tipo neuropsicológico, como por ejemplo la Enfermedad de Alzheimer.

Para lo cual, determinaremos el espacio que ocupan los trastornos neuropsicológicos en el Ecuador, sin dejar de tener en cuenta los constantes avances en la ciencia médica, sus técnicas de investigación y desarrollo de nuevos programas que ayudan al adulto mayor.

Con el fin de delimitar nuestro objeto de estudio diremos que, nos referiremos a los actos y contratos a lo largo de todo este capítulo, porque esta es la terminología utilizada en nuestro Código Civil. Realizando una interpretación de estos términos, llegamos a la conclusión de que el legislador quiso enmarcarlos dentro de la ley. Cuando hablemos de los actos jurídicos, nos referiremos a la

generalidad de ellos. Tomando en cuenta que los actos jurídicos son el género en donde se encuentran ubicados como especie los actos y contratos.

Por lo anterior, es importante dar una definición de lo que se entiende por contrato, según el artículo 1454 del Código Civil: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Entonces, para que tenga lugar un contrato es necesaria la participación de un concurso de voluntades.

1. Régimen general de validez de los actos y contratos

1.1. Inexistencia de los Actos Jurídicos.

Este es un tema de relevancia para determinar cuándo los actos y contratos celebrados por una persona con discapacidad mental son válidos dependiendo de la respectiva declaración de interdicción.

Luego de precisado lo anterior diremos que, si hablamos de validez de los actos jurídicos de manera general, debemos precisar los casos de excepción, en los cuales éstos no tienen eficacia legal. Si bien los actos jurídicos en general son celebrados para que surtan efectos jurídicos, muchas veces tienen vicios originarios que les quitan eficacia, eso no quiere decir que excepcionalmente no sean eficaces, serán nulos solo desde que se declare la nulidad, antes de eso, son plenamente eficaces.

La invalidez del acto jurídico se da cuando la causal de ineficacia tiene su origen en la celebración del mismo y consiste en la omisión de requisitos de existencia o validez. Por lo que, la invalidez puede derivar en la inexistencia del acto y contrato o en su nulidad.

Indiquemos ahora que se entiende por inexistencia y qué por nulidad.

Desde un punto de vista doctrinario, la inexistencia de un acto jurídico tiene su origen en la omisión de un requisito de existencia, por lo que dicho acto no nace a la vida del derecho. Se está entonces, ante una pretensión de acto más que un acto propiamente tal. El acto jurídico inexistente carece de un requisito de existencia de tal manera que no corresponde a la definición genérica que para él da la ley. Por ejemplo, no puede haber una compraventa sin precio.

De manera general la Nulidad se refiere a la ausencia de un requisito de validez del acto jurídico. El acto jurídico nace a la vida del Derecho pero nace viciado. Es decir, que a diferencia de la inexistencia, el acto jurídico si existe pero debe declararse su nulidad ya que nace enfermo.

Lo antedicho se refiere a todos los actos jurídicos, por lo tanto, se tiene que ver también con los referidos actos y contratos en análisis.

1.2 Nulidad de los Actos Jurídicos

Habiendo realizado la distinción, nos referiremos ahora a la nulidad que es la que nos interesa para precisar el régimen general de validez legal de los actos y contratos celebrados por las personas privadas de razón declaradas en interdicción o que pueden ser declaradas en interdicción.

Para una mejor exposición del tema propuesto seguiremos el orden que proponía el profesor chileno René Ramos Pazos en su obra Teoría General de los Actos Jurídicos. Y nuevamente nos referiremos de manera general a los actos jurídicos pues son el género en el que se encuentran ubicados los actos y contratos.

La nulidad de un acto jurídico tiene que ver con la omisión de un requisito de validez, es una sanción legal. Se puede declarar la nulidad del mismo y los efectos de esta se retrotraen a la fecha en que se celebró, por lo que el efecto propio es que después de la declaración de nulidad se pretende que el acto jurídico jamás se celebró.

En este punto es de vital importancia distinguir entre la nulidad absoluta y relativa para determinar los efectos legales que podrían darse en un acto jurídico celebrado por una persona con discapacidad mental.

La Nulidad Absoluta es la sanción legal que emana de la celebración de un acto jurídico en el que se ha omitido un requisito que tiene que ver con su naturaleza o especie.

Y, la Nulidad Relativa es la sanción legal que deriva de la celebración de un acto jurídico en el que se excluye un requisito que tiene que ver con la calidad o estado de las partes.

La pauta para la calificación de estos dos tipos de nulidades la da el artículo 1698 del Código Civil:

“Artículo 1698.-

(...)

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos jurídicos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

Es importante precisar que en cuanto a la nulidad de los actos jurídicos que acabamos de ver, esta también aplica para los actos y contratos que forman parte de la generalidad de actos jurídicos.

1.2.1 Causales de Nulidad

Las causales de nulidad absoluta surgen de un objeto ilícito, de una causa ilícita, de la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y cuando son celebrados por personas absolutamente incapaces.

Queremos enfatizar este último punto pues es de interés para señalar que los actos y contratos de las personas que tengan alguna discapacidad mental, declaradas en interdicción, son nulos de nulidad relativa, pues les falta un requisito de validez, el acto o contrato es susceptible de convalidación por el curador de la persona con discapacidad mental.

Como consideración sobre este punto queremos referirnos a la ratificación de un acto o contrato que sea nulo de nulidad relativa. En este caso a lo que se refiere el legislador es a la posibilidad de convalidación del acto jurídico.

Esto sería en el caso de que, una parte que podría alegar la nulidad relativa del acto o contrato no lo haga y acepte los efectos del acto inoponible. El acto o contrato se tornaría válido y oponible para todas las situaciones.

Las condiciones para la convalidación de un acto o contrato nulo de nulidad relativa son:

- 1) Que el acto o contrato adolezca de nulidad relativa;
- 2) Que se realice por la persona que podía alegar la nulidad relativa;
- 3) Que esta persona sea capaz de contratar;
- 4) Que la convalidación se dé con las mismas solemnidades exigidas para la celebración del acto o contrato en cuestión.

1.2.2 Titulares de la Acción de Nulidad

Pueden alegarla:

- Todos quienes tengan interés en ella. ¿Y a qué tipo de interés estaríamos haciendo alusión? Se entiende que podría ser un interés de tipo patrimonial o pecuniario, y debe haber estado presente al momento de realización del acto o contrato.

- El Ministerio Público en interés de la moral o de la ley. Con Ministerio Público se refiere a la Fiscalía General del Estado quién debe velar por el interés moral o de la ley.

Finalmente, en cuanto a las personas que se encuentran imposibilitadas de alegar este tipo de nulidad, tiene que ver con que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Y cuando la norma se refiere a quienes “debiendo saber” se apunta a que no se puede alegar ignorancia del vicio porque la ley les proporciona todos los medios por medio de los cuales se puede conocer este vicio.

En cuanto a la nulidad relativa ella sólo puede alegarse por:

- Aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o;
- Sus herederos o;
- Sus cesionarios.

A diferencia de la Nulidad Absoluta, en este tipo de Nulidad, no interviene el Ministerio Público, es decir, la Fiscalía General del Estado.

Hay que decir que la ley establece que sólo estas personas puedan alegar este tipo de nulidad como medio de protección de las personas que se han visto afectadas por el vicio.

1.2.3 En cuanto a la posibilidad de declararla de oficio

Además existe la posibilidad de declararla de oficio. Es importante tener en cuenta que toda nulidad debe ser declarada judicialmente.

Después de haber precisado lo anterior, hay que decir que en el caso de la nulidad absoluta es imperativo que ella sea declarada de oficio. ¿Y cuándo es posible que el juez declare esta nulidad de oficio? “Cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato” Significa que si ella no es evidente, notoria, el juez no puede por ningún motivo declararla de oficio.

Por otra parte, la nulidad relativa debe siempre ser declarada a petición de parte.

1.2.4 Efectos de la Nulidad

Son los mismos si hablamos de Nulidad Absoluta o de Nulidad Relativa.

Y como efectos entre las partes tenemos que si existe un contrato pendiente, las obligaciones que pendían de él se extinguen, si las obligaciones ya se cumplieron, es decir, se trata de un acto o contrato nulo cumplido, el efecto es la restitución al estado anterior de las cosas.

Es importante para nuestro estudio señalar que el artículo 1705 del Código Civil contiene una regla en cuanto a la nulidad de un contrato celebrado con un incapaz la cual es de interés. Esta regla aclara que la restitución puede pedirse sólo si se prueba que la persona incapaz vio incrementado su patrimonio con la celebración del contrato:

“Artículo 1705.-

Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz, sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella **no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz.**

Se entenderá haberse hecho más rica, en cuanto las cosas pagadas, o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido **necesarias**; o en cuanto las cosas pagadas, o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas”. (Énfasis añadido)

Cuando se trata de una Nulidad Relativa lo que el legislador quiere aparte de sancionar es proteger a la persona que se vio afectada por el vicio que invalida al acto jurídico permitiéndole que pueda convalidarlo si concurren los requisitos

legales para la convalidación. Por lo cual, se distingue de la Nulidad Absoluta en la que el acto jurídico no es susceptible de convalidación alguna.

2. La capacidad como requisito para la validez de los actos y contratos

Para abordar la capacidad como requisito de validez de los actos o contratos, hay que distinguir primero, entre los requisitos de existencia y de validez de los mismos.

Los requisitos de existencia de los actos jurídicos son los que permiten su formación: el acto o contrato nace a la vida del derecho.

Los requisitos de existencia son:

- Voluntad;
- Objeto;
- Causa; y,
- Solemnidades en los actos que la ley las exige.

Ahora, en cuanto a los requisitos de validez, estos son los que podrían eventualmente faltar, pero sin su presencia diríamos que el acto o contrato nace con un vicio.

Por lo tanto, la falta de un requisito de validez no impide que el acto o contrato exista para el derecho, pero lo vicia y por lo tanto, puede ser anulado. En cambio, la ausencia de un requisito de existencia no permite al acto o contrato nacer a la vida del derecho, ni siquiera existir.

Los requisitos de validez son:

- Voluntad exenta de vicios;
- Capacidad de las partes;
- Objeto Lícito; y,

- Causa Lícita.

Ahora bien, la definición de capacidad, requisito para la validez de un acto o contrato, la encontramos en el artículo 1461 del Código Civil:

“Artículo 1461.-

(...) La **capacidad legal** de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

La capacidad siendo nuestro objeto de estudio fue analizada en el capítulo anterior, por lo que nos remitimos a lo dicho.

Lo que queremos decir, con respecto a la capacidad es que, si nos centramos en los actos o contratos realizados por una persona que padezca de una discapacidad mental, el acto o contrato carecería de un requisito de validez y este sería: la capacidad legal para poder obligarse.

Al existir una declaración de interdicción para que los actos o contratos celebrados por un incapaz sean válidos, debe necesariamente existir representación legal, pues será el curador quién preste su voluntad para que se obligue la persona que tenga una discapacidad mental. Los actos o contratos del incapaz por sí solos adolecen de nulidad relativa y serían susceptibles de convalidación, cuando sean confirmados por el curador que tenga a su cargo la representación legal del incapaz.

2.1 Capacidad legal de las partes, en general; y, excepciones a la regla

Como vimos anteriormente la capacidad jurídica es la regla general, pero existen excepciones mediante las cuales las personas que padecen una incapacidad general tienen un sistema determinado de acuerdo a si existe o no una declaración de interdicción.

En el Capítulo I de este trabajo se analizaron los distintos tipos de discapacidades existentes, situamos nuestro trabajo dentro de las discapacidades mentales.

En esta oportunidad queremos analizar el término “demente” al que se refiere nuestro Código Civil. Tenemos que precisar que cuando se menciona la palabra “demente” se hace alusión a la persona que no puede administrar su patrimonio por sí misma y que ha sido declarada en interdicción. Por lo tanto, no se encuentra en capacidad de administrar ese patrimonio por sí misma.

Habiendo precisado lo anterior, ahora es importante referirse al artículo 486 del Código Civil que contiene una presunción de derecho y una presunción legal.

“artículo 486.-

Los actos y contratos del demente, **posteriores** a la sentencia de interdicción, serán **nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.**

Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados **sin previa interdicción serán válidos, a menos** de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente. (Énfasis añadido)”

El primer inciso del artículo 486 es una **Presunción de Derecho** que no admite prueba en contrario. Por lo tanto, los actos y contratos de la persona que posea una discapacidad mental que se den después de la sentencia de interdicción no serán válidos, aunque, pueda probarse que existieron intervalos de lucidez de la persona en cuestión, será el curador quién se ocupe de la administración del patrimonio de la persona con discapacidad mental.

Si la persona llegare a recuperar la lucidez entonces no basta que esto se alegue, el hecho debe ser reconocido y declarado en providencia judicial y sólo desde ese momento en adelante se podrá alegar que sus actos y contratos son válidos.

Por su parte, el segundo inciso del artículo 486 es una presunción legal porque cuando no existe una sentencia de interdicción se presume que los actos y contratos de la persona en cuestión son válidos, pero si puede probarse que la persona los realizó padeciendo una discapacidad mental entonces ellos pueden declararse nulos.

Es importante que esta presunción admita prueba en contrario puesto que, si una persona con discapacidad mental otorga, por ejemplo, un contrato de compraventa de un bien raíz a su nombre sin estar en pleno uso de sus facultades mentales y la vende en una cantidad risible de dinero, posteriormente este contrato puede comprobarse y se podría declarar la nulidad del mismo. De esta manera, el bien raíz podría volver al patrimonio de la persona con discapacidad intelectual para que lo administre el curador que se encuentre a cargo de la administración de ese patrimonio.

En el caso de las personas con demencia, son absolutamente incapaces pese o no sobre ellos un juicio por Interdicción.

En este caso sólo si la persona se encuentra privada de sus facultades mentales será absolutamente incapaz. Claro está, que esto debe probarse de manera certera.

En lo relativo a los apoyos a la capacidad y en cuanto a nuestra propuesta lo esencial es el estudio del caso concreto. Se debe determinar de manera inequívoca que la persona está privada de sus facultades mentales, es decir, que no tiene discernimiento, para que un curador tome las decisiones por él mismo. De no poderse probar lo anterior, se debe intentar hasta el final que la persona que tiene alguna discapacidad mental que no la inhabilite, pueda tomar sus propias decisiones apoyada por sus familiares más cercanos.

El juicio de Interdicción por demencia invierte la carga de la prueba, con una sentencia no será necesaria ninguna prueba en contrario, ya que constituye presunción de derecho que la persona está demente; si no hay interdicción corresponderá probar la incapacidad a quién la alega.

Entonces un juicio de interdicción constituye presunción de derecho que no admite prueba en contrario. Por lo tanto, aquél que se encuentra en interdicción no puede celebrar ningún acto o contrato pues carecerá de un requisito de validez y será nulo de nulidad absoluta.

2.2 El marco de actuación del juez en relación a los derechos de las personas con discapacidad en instrumentos nacionales e internacionales teniendo en cuenta el proceso de declaración de interdicción

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” establece la Constitución de la República en su artículo 11 numeral 2.

Por lo anterior, es necesario que tengamos en cuenta lo que hemos venido diciendo a lo largo de este trabajo de titulación: es preciso aceptar que a pesar de la igualdad existen diferencias que son elementos constitutivos de los seres humanos.

Todos los Estados deben tener como objetivo primordial servir a todas las personas que lo constituyen por igual teniendo como fin el bien común. Sin embargo, no debe olvidarse que, para poder lograr completar esta tarea a cabalidad es imperativo que el Estado Ecuatoriano adopte el principio de justicia distributiva del que hablaba Aristóteles, por medio del cual, adecuando el término a nuestro trabajo, se exige una distribución equitativa de los bienes en pro de la justicia social.

En el caso de las personas con discapacidad mental, no existen valores que los definan, porque existe solo una comprensión de la sociedad distinguiendo lo que es normal de lo que no lo es.

Por ello es que, según nuestra comprensión de la sociedad ellos no poseen autonomía legal. Más aún, si nos fijamos en la definición de los términos justicia, autonomía, atención integral como nosotros los comprendemos y

enfocándolos en el caso concreto no los estaríamos respetando. Estas personas terminan siendo un títere manejado por quién se encarga de su representación, al existir una declaración de interdicción. Aun cuando el artículo 487 del Código Civil, dé una regla sobre la libertad personal del demente, es decir, cuando éste debe ser privado de su libertad en un hospital psiquiátrico, mediante autorización judicial, la consideración sobre cuando él puede ser peligroso para la sociedad nos parece subjetivo y arbitrario. Estos criterios serán estudiados a lo largo de este apartado.

La regla de acuerdo a la cual una persona es considerada demente, como ya lo vimos, la da el artículo 478 del Código Civil, considerando el “estado habitual de demencia” como causal para la declaración de interdicción de una persona.

El artículo 236 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la práctica de exámenes para una persona que se supone demente. Pues bien, diremos al respecto que nos parece que, cuando ya existe la presunción de demencia de una persona en juicio, las demás etapas se dan en su mayoría como una confirmación del estado de demencia, pues dentro del proceso de generación de la prueba la persona que se presume demente tiene escasa participación.

Esto se tenía en cuenta hace centenas de años como una protección para la persona que se declaraba en interdicción, pero creemos que sobre los criterios que se formó ya no tiene cabida en la actualidad en lo relativo a los principios y derechos que deben defenderse.

El dictamen médico, en la forma que es practicado, nos parece mecánico e incierto, porque aun cuando esto sea exigido, las pericias no suelen contar con la historia clínica de la persona que quiere ser declarada en interdicción. Se le asigna muy poco tiempo a la persona que debe demostrar su normalidad presa de la angustia, ya que es tratada como demente aun cuando esto es lo que debe demostrarse en juicio.

El perito debe guiarse generalmente en sus pericias por términos legales, no teniendo conocimiento de la rama legal, porque su dictamen debe estar basado en términos médicos.

Es el juez el encargado, en virtud de los antecedentes que se le aportan y la sana crítica, de emitir un pronunciamiento y aun cuando los antecedentes apunten a una eventual demencia, él podría considerar que esta no existe y no declarar ninguna interdicción.

Al decir de Alfredo Kraut, citado por María Graciela Iglesias:

“muchas sentencias judiciales (...) no sólo siguen con ligereza el dictamen médico, sino que incurren en el vicio de no detallar el nexo causal entre el diagnóstico patológico y la imposibilidad para quien lo sufre de administrar su patrimonio o atender a su persona” (Bariffi & Palacios, 2012, pp. 433-434).

Si vemos de una forma negativa la sentencia judicial emitida por el juez, podríamos encontrarnos con errores que significarán para la persona declarada en interdicción, más que una protección, un no reconocimiento de sus derechos fundamentales.

El proceso mediante el cual se separa a la persona que esta afectada por una discapacidad mental, en este caso a un adulto mayor, y a las personas consideradas normales es un proceso segregacionista. Por una parte, se busca garantizar y proteger sus derechos, pero por otra parte se los encasilla como diferentes, vulnerando algunos de sus derechos fundamentales.

Esta idea sobre la capacidad jurídica y el proceso de interdicción la sustentamos en la Convención Internacional de Derechos de las personas con discapacidad. En ella se dice que, es de vital importancia la adopción del sistema de apoyos a la capacidad y dejar atrás la vieja institución que creía que debía sustituirse la voluntad de la persona que tiene alguna discapacidad mental por la de un curador. Somos de la idea que debe adoptarse un sistema en el cual exista una gradualidad para la declaración de interdicción, es decir, que si la enfermedad mental no está muy avanzada deben permitirse los apoyos a la capacidad jurídica, para que se tome en cuenta en la medida de lo posible lo que considere la persona con discapacidad mental es lo más adecuado para ella.

La adecuación de las normas legales a la Constitución es un requisito exigido por este mismo cuerpo legal en su artículo 84: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales (...)”. Por lo tanto, es evidente la contravención de nuestras normas legales al artículo 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con discapacidad, en materia de capacidad jurídica.

La democracia debe adecuarse a las exigencias del bien común por sobre todas las demás cosas. La ratificación de tratados, por su parte, responde a la protección de los derechos fundamentales de las personas, es por ello que existe obligatoriedad en la adecuación de las normas a estos instrumentos legales internacionales.

Creemos que es imperativo tener en cuenta de manera muy precisa todos los tratados ratificados por el Ecuador y las normas legales, para que, no exista contradicción entre ellos y que se pueda sacar el mayor provecho de los mismos, para así siempre respetar los derechos fundamentales de las personas y propender siempre al bien común.

Finalmente, basándonos en el principio “indubio pro homine”, consagrado en la Ley Orgánica de Discapacidades, artículo 4 numeral 2, las disposiciones legales deben siempre aplicarse en el sentido más favorable para la persona con discapacidades. Por lo tanto, es un deber la protección de los derechos de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta la norma legal que le sea más conveniente a esa persona.

3. Voluntad, Capacidad y derechos fundamentales en la vejez: el problema cotidiano de la autonomía jurídica frente al envejecimiento

La capacidad y la voluntad son determinantes en la celebración de un acto del cual podrían derivar responsabilidades. La capacidad es uno de los presupuestos del principio de la autonomía de la voluntad, el cual es el eje en la celebración de actos jurídicos. Este determina la conclusión de actos mediante el concurso de voluntades de las partes que van a contratar, para pactar las condiciones de un contrato determinado. Este principio es la representación irrefutable de la libertad de las personas.

Como vimos en el apartado sobre capacidad y el ejercicio de los derechos personalísimos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; las personas con discapacidad tienen Derecho al reconocimiento de su capacidad de obrar, a ejercerla en igualdad de condiciones. En general a que exista un respeto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que sea reconocida y que sea plena.

La problemática en cuanto a este tema es que los adultos mayores puedan ser presa fácil al encontrarse en estado de vulnerabilidad de personas inescrupulosas que quieran satisfacer sus propios intereses.

Existen varios casos en que podría suceder que no consigan ejercer sus derechos plenamente por no tener completa capacidad jurídica.

Por ejemplo, si son sujetos de una declaración de interdicción abusiva y con abusiva nos referimos a que puede que el adulto mayor no tenga ninguna enfermedad mental pero terceras personas para lograr sus planes ilícitos provoquen un juicio de declaración de interdicción.

Además, también pueden ser forzados en contra de sus voluntades a ser internados en clínicas psiquiátricas o asilos. Lo cual reduce su capacidad de obrar en el ámbito jurídico.

Cuando son inducidos a celebrar actos o contratos por terceras personas existiendo dolo, visto como la intención positiva de irrogar injuria en la persona o bienes de alguien y con ello se crean lesiones subjetivas o un delito

4. Problemática de los trastornos neuropsicológicos y sus posibles consecuencias jurídicas.

La palabra discapacidad ha evolucionado desde un Modelo Tradicional en el cual era vista como sinónimo de *anormalidad*. Pasó por una etapa en la cual el Modelo Primordial era la rehabilitación del discapacitado y no el reconocimiento de la diversidad. Finalmente, con el Modelo Actual, no se quiso cambiar la realidad de la persona discapacitada, sino que más bien reconocer que es diferente, respetar sus derechos y crear elementos que permitan su integración al diario vivir.

Como pudimos apreciar, habiendo analizado la evolución que ha tenido la palabra *discapacidad* se ha formado un modelo inclusivo en el cual los discapacitados mantienen una igualdad en garantías y derechos.

Se crea un nuevo concepto de *normalidad* que debe adaptarse a las nuevas necesidades legales que surgen de él.

En paralelo estudiamos dos trastornos que se presentan mayoritariamente en el adulto mayor: el Deterioro Cognitivo Leve y la Enfermedad de Alzheimer.

Hemos visto la necesidad de estudiar estos trastornos, porque queremos saber en qué momento se puede declarar la interdicción de una persona con discapacidad mental. Además, queremos tener en claro, cuando el discapacitado mental puede, por él mismo, administrar su patrimonio por tener sus facultades mentales plenas.

En este caso no está todo dicho porque es muy complicado poner un límite, habría que remitirse al caso concreto. El modelo de apoyos a la capacidad de obrar permite que las personas con discapacidad mental puedan tomar sus decisiones hasta que exista una falta completa de discernimiento. En ese caso, es necesario que se ponga en marcha la institución de la interdicción, porque solo ahí será una protección para la persona con discapacidad mental que no puede tomar decisiones por sí misma.

Mediante el reconocimiento del Deterioro Cognitivo Leve existe la posibilidad de ubicar la situación que antecede a la Enfermedad de Alzheimer y así encontrar de manera más fácil cuando tuvieron validez los actos jurídicos de la persona que padece de la Enfermedad de Alzheimer o diagnosticar tempranamente la enfermedad antes mencionada.

Aún cuando nuestro trabajo sea netamente humanista nos parece interesante el argumento que Eva María Martín Azcano expone en su obra: es importante disponer económicamente del patrimonio del discapacitado, pues este debe cubrir sus necesidades básicas, el Estado no puede ser el único responsable integral de la atención prioritaria de todos los discapacitados.

Comprendida esta idea, podemos destacar que no todo pasa por la declaración de interdicción. La protección del patrimonio del interdicto debe ser un tema que ocupe a quiénes declaran esa interdicción.

En la Ley Española 42/2003, de 18 de Noviembre, el legislador se ocupa de este tema. Nos deja en claro que, los recursos que financien y atiendan las necesidades básicas de las personas discapacitadas deben provenir del financiamiento privado. Lo anterior, libera al Estado de la carga económica que se le ha asignado en la Constitución.

El tema administración también es un tema que preocupa el que es también tomado en cuenta en dicha ley. Además de conservar el patrimonio, es necesario que ese patrimonio rinda frutos, para que, el discapacitado mental pueda solventar sus gastos. Esto último, también es regulado por el legislador español.

Con este trabajo queremos que se tomen en cuenta varios de los vacíos legales que existen en nuestra legislación, para proteger a la persona discapacitada y más allá de esto, al Estado y los recursos de todos nosotros. Es por esto que, hacemos un paralelo con la legislación española para tomar en cuenta lo que en ella se regula respecto de la capacidad legal y el modelo de apoyos a la capacidad de obrar.

4.1 ¿Por qué las consecuencias jurídicas de trastornos neuropsicológicos como el Deterioro Cognitivo Leve y la Enfermedad de Alzheimer son un problema en el Ecuador?

Según el artículo 27 de la Ley Notarial, previo a la redacción de una escritura pública el notario debe comprobar la capacidad de las partes contratantes. Es decir que, sin la intervención de terceros el notario le realizará preguntas a las partes, siguiendo el procedimiento del artículo 28 de la misma ley.

A continuación, algunas preguntas simples y ejemplificadoras utilizadas por el notario para la comprobación de la capacidad de una persona:

1. Preguntas relativas a la ubicación temporal y espacial: ¿Dónde está?
2. Preguntas relativas a la temporalidad: ¿En qué año estamos?, ¿Cuál es su año de nacimiento?, ¿Cuál es su edad?
3. Preguntas en materia de objeto del instrumento que se está otorgando (¿Sabe usted para qué está en esta oficina?),
4. Preguntas sobre su familia, cónyuge, hijos.

Es la seguridad de respuesta que da indicios al notario de la capacidad. Cabe recalcar que también son otros los modos en los cuáles el notario puede apoyarse para conocer la capacidad del o de los otorgantes.

En el caso de una persona que se encuentre en interdicción por demencia, ella no será una persona hábil para testar según el artículo 1043 del Código Civil.

Si en el carné del CONADIS se acredita una discapacidad mental de 40% o superior la persona con discapacidad debe contar con un curador debidamente autorizado por un juez. Si es inferior el grado de discapacidad la persona no es considerada discapacitada y deberá responder a las preguntas del notario para determinar su capacidad.

En el caso en que recepte la declaración de una persona con discapacidad mental, el discapacitado por sí mismo no puede realizar la declaración, porque necesita de un curador, aun cuando la persona tenga todavía discernimiento.

Finalmente, es importante decir que el notario no puede hacer juicios sobre la capacidad de una persona, porque no es un juez, debe comprobar con documentos que la persona es discapacitada.

5. Consecuencias jurídicas de los actos o contratos celebrados por adultos mayores con deterioro cognitivo leve.

5.1 Capacidad jurídica y validez de los actos y contratos de las personas que padecen Deterioro Cognitivo Leve

Habiendo realizado el anterior análisis empezaremos este apartado preguntándonos: ¿Es el Deterioro Cognitivo Leve causa de incapacidad jurídica en los adultos mayores?

La respuesta sería muy simple: El deterioro cognitivo leve no limita el discernimiento ni la voluntad.

Vimos que el mayor riesgo de alteración de las funciones cognitivas es la edad. Por tanto, en personas adultas mayores es necesario realizar un *Minimal Test*, tal como vimos unos capítulos atrás, que pueda determinar un Deterioro Cognitivo Leve.

Así, se puede tener un diagnóstico previo de gran utilidad para realizar una detección temprana de una Enfermedad de Alzheimer y darle tratamiento médico. Y de esta manera, evitar una Enfermedad de Alzheimer o aminorar los síntomas que la caracterizan. Para sostener esta idea, es necesario indicar que el Deterioro Cognitivo Leve generalmente, no es la causa de una lesión irreversible. Es por ello que, en algunos casos es factible la recuperación del paciente cuando este trastorno es detectado a tiempo. Esto último puede ser asociado a la pseudodemencia, trastorno que es “potencialmente reversible”

Por los factores antes mencionados podemos concluir que el Deterioro Cognitivo Leve no es sinónimo de demencia. De hecho, podría ser complementario por lo que, lo consideramos como un antecedente que puede o no ser reversible.

El Deterioro Cognitivo Leve es una novedad, porque es reciente su descubrimiento. Detectándolo a tiempo, puede ayudar a conservar de mejor manera las funciones cognitivas del adulto mayor, que las ve disminuidas en razón de la edad, de no haber un daño muy severo.

Habiendo precisado lo anterior, pasaremos a la parte jurídica diciendo que para que un acto o contrato sea nulo debe existir omisión de un requisito de validez del mismo.

Lo anterior lo precisamos para efectos de determinar que, si un acto o contrato es celebrado sin capacidad legal de la persona que lo realiza puede ser declarado nulo.

Entonces, cuando un acto jurídico es celebrado por una persona absolutamente incapaz que haya sido declarada en interdicción el acto estaría afectado de nulidad absoluta y carecería de posibilidad de convalidarse.

Por ejemplo, si un interdicto vende un automóvil existiendo sentencia de interdicción, en este caso, el acto no admitiría convalidación pues al existir sentencia de interdicción se presume de Derecho que los actos celebrados por esa persona no pueden tener validez alguna.

Distinto es el caso en que la misma persona privada de razón, pero sin sentencia de interdicción previa celebra un acto o contrato. La carga de la prueba recaería en la persona que alega que aquel que contrató no tenía capacidad para hacerlo pues solo sería una presunción legal que si admite prueba en contrario.

Se presume que la persona contrató con plenas facultades mentales, hasta que no exista una prueba irrefutable de que la persona estaba privada de razón al

momento de contratar y se pueda por tanto declarar su interdicción por sentencia.

Como vimos anteriormente para que se realice una declaración de interdicción la persona no debe ser sujeto de una privación pasajera de razón sino que se debe constatar un “estado habitual de demencia”. El Código Civil no nos puede dar la pauta en lo anterior, porque se necesita de un examen pericial médico, que pueda determinar que la persona se encuentra efectivamente privada de sus facultades mentales.

En todo caso, según lo analizado en capítulos anteriores si la persona sufre 1) “Quejas de memoria”, Tiene un: 2) “Estado Cognitivo General Normal”, Sufre un: 3) “Deterioro de Memoria Objetivo”, 4) Es independiente en el desempeño de su vida diaria y 5) “No cumple criterios de demencia”. Entonces podríamos estar ante un Deterioro Cognitivo Leve.

Por lo tanto, en este caso particular no se podría hablar de ausencia de Capacidad Legal, pero si de un deterioro temprano de las funciones cognitivas que puede degenerar en alguna demencia de no ser tratada a tiempo y si el profesional determina que esta es irreversible.

Por ello, concluimos que la persona es capaz de tomar sus decisiones legales por sí misma. No cumple motivos para la declaración de interdicción. Todavía tiene discernimiento lo cual le permite tener una capacidad legal plena. Nuestra afirmación se sustenta en el artículo 12 de la Convención, por medio del cual las personas deben ser apoyadas en sus decisiones y no debe sustituirse las decisiones que ellos tomen a las de un curador, por cuanto estas personas si tienen discernimiento.

5.2 Declaración de interdicción

En lo relativo al Deterioro Cognitivo Leve y respaldándonos en el análisis realizado no se debería declarar interdicción alguna puesto que, la persona en cuestión comienza a registrar indicios de deterioro de sus funciones cognitivas,

pero este deterioro es leve y puede ser reversible, puede suceder que se de tratamiento a la persona y el deterioro de sus funciones cognitivas mejore y que el daño sea tratable.

Por lo tanto, cuando existe diagnóstico de un Deterioro Cognitivo Leve la declaración de interdicción no es necesaria, ya que existe discernimiento, la capacidad de obrar de la persona no se debe ver vulnerada. Los derechos fundamentales de todas las personas deben ser respetados por igual, por lo tanto no se debe vulnerar el derecho a la libre elección cuando la persona tiene discernimiento.

El Derecho y la ley se dictaron sin determinar una gradualidad para someter a la persona con discapacidad a una interdicción. Esta idea puede ser asimilada a la pena en el Derecho Penal, los delitos se sancionan con penas determinadas en la ley y si el delito es cometido con agravantes la pena se eleva. En Derecho Civil, no existe para la institución de la Declaración de Interdicción gradualidad alguna, no se tiene en cuenta que en materia médica existen avances a diario y el Derecho debe ajustarse a estos descubrimientos. En efecto, como hemos dicho en este apartado, si la persona tiene un deterioro cognitivo de sus funciones leve, no es necesaria ninguna Declaración de Interdicción.

El adulto mayor, según lo hemos visto es perfectamente capaz de tomar sus decisiones, por lo tanto es capaz de obrar.

Si se llegara a declarar su interdicción se estarían vulnerando sus derechos, su libertad de elección y de decisión.

Entonces, vemos que si se delimita claramente cuando existe un diagnóstico de Deterioro Cognitivo Leve se aclara también el momento exacto en el que debe ser declarada la interdicción y cuando no.

Como hemos visto deben existir pruebas fehacientes de un estado habitual de demencia y en el Deterioro Cognitivo Leve no existe un estado habitual de

demencia. La persona puede por sí misma ocuparse de la administración de su patrimonio sin que un curador tenga que hacerlo por ella.

6. Consecuencias jurídicas de los actos jurídicos celebrados por adultos mayores con Alzheimer.

6.1 Capacidad jurídica de las personas que padecen Alzheimer.

En cuanto a la capacidad jurídica para la celebración de actos jurídicos por parte de personas declaradas en interdicción nos remitiremos a lo dicho en líneas anteriores. Sólo queremos acotar que, para que se invaliden los actos de personas que padecen de una enfermedad de Alzheimer es necesario que exista como antecedente una declaración de interdicción firme y ejecutoriada por parte de un juez.

El problema es que, el Código Civil no da la pauta en esta materia. Sin embargo, el Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades consigna el porcentaje mediante el cual una persona es considerada discapacitada. Si una persona tiene un 40% o más de discapacidad (cualquiera de las discapacidades estudiadas en el capítulo 1) entonces ella necesita de un curador para que pueda otorgar una escritura pública, por ejemplo. Por ello, es importante adecuar la legislación al estudio del caso concreto, porque no es posible que si una persona es considerada discapacitada también sea considerada incapaz para el derecho aun cuando ella tenga discernimiento.

En este momento es menester responder a la siguiente interrogante: ¿Es causa de incapacidad jurídica la Enfermedad de Alzheimer?

Como acabamos de ver, la Enfermedad de Alzheimer si limita el discernimiento y la voluntad. Por lo tanto, cuando se comprueba la existencia de un “estado habitual de demencia” es posible mediante pruebas contundentes provocar la

interdicción del demente para que este sea declarado en interdicción posteriormente.

Lo importante es que, en el caso concreto se determine que la persona efectivamente no tiene discernimiento y que ocuparse de la administración de sus bienes y la toma de sus decisiones le provocaría un perjuicio. Es en ese caso que, apoyamos la declaración de interdicción como un medio de protección del adulto mayor con Enfermedad de Alzheimer.

6.2 Validez de los actos jurídicos celebrados por una persona con discapacidad mental declarada en interdicción

Tendremos en cuenta a lo que se refiere la Serie 12 Gaceta Judicial No. 11 del 08 de Marzo de 1976, sobre la Interdicción por demencia, que a continuación expresa lo siguiente:

“De acuerdo con el Art. 496 del Código Civil para que haya lugar a la interdicción de un demente se requiere que su estado de demencia sea **habitual, aunque tenga intervalos lúcidos**; y, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 504, los actos jurídicos del demente, **posteriores a la sentencia de interdicción** son nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido; y, por el contrario, **los actos jurídicos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos**, a menos de probarse que el que los **ejecutó o celebró estaba entonces demente**”. (Énfasis añadido) (Gaceta Judicial, 8 de Marzo de 1976, p. 2355)

Vemos que, si ya existe una declaración de interdicción por demencia, los actos que se ejecuten existiendo esta sentencia adolecen de nulidad absoluta.

La sentencia en que se declara la Interdicción de una persona es tomada como una presunción de Derecho que no admite prueba en contrario, ya que es un pronunciamiento firme y ejecutoriado dictado por un juez.

Por lo tanto, es imperativo probar que las funciones cognitivas de la persona se encuentran efectivamente comprometidas bajo un daño irreversible y por lo tanto el estudio del caso en particular, para la declaración de interdicción.

La carga de la prueba le corresponde a la persona que alega que existe un estado de demencia. Esto último en el caso de que, no exista una sentencia de declaración de interdicción.

Cuando ya existe una sentencia de declaración de interdicción, el estado de demencia es un hecho irrefutable, no admite prueba en contrario.

Puede ocurrir, que el daño a las funciones cognitivas de las persona sea tan grave que no pueda darse ningún tratamiento y ella desarrolle un estado de demencia. Todo esto debe ser analizado por peritos en el tema. Ellos deben realizar los exámenes pertinentes y asegurarse de que efectivamente, no existe ningún tratamiento para esta dolencia, que esta es realmente degenerativa y que los órganos de la persona se verán comprometidos a largo plazo y existirá un completo estado de demencia.

Por ello es que, según el Código Civil, la persona debería en ese caso, declararse incapaz para el derecho. Y tener además un curador que administre su patrimonio.

A continuación, veremos una jurisprudencia en la que, se declara la interdicción de una persona, y se nos dice que debe existir un estado habitual de demencia para la declaratoria de interdicción:

“La Sala, al analizar el cargo propuesto por la casacionista con asiento en la tercera causal, dice que, visto lo que predisponen los artículos 478 del Código Civil y 752 del Código de Procedimiento Civil, cuando se pida la declaratoria de interdicción por causa de demencia o locura, **los intervalos lúcidos no harán prueba de la sanidad mental**. De ese modo, lo que se debe probar es un **estado habitual** que justifique la razón de la interdicción. (...) La Sala señala que, conforme se desprende de los informes de los facultativos, el demandado, cuya interdicción solicita la actora (quien además pide ser designada curadora

del mismo), **no se encuentra en integridad de sus facultades neurológicas** (devenidas de la enfermedad de Parkinson), lo que le impediría administrar correctamente sus bienes. Justamente, la finalidad de las tutelas y las curadurías es resguardar a quienes no pueden por sí mismos, cuidarse de abusos de terceros; así se verifica en el artículo 367 del Código Civil. La Sala, por lo que antecede, casa la sentencia, acepta la demanda (declarando la interdicción) y nombra curadora a la cónyuge del demandado” (*Registro Oficial* 563, 3 de Abril del 2009).

Esta jurisprudencia deja en claro que los intervalos lúcidos no demostrarían que la persona recobró la razón. Y además deja en claro que la institución de la interdicción quiere garantizar la protección del patrimonio de la persona que no se encuentra en uso pleno de sus facultades mentales, pero la protección debe ir más allá de lo patrimonial. Con este trabajo lo que se quiere es proteger a la persona que tiene derechos fundamentales que debe ser respetados siempre.

6.3 Validez de los actos o contratos celebrados por una persona con discapacidad mental que no ha sido declarada en interdicción

En la Gaceta Judicial del año 1999, de la Serie XVI, No. 15, Pág. 4226, del 29 de marzo de 1999 se tiene en cuenta la presunción legal del actual artículo 486 del Código Civil en el sentido que **sin la existencia de una sentencia de interdicción previa** los actos de las personas que se presumen dementes son plenamente válidos a menos que se pruebe su estado de demencia.

Por lo tanto, si una persona desarrolla una Enfermedad de Alzheimer deben probarse los criterios que vimos líneas atrás de manera fehaciente y pedir su declaración de interdicción, porque si no pudieren probarse, sus actos serían plenamente válidos.

Nos parece que esto es una protección que da el legislador, sobretodo, a los adultos mayores porque puede pedirse su declaración de interdicción y estar la persona en pleno uso de sus facultades mentales. Aún así, los exámenes

médicos que se piden pueden ser, a nuestro criterio, alterados para satisfacer intereses de terceros o peor aún de familiares que quieran que prime su voluntad por sobre la del adulto mayor.

En este sentido, hemos encontrado jurisprudencia que se refiere a la presunción legal que acabamos de discutir:

“El inciso segundo del mismo Art. 504 del Código Civil, contiene una **presunción legal iuris tantum**, que dispone que "por el contrario, los actos jurídicos ejecutados o celebrados sin previa interdicción **serán válidos**, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente". Es decir que la ley presume que los negocios jurídicos realizados por una persona antes de ser privada de la administración de sus bienes son válidos y por tanto surten plenos efectos jurídicos, pues fueron celebrados entre personas legalmente capaces, pero contra esta presunción, **se admite prueba en contrario**, prueba que corresponde rendir a quien impugna la validez y eficacia del negocio jurídico, para lo cual debe acreditar que el acto o contrato de que se trata, fue concluido o cumplido por quien se encontraba en habitual estado de demencia a la época de la celebración del acto o contrato. Esta demostración debe ser concluyente, sin que deje resquicio alguno de duda en el ánimo del juzgador, pues, por regla general, **la ley tiene a amparar la validez y eficacia de los negocios jurídicos** (Art. 1588 Código Civil) ya que el tráfico jurídico se nutre de contratos eficaces, no de contratos nulos o incumplidos. Finalmente, cabe aclarar que cuando nuestra ley dice que el acto o contrato es nulo si se demuestra que quien lo ejecutó o celebró estaba "entonces" demente, **no necesariamente se refiere AL MOMENTO MISMO de su realización** sino que se debe probar que aquel, de manera previa, simultánea y posterior al acto jurídico, se hallaba de manera habitual en estado de demencia, pues no sería razonable creer que sólo al instante preciso en que ejecutó o celebró el acto o contrato, una persona carecía de discernimiento, y que antes era capaz, o que inmediatamente después recuperó la razón. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL” (*Gaceta Judicial No. 15. Pág. 1999, 4226*).

Esta jurisprudencia aclara lo relativo al momento en el que los actos o contratos de una persona declarada en interdicción son nulos.

El estado habitual de interdicción de probarse regiría para el pasado, presente y futuro. Es decir, no se puede alegar que un demente tuvo plena capacidad en un cierto momento y en otro no, por lo cual sus actos o contratos son todos nulos al probarse un estado de demencia. Esta reflexión supone el efecto retroactivo de nulidad para cuando exista una declaración de interdicción de una persona con discapacidad mental.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones

- La palabra discapacidad evolucionó de un modelo médico a un modelo social; es mediante el reconocimiento de los Derechos Humanos que las personas con discapacidad son vistas como personas con derechos que deben ser respetados y garantizados en instrumentos nacionales e internacionales.
- En nuestro ordenamiento jurídico se crea en el 2012 la Ley de Discapacidades, la que tiene como objeto reconocer principios de cumplimiento obligatorio que consignan los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Se da un avance muy grande en esta materia porque pasamos de la integración de las personas con discapacidad a su inclusión, creando elementos de apoyo que se adecuan a sus necesidades y vuelven a la sociedad un ambiente propicio para su óptimo desarrollo. Se reconocen beneficios que se enfocan en la atención de este grupo de atención prioritaria.
- Se distinguen diversos tipos de discapacidades, siendo de interés para nuestro estudio la discapacidad mental que se asocia con trastornos de la conciencia. Las principales funciones cognitivas del ser humano sufren un deterioro que en gran escala puede llevar a sufrir varios tipos de demencias.
- En lo relativo a la Discapacidad Mental y a la Discapacidad Intelectual hemos creído pertinente aclarar que el vocablo más adecuado para una persona que tiene una Enfermedad de Alzheimer, es Discapacidad

Mental. La Discapacidad Intelectual, término ocupado en el artículo 126 del Código Civil no nos parece la más adecuada para calificar a los dementes. La discapacidad intelectual es más propia de un retraso mental. En cambio, la discapacidad mental, tiene que ver con un desgaste o deterioro de las funciones cognitivas, que se desarrollaron en su totalidad, pero con el tiempo se fueron desgastando. Creemos que esta puede ser la razón por la cual la reforma sólo resultó con respecto al artículo 126 del Código Civil y las demás alusiones a demencia no han sido cambiadas. Debería revisarse la terminología para que exista siempre precisión y la ley no tenga vacíos legales.

- Fue de interés el estudio del deterioro de las funciones cognitivas en este análisis, porque es el punto de partida para la distinción de los diferentes grados de enfermedad mental y para saber cuando esta enfermedad afecta el discernimiento y en cuales aún tienen las personas con discapacidad mental el discernimiento para la toma de decisiones.
- El Deterioro Cognitivo Leve es un trastorno neuropsicológico en el cual las funciones de la persona empiezan a deteriorarse de manera leve. Es decir, que, en materia de derecho el discernimiento de la persona no se vería afectado en ese momento, podría existir un tratamiento al ser un diagnóstico temprano del futuro padecimiento de una Enfermedad de Alzheimer o de algún otro tipo de demencia.
- La capacidad de obrar de las personas con discapacidad mental se ve disminuida, ya que generalmente no son ellos quienes toman sus propias decisiones, aun cuando no exista una declaración de interdicción. El modelo instaurado en nuestra legislación, es el que sustituye las decisiones de las personas con discapacidad por las de un curador, generalizando las situaciones sin estudiar el caso en concreto.
- La Ley de Discapacidades en su parte preliminar relativa a las discusiones del pleno de la Asamblea dice “Que, a pesar de existir una

Ley de Discapacidades, se requiere de un desarrollo normativo adecuado que permita la aplicación de los preceptos constitucionales vigentes”. Por lo tanto, en materia de discapacidades aún hace falta que se tomen medidas para la inclusión de las personas con discapacidades. Esto lo afirmamos porque habiendo realizado un paralelo con la Convención Internacional de derechos de las personas con discapacidad, encontramos que existe una inconsistencia en lo relativo a la capacidad. En el artículo 12 numeral 3: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al **apoyo** que puedan necesitar en el **ejercicio de su capacidad jurídica**”. En este numeral se concibe la idea de apoyos a la capacidad jurídica y esta es la norma que creemos no se ha adaptado a nuestro Ordenamiento Jurídico.

- De acuerdo al análisis realizado de la jurisprudencia española, llegamos a la conclusión que, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha sustituido aún el viejo modelo médico o rehabilitador, por el modelo social de discapacidad que es el que debería estar vigente en nuestro país.
- En lo relativo a la incapacidad absoluta, el sistema jurídico español se rige por la tutela, como una medida de protección del discapacitado. Ella debe ser usada solamente en casos extremos en los que exista falta total de discernimiento del discapacitado mental. Es en este caso que la prueba juega un papel determinante, pues si ella es inequívoca y contundente, la persona con discapacidad mental será representada y sólo en ese caso se sustituirá su voluntad a la de este representante, pero en mérito de consideraciones determinadas.
- La creación del artículo 486 del Código Civil responde a la necesidad de delimitar la validez de los actos jurídicos de los dementes que fueron declarados en interdicción, de aquellos que se consideran dementes pero no han sido declarados en interdicción. De esta manera, la declaración de interdicción debería ser el último recurso a considerar. Sin embargo,

esta protección no es suficiente, porque sabemos que en la actualidad la consideración de discapacitado da lugar a ciertas restricciones a la capacidad de obrar de personas que no han sido declaradas en interdicción y cuya falta de discernimiento no ha podido ser probada de forma inequívoca.

- Se cree que la utilidad de la declaración de interdicción de una persona con discapacidad mental radica en que es calificada como una garantía para el discapacitado. Sin embargo, nosotros somos de la idea que esta institución debe ser revisada para que se adecúe a las nuevas exigencias actuales y sea realmente una garantía para la persona con discapacidad mental.
- Existen dos fases: Una de ellas es la anterior a la interdicción en la cual los adultos mayores con discapacidades mentales tienen discernimiento (la etapa en la que se les diagnostica un Deterioro Cognitivo Leve) y es en esta fase en la que ellos pueden tomar sus decisiones apoyados por sus familiares. Sin embargo, la segunda fase que debe ser probada y perceptible a simple vista, es la fase en la que, los adultos mayores con discapacidades mentales pierden totalmente su discernimiento. Esto ya no les permite tomar decisiones por ellos mismo y deben ser representados por un tercero que, en ese caso, si se ocupará de tomar las decisiones que a su criterio sean las más favorables para el adulto mayor con una enfermedad mental.
- La jurisprudencia española analizada marca un hito en materia de apoyos a la capacidad de obrar, porque sienta las bases de un sistema en el cual el estudio del caso en concreto es la parte más importante del juicio y solo la falta total de discernimiento será una causal de declaración de interdicción, al ser probada de manera inequívoca. Lo más importante es retardar el proceso de declaración de interdicción, para no vulnerar los derechos fundamentales del adulto mayor con discapacidad mental.

- Como consecuencia de todo aquello que hemos estudiado, teniendo en cuenta la capacidad de realizar o ejecutar cualquier clase de actos y contratos por parte de una persona que tiene la capacidad legal suficiente, tenemos que arribar al hecho cierto de que la Enfermedad de Alzheimer, que conocemos por el estudio presentado en este trabajo, trae consigo un deterioro severo de las funciones cognitivas. Luego, la persona que la padece puede ser declarada en interdicción, tal como lo indica el Código Civil Ecuatoriano, después del trámite correspondiente: de esta manera no podrá administrar sus bienes y será a su vez incapaz de ejecutar cualquier acto o contrato.

2. Recomendaciones

- El Deterioro Cognitivo Leve es una enfermedad mental reciente por lo que todavía no ha sido considerada en nuestro ordenamiento jurídico; es importante que se considere como una etapa previa en la que el adulto mayor todavía no pierde su discernimiento.
- El Reglamento a la Ley de Discapacidades en su artículo 16 califica la solicitud de seguro de vida de una persona con discapacidad como subnormal, término que vulnera los derechos de las personas con discapacidad, las discrimina y no respeta las Convenciones Internacionales ratificadas por el Ecuador. Se recomienda el cambio inmediato de este término.
- El Estado como ente regulador de las políticas públicas y en su función de velar por el bien común no puede ser el único responsable de la asistencia integral de todas las personas con discapacidad mental. Si bien los adultos mayores son un grupo de atención prioritaria, velar por la asistencia integral de todas las personas con discapacidad llevaría al Estado a la quiebra financiera. Por lo cual es recomendable que, las

personas con discapacidad acudan a la ayuda financiera del Estado sólo cuando hayan agotado sus propios recursos. Deben existir pruebas fehacientes de que las personas discapacitadas que solicitan ayuda del Estado no tengan en realidad ningún recurso que pueda ayudarlas a sobrevivir.

- Apoyamos la Ley Reformativa de la Ley de Discapacidades para que las personas que se encuentren por debajo del 40% de discapacidad calificada por la autoridad sanitaria nacional, sean consideradas también como personas con discapacidad, o por lo menos, al decir de la Asambleísta María Cristina Kronfle las personas que tienen desde 30% de discapacidad recuperen los derechos que tienen como personas con discapacidad.
- Se recomienda una reforma de la parte pertinente del Código Civil, en la que se tenga en cuenta el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad. En ella se debería establecer de manera clara que, nuestra legislación se basa en el sistema de apoyos a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad. Hay que considerar la existencia de distintos grados de incapacidad, en los cuales se podría basar el criterio del juez antes de declarar la interdicción de una persona con discapacidad mental. Los grados de discapacidad deberían ir de mayor a menor gravedad y se debería describir rigurosamente a que corresponde cada uno de ellos. Esta idea la rescatamos de Aurelia María Romero Coloma en el análisis que hicimos de las definiciones de capacidad e incapacidad.

REFERENCIAS

www.lexis.com.ec. (4 de Febrero de 1924). Recuperado el 23 de Mayo de 2014, de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=JURIS-INCAPACIDAD_POR_INTERDICCION_413619240204&query=JOSE%20ANTONIO%20ORELLANA

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Servicio Informático Lexis.

www.lexis.com.ec. (8 de Marzo de 1976). Recuperado el 23 de Mayo de 2014, de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=JURIS-INTERDICCION_POR_DEMENCIA_121119760308&query=8%20de%20marzo%20de%201976%20gaceta%20judicial%2011%20serie%2012

Ley de Derechos y Amparo al Paciente. (1995). Quito: Servicio Informático Lexis.

www.lexis.com.ec. (29 de Marzo de 1999). Recuperado el 23 de Mayo de 2014, de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CASACION-COMPRAVENTA_DE_DEMENTE_ANTES_DE_INTERDICCION_161519990329&query=29%20marzo%201999%20serie%2016%20gaceta%20judicial%2015

Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud - CIF. (2001). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (s/e).

Ley Orgánica de Seguridad Social del Ecuador. (2001). Quito: Servicio Informático Lexis.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Quito: Servicio Informático Lexis.

Ley de Prevención, protección y atención integral a las personas que padecen diabetes . (2004). Quito: Servicio Informático Lexis.

Ley de Régimen Tributario Interno. (2004). Quito: Servicio Informático Lexis.

Ley del Anciano. (2006). Quito: Servicio Informático Lexis.

www.lexis.com.ec. (1 de Noviembre de 2006). Recuperado el 23 de Mayo de 2014, de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=RECURSOS-JUICIO_DE_DANOS_Y_PERJUICIOS_37856320090403&query=RUTH%20XIMENA%20FIALLOS%20DE%20LITUMA

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Servicio Informático Lexis.

Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. (2008). Quito: Consejo Nacional de Discapacidades (s/e).

Consejo General del Poder Judicial de España. (29 de Abril de 2009). Recuperado el 1 de Junio de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadername2=cadena&blobheadervalue1=filename%3DSENTENCIAS+21+febrero.pdf&blobheadervalue2=language%3Des%26site%3DHospitalLaPaz&blobkey=>

Consejo de la Judicatura del Ecuador. (23 de Agosto de 2013).

Recuperado el 27 de Julio de 2014, de <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial . (2010). Quito: Servicio Informático Lexis.

Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano. (2011). Quito: Servicio Informático Lexis.

http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/2999/1/El_derecho_a_la_no_discriminacion_de_las_personas_Mariana_Castilla_Calderas.pdf.

(Febrero de 2011). Recuperado el 15 de Abril de 2014, de www.flacsoandes.org

Código Civil Ecuatoriano. (2012). Quito: Servicio Informático Lexis.

Código del Trabajo Ecuatoriano. (2012). Quito: Servicio Informático Lexis.

Código Penal del Ecuador. (2012). Quito: Servicio Informático Lexis.

Alberca Serrano, R., & López-Pousa, S. (2011). *Enfermedad de Alzheimer y otras Demencias*. Madrid: EDITORIAL MÉDICA PANAMERICANA, S.A.

Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ardila, A., & Roselli, M. (2007). *Neuropsicología Clínica*. México: El Manual Moderno S.A. de C.V.

Armstrong, T. (2012). *El poder de la neurodiversidad*. Barcelona: Espasa Libros, S.L.U.

Arnedo Montoro , M., Bembibre Serrano, J., & Triviño Mosquera, M. (2013). *Neuropsicología a través de casos clínicos*. Madrid: EDITORIAL MÉDICA PANAMERICANA, S.A.

Bariffi, F., Palacios, A., Dabove, M. I., Rosales, P. O., Iglesias, M. G., & Palacios, A. (2012). *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar.

- Besa, A. A. (2008). *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno Tomos I y II*. Santiago: Ediar Editores Ltda.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Camacho, G. (1989). *La interdicción del demente*. Quito: tesis PUCE.
- CONADIS. (2012). *Boletín No. 20*. Quito-Ecuador.
- Cuvi Ortiz, F., Argüello, F., Zapata, M., Solís de King, F., Alvares, P., Moreira de Alava, B., y otros. (2000). *La Mujer de la Tercera Edad y las Políticas Públicas*. Quito: J.G., Regente Señor Jaime Savedra.
- De Asís, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid : Dykinson, S.L.
- Declareuil, J. (1928). *Roma y la Organización del Derecho*. Barcelona: Cervantes.
- Fernández Merino, V. (2000). *Alzheimer, Un siglo para la Esperanza* . Buenos Aires: Edaf y Albatros S.A.
- Fernández, O. (1998). *Régimen General de las Obligaciones*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.
- García Unda, A. (2005). *Lecciones de Historia del Derecho*. Quito: Ediciones ABYA-YALA.
- Gil, R. (2007). *Neuropsicología* . Barcelona: ELSEVIER MASSON.
- González, J. B. (2012). *La Nulidad de los Actos Jurídicos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez .
- Guerra Veloz, M. F., & Santillán Coello, A. C. (2012). *Prevalencia de Deterioro Cognitivo Leve y sus factores asociados en pacientes con diabetes Mellitus tipo 2 aplicando la escala válida de Moca en el Club de Diabéticos del Centro de atención ambulatoria de Cotocollao del IESS*. Quito: Tesis de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

- Jaramillo Avila, A. (2007). *Psicología Legal*. Quito: CODECU.
- Larrea Holguín, J. (2002). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lastarria, J. V. (1863). *Instituta del Derecho Civil Chileno*. Santiago.
- Martín Azcano, E. M. (2011). *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: Aspectos civiles*. Madrid: LA LEY.
- Misichia, B. (24 de Noviembre de 2013). *www.redi.org.ar*. Recuperado el 1 de Junio de 2014, de <http://www1.rionegro.com.ar/blogs/invisibles/derechos/nuevo-codigo-civil/>
- Molina Guaita, H. (2009). *Derecho Constitucional*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- Morales Dorta, J. (2006). *Parkinson, Alzheimer y esquizofrenia, sus bases biológicas*. Lawrence, Massachussets: Casa Editorial CBH Books.
- Muñoz Enríquez, J. G., & Apolo Ordóñez, J. A. (2012). *Deterioro Cognitivo Leve en pacientes de la Tercera Edad Ambulatorios*. Quito: Tesis de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- P. Simon , R., A. Greenberg, D., & J. Aminoff, M. (2010). *Neurología Clínica, Séptima Edición*. México: Mc Graw-Hill Interamerican Editores, S.A. de C.V.
- Padilla, G. (2008). *Derecho Romano*. México D.F,: McGraw-Hill.
- Pérez García, M. (2009). *Manual de Neuropsicología Clínica* . Madrid: Pirámide (Grupo Anaya, S.A.).
- Planiol, M., & Ripert, G. (1945). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Habana: Editorial Cutural.

- Ramos Pazos, R. (2007). *Derecho de Familia Tomo II*. Santiago: EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE.
- Robles, A., Del Ser, T., Alom, J., Peña-Casanova, & Neurología, G. A. (Enero 2002). Propuesta de criterios para el diagnóstico clínico del deterioro cognitivo ligero, la demencia y la enfermedad de Alzheimer. *Revista de Neurología*, Volumen 17, número 1, página(s).
- Romero Coloma, A. M. (2013). *Capacidad, incapacidad e incapacitación* . Madrid: Reus, S.A.
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría General del Contrato*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Secundino López-Pousa, C. L. (2014). <http://www.revistaalzheimer.com>. Recuperado el 22 de Abril de 2014, de <http://www.revistaalzheimer.com/PDF/0278.pdf>
- Solar, L. C. (1992). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, De las Personas, Tomo Quinto*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Somarriva Undurraga, M. (1963). *Derecho de Familia*. Santiago: Nascimento.

ANEXOS

Para mayor conocimiento, sobre los resultados de nuestra investigación y con la necesidad de probar los asertos expuestos, al presente trabajo de titulación, me permito anexar una sentencia y jurisprudencia de las cuales se colige que, efectivamente la Enfermedad de Alzheimer da lugar a que las personas que la padecen sean declarados interdictos y de esta forma no puedan administrar sus bienes.

En el Anexo 1, se declara la interdicción provisional de Luis Eduardo Moisés Mora Burbano ya que, de las pericias realizadas se colige que este tiene demencia senil y Enfermedad de Alzheimer. Este anexo demuestra que la regla general es la declaración de interdicción ante la comprobación de un estado de demencia habitual.

En el Anexo 2, se desarrolla una sentencia de la Corte Suprema de Justicia por intermedio de un recurso de casación, en el sentido que los intervalos lúcidos no son una prueba para no declarar la interdicción de una persona, en este caso, con Parkinson. El General retirado Eduardo Napoleón Lituma Arízaga presentaba según el examen psicosomático un estado habitual de demencia en el cual existían intervalos lúcidos. La jurisprudencia se enfoca en el hecho que se debe declarar la interdicción de esta persona porque no es hábil para administrar su patrimonio por sí misma, porque el grado de evolución de la enfermedad provocó un deterioro severo de las funciones cognitivas de esta persona. Por lo tanto, se declara la interdicción definitiva del General Eduardo Napoleón Lituma Arízaga y se nombra como curadora a su cónyuge.

En el Anexo 3, se hace alusión a la compraventa de un demente antes de haber sido declarado en interdicción. Carlota Teodomira Cadena Santillán es una persona con un defecto físico que se denomina infantilismo hipofisario con retraso mental entre moderado y grave lo que hizo que ella jamás sea considerada como una persona con capacidad legal por sus familiares. La parte interesante de esta jurisprudencia es que refleja la presunción legal iuris tantum del artículo 486 del Código Civil, mediante la cual si se prueba que una persona se encuentra en estado habitual de demencia, aun cuando no exista una declaración de interdicción previa a la celebración del acto o contrato. Ese

acto o contrato será nulo. Por lo tanto, la sentencia concluye que Carlota Teodomira Cadena Santillán quién celebra un contrato de compraventa de un bien raíz con su sobrino, es una persona incapaz para el derecho por lo cual el contrato de compraventa es nulo de nulidad absoluta y las cosas deben volver a su estado anterior, es decir, el inmueble debe ser restituido a la curadora de la demente Carlota Teodomira Santillán Cadena. Y además, se condena al demandado al pago de daños y perjuicios ocasionados.

En el anexo 4, se trata la demanda de incapacitación contra Doña Victoria, es una sentencia importante porque se observan los distintos grados de incapacidad que existen en la legislación civil española para declarar la interdicción de una persona. Se declara la incapacitación de Doña Victoria debido a que se puede comprobar que el trastorno que sufre es permanente e impide a la afectada gobernarse por sí misma.

ANEXO 1:

No. causa: 17953-2013-0476 - (23/08/2013)

Judicatura: JUZGADO TERCERO DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Acción: TUTELAS, CURADURIAS

Actor: MORA FIGUEROA ALBA JUDITH

ACTA GENERAL

En el inmueble ubicado en la calle Los Madroños E12-289 y las Magnolias, Sector El Inca de esta ciudad de Quito, el día jueves nueve de Agosto del año dos mil doce, a las diez horas con diez minutos, nos constituimos el Doctor Fernando Robalino Silva, Juez en cargo del Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha, la Dra. María Elena Guerrero, Secretaria encargada, la señora Alba Judith Mora Figueroa, acompañada de su Abogado Defensor el Dr. Luis Trajano Viera Álvarez, las Peritos Dras. Ángela Álvarez Campaña y Alexandra Ubidia Morillo, a fin de que tenga lugar la diligencia de ordenada en la presente causa, siendo estos el día y hora señalados y encontrándose dentro de la hora judicial, el Juzgado declara iniciada la diligencia, concediéndole la palabra a la señora Alba Judith Mora Figueroa, que lo hace por intermedio del Abogado Defensor, que dice: "Señor Juez, señorita Secretaria, Peritos y más personas presentes, permítanme puntualizar lo siguiente: a. Se encuentra presenta la peticionaria ALBA JUDITH MORA FIGUEROA, el señor LUIS EDUARDO MOISES MORA BURBANO, el señor Ing. EDGAR OSWALDO MORA FIGUEROA, hijo, así como familiares cercanos; y. como nos encontramos constituidos en el hogar del señor LUIS EDUARDO MOISES MORA BURBANO, ubicado en la calle Los Madroños E12-289 y las Magnolias, Sector el Inca de esta ciudad de Quito, señor Juez, ha podido verificar la presencia, tanto de la peticionaria como de la persona que se encuentra solicitándole, se le declare PROVISIONALMENTE la INTERDICCION ; y de las preguntas que

usted ha formulado, así como las peritos, podemos observar que don LUIS EDUARDO MOISES MORA BURBANO no ha respondido en forma categórica, presentando dubitaciones, y como es un asunto eminentemente médico, psicológico, no tengo más que ratificar mi pedido, que agotado que sea el trámite, se sirva aceptar la petición y demanda. Desde ya señor Juez, pido de la manera encarecida y en razón del tiempo transcurrido, agilidad en el procedimiento y conociendo su capacidad como su entrega, señor Juez, desde ya anticipo que sus buenos oficios y su conocimiento al servicio de la Justicia, serán valiosos y reconocidos por las personas que acuden ávidas de justicia".- El Juzgado por su parte procede a realizar las siguientes observaciones: Preguntado que ha sido al señor Luis Eduardo Moisés Mora Burbano, sobre su nombre, edad, tiempo, lugar y espacio, ha contestado en forma discordante sin reconocimiento de las cosas, lugares, etc.. En este momento el juzgado solicita a las profesionales nombradas, para que realicen la evaluación psicológica y psiquiátrica del mencionado señor, quienes presentarán el informe respectivo dentro del término concedido para el efecto.- Concluye la diligencia firman para constancia los comparecientes en unidad de acto con el señor Juez y Secretaria encargada que Certifica. LOS COMPARECIENTES Dr. Fernando Robalino Silva JUEZ Dra. María Elena Guerrero SECRETARIA (E)

SENTENCIA

VISTOS.- ALBA JUDITH MORA FIGUEROA, luego de consignar sus generales de ley, manifiesta: Que el señor LUIS EDUARDO MOISES MORA BURBANO, de ochenta y cinco años de edad, sufre actualmente una enfermedad que le **incapacita totalmente** para realizar sus actos y contratos, pues los facultativos que le han examinado han manifestado que sufre de Demencia Cortical Tipo Alzheimer, que le ha imposibilitado en sus funciones y facultades psíquicas, desenvolverse en forma normal y corriente.- Con el antecedente mencionado y por cuanto es indispensable, designar una persona para que le represente en todos sus actos, solicita que se proceda a declarar en **Interdicción Provisional**, para lo cual se servirá designar un Curador interino, insinúan para

el efecto al señor, EDGAR OSWALDO MORA FIGUEROSA, hijo del señor, LUIS EDUARDO MOISES MORA BURBANO, además cabe indicar que su madre, Judith Figueroa ya fallecida, fue cónyuge de su padre el señor, Luis Eduardo Moisés Mora Burbano. En la primera providencia se servirá señalar día y hora oportunos para que esta Autoridad concorra a la Casa de Salud llamada Club de la Memoria de los Abuelos en donde se encuentra asilado su padre. **Al efecto se designará dos médicos para que procedan a determinar su incapacidad**, en consideración a que los Doctores Fabián Orellana, médico gerontólogo y el Doctor, Fernando Villa, neurólogo, le vienen tratando, insinúa que sean nombrados peritos, dejando a salvo la elección. Su demanda la fundamenta en los Art. 748 y 749 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.- Indica cuantía, trámite y firma con su abogado defensor.- Aceptada la demanda a trámite con fecha 15 de julio del 2011, las 16h45; y, ordenando que se corra traslado al demandado, señor LUIS EDUARDO MOISES MORA BURBANO, y señalándose para día y hora para que se lleve a cabo la diligencia que ordena el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil, así como luego de haber designado dos facultativos para examinar al supuesto interdicto, y habiéndose agotado las demás etapas procesales correspondientes, encontrándose la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO.- Revisado el proceso, no se ha encontrado omisión de solemnidad sustancial alguna, ni se ha observado violación del trámite correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la causa, que influya en su decisión, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO.- Las curadurías, según establece el Art. 367 del Código Civil, son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse a sí mismos o administrar sus negocios. En virtud de esta definición se debe proceder a determinar si LUIS EDUARDO MOISES MORA BURBANO, es apto o no para gobernarse a sí mismo. Al respecto, el Art. 752 del Código de Procedimiento Civil señala: si se solicita interdicción, se designará dos facultativos por parte del Juez, a fin de que reconozcan a la persona que se pretende colocar en interdicción. En el caso sub judice, consta de autos el acta de diligencia, de examen médico practicado a LUIS EDUARDO MOISES

MORA BURBANO, el 9 de agosto del 2012, constante a fs. 27, en donde la parte actora a través de su abogado, manifiesta que se declare provisionalmente la interdicción a LUIS EDUARDO MOISES MORA BURBANO, ya que no ha podido responder a las preguntas en forma categórica, presentando dubitaciones.- El Juzgado por su parte, al momento de examinarlo, pudo verificar que el señor Luis Eduardo Moisés Mora Burbano **respondió a las preguntas planteadas** de una **forma discordante**, sin reconocimiento de las cosas, lugares, etc., en virtud de lo cual y por tratarse de un asunto médico, la Judicatura solicita a las profesionales nombradas, procedan a realizar la evaluación psicológica y psiquiátrica del mencionado señor, efecto de lo cual, la doctora, Alexandra Ubidia Morillo, ha presentado el informe pericial respectivo, que obra de fs. 28 a 33, en el que en su parte pertinente señala que “al momento de la valoración psicológica el examinado señor Mora Luis presenta un cuadro de signos y síntomas compatibles con la **demencia senil de tipo Alzheimer.**”, concluyendo que, LUIS EDUARDO MOISÉS MORA BURBANO, es un ciudadano que al momento de la valoración psicológica presenta **notorios déficits en su función cognitiva e intelectual**, estado funcional que al parecer se relaciona con el deterioro de su memoria y suscita efectos perjudiciales en la aérea racional, por lo tanto afecta la determinación de los actos; agrega además que la demencia senil es un proceso degenerativo, crónico, progresivo e irreversible que afecta de forma determinante la globalidad de las funciones psíquicas de la persona, determinando un estado de discapacidad para el desenvolvimiento autónomo y cuidado permanente y que este proceso, que cursa el ciudadano examinado, representa un estado de notoria afectación y deterioro de sus capacidades mentales; diagnóstico este que es ratificado en el otro informe pericial, emitido por el Dr. Wilson Moya Serrano, que obra del proceso de fs. 45 a 48, en el que concluye que del análisis correlativo y evaluación realizada al señor Luis Mora, se aprecia que sus signos y síntomas corresponden a **demencia senil y enfermedad de Alzheimer.** En tal virtud, de la verificación del estado de salud de LUIS EDUARDO MOISÉS MORA BURBANO, y de las conclusiones a las que llegan los peritos nombrados, llevan al suscrito Juez a la convicción que es

necesario **proceder a la interdicción** de LUIS EDUARDO MOISÉS MORA BURBANO.- Por lo expuesto, sin más consideraciones que realizar, habiéndose probado la existencia de las causas que han provocado la solicitud de Interdicción, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta la demanda y conforme lo estatuido en el Art. 753 del Código de Procedimiento Civil, declaro **INTERDICCIÓN PROVISIONAL de LUIS EDUARDO MOISÉS MORA BURBANO**, y se designa a EDGAR OSWALDO MORA FIGUEROA, curador interino de su padre, Luis Eduardo Moisés Mora Burbano, quien tendrá a su cargo el cuidado inmediato de su padre, así como la administración de sus bienes. De conformidad a los Arts. 748 y 754 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el Art. 468 del Código Civil, se dispone la inscripción de este auto en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil del Cantón Quito, y la notificación al público mediante una publicación en un periódico de amplia circulación de este cantón. Ejecutoriado que sea este auto, y una vez que se presenten al Juzgado las inscripciones y publicación antes referidas, se protocolizará la misma en una Notaría del Cantón, a fin que sirva de poder al curador interino, según lo ordena el Art. 740 del Código de Procedimiento Civil.- Notifíquese y Cúmplase.-

ANEXO 2:

**TOMADO DE: JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA CIVIL - MERCANTIL II
2009**

**TÍTULO: PARA DECLARAR LA INTERDICCIÓN POR CAUSA DE
DEMENCIA DEBE DEMOSTRAR UN ESTADO HABITUAL DE DESMEDRO
DE FACULTADES MENTALES. NO HACEN PRUEBA EN CONTRARIO LOS
INTERVALOS LÚCIDOS**

PROCESO: 378-06

SENTENCIA CASO: 31-OCT-2006 (RO 563: 03-ABR-2009)

**ÓRGANO CASO: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: PRIMERA SALA DE LO
CIVIL Y MERCANTIL**

ACTOR: RUTH XIMENA FIALLOS DE LITUMA

DEMANDADO: EDUARDO NAPOLEÓN LITUMA ARIZAGA

VISTOS: Ruth Ximena Fiallos Lituma, interpone recurso de casación de la sentencia pronunciada por la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del juicio especial que por interdicción sigue en contra del General Retirado Eduardo Napoleón Lituma Arízaga. Por haberse negado el recurso de casación presentado, la recurrente presenta recurso de hecho que inicialmente es negado pero que en providencia de 20 de mayo del 2005 se lo revoca y se concede, por lo que sube el proceso a la Corte Suprema de Justicia y en virtud del sorteo legal, se ha radicado la competencia en la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, que para resolver hace las siguientes consideraciones. PRIMERO: Corresponde a este Tribunal de Casación, resolver el recurso dentro de los límites formulados por la recurrente en su escrito de interposición del recurso y que consta a fojas 38 a 39 del cuaderno de segundo nivel. SEGUNDO: La recurrente fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y señala los artículos 478, 1490 del Código Civil y los

artículos 119, 267, 763 y 764 del Código de Procedimiento Civil, como normas de derecho infringidas por el Tribunal ad-quem en la sentencia que se impugna. TERCERO: La recurrente sostiene que se ha inaplicado el artículo 119, actual 115, que se han interpretado erróneamente los artículos 263 (267), 752, (763) y 753 (764) del Código de Procedimiento Civil, ya que considera que el Tribunal ad quem en la sentencia de segundo nivel, ha infringido los principios de la sana crítica, es decir la lógica, la experiencia y la psicología que se debió aplicar en la valoración de la prueba; y, completa la formulación del vicio que consta en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, al señalar como consecuencia de dichas violaciones, la errónea interpretación del artículo 478 del Código Civil que textualmente dice: "El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes aunque tenga intervalos lúcidos.". En efecto, la sentencia de segundo nivel motiva su decisión diciendo que "del acta de reconocimiento que obra de fs. 21 del proceso, constan las observaciones que hace el señor Juez a quo respecto de la indagación y auscultamiento del General Eduardo Napoleón Lituma Arízaga, en presencia de la actora, su abogado defensor y los señores peritos, en la que deja constancia de <<... quien respondió satisfactoriamente a todas las inquietudes sobre la situación psicológica y mental que presenta en ese momento...>> Ni de las observaciones del Juez a-quo, ni del informe de los peritos, la sala puede llegar a la convicción de que se han probado los presupuestos legales indicados en la consideración tercera de esta resolución, pues de ninguno de los dos aparece que el accionado se encuentre en estado de demencia y mucho menos que esta sea habitual como lo requiere la ley.". Ahora bien, la recurrente afirma que según dispone el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil "si se solicita la interdicción judicial por causa de demencia o locura, el Juez nombrará dos facultativos que reconozcan al supuesto loco o demente e informe sobre la realidad y naturaleza de la demencia o locura, y el mismo Juez, acompañado del Secretario, le examinará, por medio de interrogatorios y se instruirá de cuanto concierna a la vida anterior, estado actual de la razón y circunstancias personales del supuesto demente o loco...". Es justamente "al momento de los interrogatorios realizados

por el Juez a-quo que el paciente tenía intervalos lúcidos, lucidez mental que no es óbice para la procedencia de la demanda de interdicción... y no por ello el informe del examen psicosomático deja de ser eficaz, más aún siendo de carácter científico... Tanto más que en el proceso se demostró el estado habitual de demencia de mi precitado marido con informes clínicos y el examen psicosomático practicado por peritos médicos designados por el Juez".

CUARTO: De lo analizado se concluye que en efecto, la sentencia del Tribunal ad-quem ha incurrido en el vicio contenido en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, pues si bien, el artículo 478 del Código Civil establece como presupuestos para que prospere esta acción la demostración del estado de demencia y la habitualidad de esa demencia; sin embargo la misma norma aclara que los intervalos lúcidos, no demuestran la sanidad mental. En consecuencia, y conforme ha señalado esta Sala en numerosas resoluciones, como la No. 222-99, publicada en el Registro Oficial 214 del 17 de junio de 1999, la No. 552 del Registro Oficial 348 del 28 de diciembre de 1999 y la No. 572, publicada en el Registro Oficial 349 del 29 de diciembre de 1999. "Ha de advertirse que la Corte Suprema de Justicia no puede alterar la valoración de la prueba, ni cambiar los hechos establecidos por el Juez de instancia, así como tampoco modificar su grado persuasivo, sino que debe limitarse a verificar si existe una violación directa de una norma jurídica que impele a valorar la prueba de los hechos de una forma distinta a la que ha efectuado el Juez. Por tanto, debe haber expresa legislación positiva sobre el valor de determinada prueba para que la causal proceda o acreditarse que la valoración es absurda o arbitraria, por atentar contra las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia.". Tal como ocurre en el presente caso y por lo tanto al haber prosperado el recurso interpuesto, este Tribunal de Casación asume temporalmente las atribuciones de un Juez de instancia y debe proceder a dictar la sentencia de mérito que corresponde.

QUINTO: Ruth Ximena Fiallos de Lituma inicia el presente proceso con la finalidad de que se declare en interdicción al señor General retirado Eduardo Napoleón Lituma Arízaga y que:

"a) Sean cesadas en forma total y absoluta de las funciones de administrador de los bienes muebles e inmuebles de la sociedad conyugal; b) Se sirva

designar como curadora del interdicto a la compareciente, por hallarse con plena capacidad legal, moral e intelectual, para ejercer dicha curaduría; y, c) Que dicha la interdicción se mande a inscribir y a marginar en los bienes que consten inscritos en el Registro de la Propiedad. El Juez Tercero de lo Civil ordena la práctica de un examen psicosomático al señor General retirado Eduardo Napoleón Lituma Arízaga, quienes en las conclusiones de su informe dicen que: "a) Adolece de lesión cerebral producida por la enfermedad de parkinson y la palidectomía correctora a la que fue sometido. Esta lesión produce trastornos neurológicos como la afasia, apraxia y agnosia, que le impiden vivir independientemente y disfrutar de libertad. No tiene posibilidades de curación; b) El déficit de las funciones intelectuales superiores ocasionados por estos trastornos, le limitan comprender la realidad, evaluar correctamente su situación presente y futura y por consiguiente, manejar en forma conveniente su cuerpo y su patrimonio.". El Juez de primer nivel considera que con la diligencia judicial y los informes presentados se ha probado el estado de demencia del señor General retirado Eduardo Napoleón Lituma Arízaga por lo que procede a declararlo interdicto. En tal virtud el mencionado señor interpone recurso de apelación y llega a la Corte Superior que revoca la sentencia dictada por el Juez inferior, pues considera, como ya se analizó, que el momento de la diligencia de interrogatorio realizada por el Juez "respondió satisfactoriamente a todas las inquietudes sobre la situación psicológica y mental que presenta en este momento.". Sin embargo, existen dos informes médicos concordantes, el primero realizado en la misma diligencia a la que acudió el Juez del que se desprende que "tanto la enfermedad como la palidectomía producen lesiones cerebrales, que se manifiestan a través de signos neurológicos que significan desorganización de las funciones mentales superiores y pérdida de los aprendizajes; estos signos son los siguientes: afasia, apraxia y agnosia". Respecto de estos cabe citar la parte respectiva del informe que señala: "Agnosia: este trastorno es la consecuencia de los anteriores y consiste en la incapacidad del enfermo para reconocer objetos a pesar de la aparente normalidad de las funciones sensoriales. Se manifiesta en nuestro reconocido por la decadencia de las funciones intelectuales superiores

(déficit cognoscitivo), que le limitan una adecuada apreciación de la realidad; y, para intuir lo que pueda ocurrir en el futuro ("saber prever"), características que no pueden faltar en una inteligencia bien conservada. Con estos déficit, no puede manejar correctamente su patrimonio.". El segundo informe médico realizado por el "Centro de Tratamiento Completo de la Epilepsia" en su parte concuerda diciendo que "Los resultados de esa evaluación revelaron que tenía las funciones ejecutivas del lóbulo frontal muy deterioradas así como déficit de análisis visual, organización visual, confrontación y errores en cuanto a falso y positivo en sus análisis de memoria... el tipo de déficit del lóbulo frontal que demostró tener el Dr. Lituma puede interrumpir de manera importante sus actividades diarias. De manera particular, los pacientes con este conjunto de afecciones son a menudo bastante impulsivos y pueden gastar de manera imprudente con muy pobre criterio.". SEXTO: En consecuencia, de las pruebas aportadas al proceso se puede concluir que el General retirado Eduardo Napoleón Lituma Arízaga padece de la enfermedad de Parkinson. Ahora bien, el Parkinson no puede ser catalogado en sí mismo como una enfermedad mental, sin embargo, debido al grado de evolución de la enfermedad y a la existencia de elementos externos como la palidectomía correctora, operación quirúrgica a la que fue sometido, se puede concluir tal como lo señalan los respectivos informes que "el déficit de las funciones intelectuales superiores ocasionado por estos trastornos, le limitan comprender la realidad, evaluar correctamente su situación presente y futura y por consiguiente manejar en forma conveniente su cuerpo y su patrimonio.". Ahora bien, el procedimiento que permite la declaración de la demencia es el juicio de interdicción en el cual se debe verificar lo señalado en el artículo 478 del Código Civil es decir "el estado habitual de demencia, aunque tenga intervalos lúcidos". Dicho procedimiento cuenta con normas especiales que garantizan la obtención de suficientes elementos de convicción que permitan tal declaración, tal como consta en los artículos 752 y 753 del Código de Procedimiento Civil, los cuales se han cumplido a cabalidad en la especie. Dichos elementos deben tener en cuenta que la demencia, que consiste en una apreciación distorsionada de la realidad, debe ser habitual, aunque dicha habitualidad no signifique que en

determinados momentos pueda tener intervalos lúcidos, como ocurre con el General Retirado Eduardo Napoleón Lituma Arízaga, pues en suma su estado mental no le permite cuidar de sí mismo ni de su patrimonio. En tal virtud y por cuanto las interdicciones se dictan con finalidad de garantizar la protección de personas que pueden ser sujetas al abuso de terceros; tal como lo señala la misma ley, en el artículo 367 del Código Civil que dice: "las tutelas y curadurías o curatelas 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 puedan darles la protección debida", esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito y acepta la demanda declarando en interdicción definitiva al General Retirado Eduardo Napoleón Lituma Arízaga para administrar sus bienes. Se nombra como curadora a la cónyuge del interdicto, señora Ruth Ximena Fiallos de Lituma. Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase".

F.) Drs. Héctor Cabrera Suárez, Mauro Terán Cevallos, Viterbo Zevallos Alcívar.

ANEXO 3:

COMPRAVENTA DE DEMENTE ANTES DE INTERDICCION

Tipo de Norma: Serie 16

Publicación: Gaceta Judicial 15

Fecha de publicación: 29-mar-1999

Estado: Vigente

El inciso segundo del mismo Art. 504 del Código Civil, contiene una presunción legal iuris tantum, que dispone que "por el contrario, los actos jurídicos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente". Es decir que la ley presume que los negocios jurídicos realizados por una persona antes de ser privada de la administración de sus bienes son válidos y por tanto surten plenos efectos jurídicos, pues fueron celebrados entre personas legalmente capaces, pero contra esta presunción, se admite prueba en contrario, prueba que corresponde rendir a quien impugna la validez y eficacia del negocio jurídico, para lo cual debe acreditar que el acto o contrato de que se trata, fue concluido o cumplido por quien se encontraba en habitual estado de demencia a la época de la celebración del acto o contrato. Esta demostración debe ser concluyente, sin que deje resquicio alguno de duda en el ánimo del juzgador, pues, por regla general, la ley tiene a amparar la validez y eficacia de los negocios jurídicos (Art. 1588 Código Civil) ya que el tráfico jurídico se nutre de contratos eficaces, no de contratos nulos o incumplidos. Finalmente, cabe aclarar que cuando nuestra ley dice que el acto o contrato es nulo si se demuestra que quien lo ejecutó o celebró estaba "entonces" demente, no necesariamente se refiere AL MOMENTO MISMO de su realización sino que se debe probar que aquel, de manera previa, simultánea y posterior al acto jurídico, se hallaba de manera habitual en estado de demencia, pues no sería razonable creer que sólo al instante preciso en que ejecutó o celebró el acto o contrato, una persona carecía de discernimiento, y que antes era capaz, o que inmediatamente después recuperó la razón. SALA DE LO CIVIL Y

MERCANTIL.

Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. Pág. 4226.
(Quito, 29 de marzo de 1999)

VISTOS: Carmen Alicia Cadena de Navarrete, en calidad de curadora de su madre Carlota Teodomira Cadena Santillán, comparece ante el Juez de primer nivel, y manifiesta que mediante escritura pública celebrada el 29 de septiembre de 1980 ante el Notario Quinto del cantón Quito, su representada, que es una persona absolutamente incapaz por lo que ha sido declarada interdicta, ha vendido su casa situada en la parroquia de Guayllabamba, cantón Quito, a su sobrino Luis Alberto Jaramillo Mena; que su madre siempre ha sido una persona incapaz, por lo que la aludida venta adolece de nulidad absoluta, en virtud de lo cual demanda al indicado comprador la nulidad tanto del contrato de compraventa como de la escritura pública que lo contiene, debiendo además ser obligado a la devolución del predio y al pago de los daños y perjuicios ocasionados. Citado el accionado, ha contestado negando los fundamentos de la demanda y alegando improcedencia de la acción, falta de derecho y de legítima contradictora, prescripción, "principio de cosa juzgada" e "incompetencia del director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización". Trabada así la litis y una vez tramitada la causa, el juez a-quo ha rechazado la pretensión contenida en el libelo inicial "por existir falta de derecho de la actora e improcedencia de la acción", resolución que es confirmada en todas sus partes por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito. La demandante ha interpuesto recurso de casación, que es negado por el Tribunal a-quo, por lo que propone recurso de hecho, habiendo subido el proceso a la Corte Suprema de Justicia, en la que, por sorteo, se ha radicado la competencia en la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, la que para resolver considera:

PRIMERO: El recurso de hecho propuesto por la accionante fue aceptado por esta Sala mediante auto de 16 de diciembre de 1996, como consecuencia de lo cual se admitió a trámite el recurso de casación que fuera negado por el

Inferior.

SEGUNDO: Afirma la recurrente que en la sentencia impugnada se ha aplicado incorrectamente el ordinal primero del Art. 1488 del Código Civil y el Art. 1490 del mismo cuerpo legal, al declarar como válido un contrato celebrado por una incapaz congénita, es decir de nacimiento, pues su madre "jamás fue persona capaz ni pudo serlo por naturaleza intrínseca" pues tiene una edad mental de ocho años, lo cual aparece claramente del informe pericial agregado al proceso, que no ha sido debidamente valorado por el tribunal de apelación, por lo que es contrario a la ley y a la moral que bajo el argumento de que no existió declaración previa de interdicción, se permita que se la despoje de su único patrimonio.

TERCERO: El inciso primero del Art. 504 del Código Civil, contiene una presunción de derecho o iuris et de jure, en virtud de la cual "Los actos jurídicos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido"; esta presunción no admite prueba en contrario, pues si la ley ni siquiera permite que se alegue que el interdicto no estaba demente al momento de celebrar el contrato, mal podría permitir, que se trate de introducir prueba al respecto, la ratio legis de esta iuris et de jure es evidente: para declarar la interdicción de una persona, se debió demostrar en un juicio de conocimiento su estado de demencia habitual, y la sentencia dictada en ese proceso, una vez inscrita, surte efectos erga omnes, sin perjuicio de que, de recobrar la razón y cumplidos los requisitos de ley, se pueda rehabilitar al interdicto. En cambio, el inciso segundo del mismo Art. 504 del Código Civil, contiene una presunción legal iuris tantum, que dispone que "por el contrario, los actos jurídicos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente". Es decir que la ley presume que los negocios jurídicos realizados por una persona antes de ser privada de la administración de sus bienes son válidos y por tanto surten plenos efectos jurídicos, pues fueron celebrados entre personas legalmente capaces, pero

contra esta presunción, se admite prueba en contrario, prueba que corresponde rendir a quien impugna la validez y eficacia del negocio jurídico, para lo cual debe acreditar que el acto o contrato de que se trata, fue concluido o cumplido por quien se encontraba en habitual estado de demencia a la época de la celebración del acto o contrato. Esta demostración debe ser concluyente, sin que deje resquicio alguno de duda en el ánimo del juzgador, pues, por regla general, la ley tiene a amparar la validez y eficacia de los negocios jurídicos (Art. 1588 Código Civil) ya que el tráfico jurídico se nutre de contratos eficaces, no de contratos nulos o incumplidos. Sólo cuando se ha probado de manera clara irrefutable, indudable, la demencia de una contratante a la época del negocio jurídico, cabe que se declare su nulidad; y mientras no exista sentencia ejecutoriada, dictada dentro de un juicio de conocimiento, que declare la nulidad del acto o contrato, subsiste la presunción legal de validez de este. Finalmente, cabe aclarar que cuando nuestra ley dice que el acto o contrato es nulo si se demuestra que quien lo ejecutó o celebró estaba "entonces" demente, no necesariamente se refiere AL MOMENTO MISMO de su realización sino que se debe probar que aquel, de manera previa, simultánea y posterior al acto jurídico, se hallaba de manera habitual en estado de demencia, pues no sería razonable creer que sólo al instante preciso en que ejecutó o celebró el acto o contrato, una persona carecía de discernimiento, y que antes era capaz, o que inmediatamente después recuperó la razón. Esta Sala no puede dejar de anotar que algunos autores consideran que puede darse el caso de un estado ACTUAL de demencia, que se manifiesta únicamente al instante mismo de cumplir el acto jurídico, y no antes ni después de él, es decir que una persona, sin padecer de enajenación mental, ejecute actos privada momentáneamente de la razón, como es el caso del sonámbulo, del que se halla bajo el influjo del alcohol o de alguna droga, de una fiebre alta o del hipnotismo; sin embargo, ello es rechazado por la mayoría de la doctrina, que no considera que en la expresión "demente" se encuentren comprendidas esas personas, opinión que este Tribunal comparte, pues, en este evento, no existe en esas personas falta de capacidad legal para obligarse por sí mismas y sin el ministerio o la autorización de otra (capacidad de ejercicio o capacidad

para obrar); lo que existe es una falta transitoria de conciencia y voluntad en el preciso momento en que se realizó el negocio jurídico y por lo mismo esta carecerá de consentimiento libre de vicios, requisito sine qua non para su validez Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Manuel Vadanovic H., en su obra "Curso de Derecho Civil", dicen: "Para que el contrato sea válido, no basta el consentimiento de las partes y que éste sea serio y declarado en conformidad a lo prescrito por la ley. Es indispensable, además que sea libre, consciente, con pleno conocimiento de causa, que con plena libertad se consienta en el acto que se ejecuta, en forma que no adolezca de vicios. No debe confundirse en derecho el consentimiento viciado con la ausencia total de consentimiento. El consentimiento viciado es, en realidad, consentimiento aunque dado en condiciones irregulares; la persona que bajo error, dolo o fuerza, consiente, ha expresado su voluntad, que no es libre, pero en todo caso es voluntad. En cambio, la ausencia total de consentimiento supone que el sujeto de que se trata no ha expresado su voluntad, no ha consentido en el acto de que se trata, o porque le es imposible expresar su voluntad en uno u otro sentido o, sencillamente, en ninguno o porque si alguna vez lo ha expresado, no es la de consentir en el acto de que se trata. El individuo que se encuentra en completo estado de ebriedad, sumido en un sueño hipnótico, con la razón perdida a causa de una temperatura elevada o que por cualquiera otra circunstancia no tiene voluntad, no ha podido consentir: por no encontrarse en estado físico que le permita ejecutar el acto determinado de que se trata, dado que aquí faltaría lisa y llanamente el consentimiento" (pág. 108, tomo IV, Editorial Nascimento., Chile, 1993). Que la demencia ha de ser habitual, aunque no necesita ser previamente declarada lo enseña la doctrina y lo ha expresado nuestra Corte Suprema de Justicia, en criterios que esta Sala comparte, como los manifestados por la Sala de lo Civil Comercial de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de enero de 1996 (juicio 679-95 que por nulidad de contrato siguió Mario Neira contra Xavier Neira) y la ex-Cuarta Sala del mismo Tribunal en resolución de 27 de enero de 1992 Juicio ordinario de nulidad de contrato seguido por Sernacio Armijos contra David Polo), esta última publicada en la Gaceta Judicial, Serie XV, No. 13, páginas

3951-3959, cuya parte pedinente dice: "La celebración de un contrato bilateral, como lo es el de la compra-venta, y con mayor razón si versa sobre bienes raíces, rara vez se perfecciona instantáneamente. Su formación, aún entre presentes, reconoce un proceso progresivo que se desenvuelve en etapas, un iter o camino más o menos largo que precisa ser previamente recorrido hasta la integración del negocio con todos sus elementos y que van, en síntesis, desde las tratativas, continuando con las ofertas, contraofertas, formas de pago del precio cuando este se difiere total o parcialmente, garantías de su pago, aceptación en firme, elaboración, discusión y aprobación de las cláusulas de la minuta contractual, hasta su entrega al Notario, para la elaboración de la correspondiente escritura pública que lo contenga, su aprobación y su firma... Para que pueda declararse la nulidad de los actos ejecutados por un demente, que no estaba en interdicción judicial cuando los ejecutó, no es preciso que la prueba de la demanda recaiga sobre el instante mismo en que ejecutó el acto v. gr., que firmó u otorgó el poder. Basta demostrar que ese individuo estuvo en estado habitual de demencia en el tiempo comprendido entre la fecha anterior y posterior a la ejecución del acto". En la especie, como bien anota el Tribunal de Alzada, el contrato cuya nulidad se demanda, se celebró el 29 de septiembre de 1980, mientras que la interdicción definitiva se decretó el 18 de junio de 1986, esto es, en fecha muy posterior a la venta; pero este es el único y lacónico argumento por el cual los Ministros de la Tercera Sala de la Corte Superior de Quito han rechazado la pretensión de la actora, pues; no han examinado la contestación del demandado, las alegaciones de las partes, ni las pruebas apodadas al proceso, fundan su resolución solamente en el examen de los documentos agregados a la demanda, sin más análisis, olvidando que se puede desvanecer la presunción legal de validez de dicho negocio jurídico, si la accionante demuestra dentro de este proceso, de manera inequívoca e indubitable, que a septiembre de 1980, Carlota Teodomira Cadena Santillán se encontraba en estado habitual de demencia, por lo que, al carecer de capacidad legal, sus actos no pueden surtir obligación alguna.

CUARTO: Sin pretender dar una definición patológica de demencia, por la

complejidad del tema y la multiplicidad de situaciones que puede abarcar esta palabra, podemos decir que nuestro Código Civil usa la palabra "demente" para referirse a aquella persona adulta que adolece de un grave trastorno de la mente, en virtud del cual habitualmente no puede cuidar de sí misma en forma adecuada, y que además es incapaz de administrar sus bienes con diligencia ordinaria o mediana. Sobre este punto, el Dr. Juan Larrea Holguín expresa "Considero que el empleo de los dos términos "demente" o "loco" debe interpretarse, según el evidente espíritu de la legislación, como comprensivo de toda clase de defectos o enfermedades mentales que priven realmente del uso normal de la razón hasta el punto de alterar profundamente la personalidad o impedir la realización de actos propiamente humanos: voluntarios, libres y consientes. Por otra parte, la ley exige que tales situaciones sean "habituales", no bastando estados transitorios o esporádicos de privación de la razón para que una persona sea puesta en interdicción por locura" (Derecho Civil del Ecuador, Tomo IV, 4a. Edición, 1985, página 219, Ediciones Corporación de Estudios y Publicaciones). Sobre la validez de los actos del demente realizados antes de ser puesto en interdicción, dice: "El disipador, el ebrio consuetudinario, el toxicómano, llegan a ser incapaces, se constituyen incapaces, en virtud de la interdicción en cambio el loco o demente... son incapaces, aún antes de la interdicción (Art. 149). Además, en el caso de estos dos últimos géneros de interdictos, la incapacidad es absoluta, a diferencia de la de los demás, que solamente es relativa. La interdicción en el caso de los dementes... no es pues, constitutiva sino simplemente declarativo, y tiene por objeto principal esclarecer la situación y proveer el cuidado de estos enfermos. Los actos realizados por el loco antes de la interdicción son nulos, y los hechos después de la interdicción son nulos también y con mayor razón. La diferencia estriba principalmente en que perfeccionada la interdicción, no es preciso ya probar el estado de demencia o que estos sujetos no prestaron el debido consentimiento: el acto o contrato por ellos ejecutado es nulo, sin necesidad de ninguna otra prueba. En cambio antes de la interdicción el loco... son incapaces, pero como su estado no siempre es evidente, cabe la duda sobre su capacidad, y una vez ejecutado el acto o contrato, para anularlo será preciso,

demostrar que quien lo ejecutó no era capaz, que estaba loco o que carecía en ese momento del uso de la razón" (obra citada página 251-252).

QUINTO: Para que proceda la pretensión de la parte accionante, esta debía acreditar de una manera indiscutible que a la época en que se otorgó el contrato arriba citado, la vendedora se encontraba en situación de demencia habitual.- Para ello, su principal probanza es el informe médico físico y psicológico (fojas 61-65 del cuaderno de primer nivel) practicado a Carlota Teodomira Cadena Santillán, con el cual se acredita que esta nació con un defecto físico denominado infantilismo hipofisario, acompañado de retraso mental entre moderado y grave, lo que impidió su normal desarrollo bio-psico-social, por lo cual ha vivido siempre bajo la protección de sus padres y a raíz de la muerte de ellos, al amparo de su hija Carmen Cadena; ha quedado embarazada en dos oportunidades, y nunca pudo precisar quien o quienes fueron los responsables de los mismos; "sobre estos defectos biológicos da base el infantilismo hipofisario y el retraso mental, se injerta un cuadro psicótico esquizofrénico cuyas primeras manifestaciones aislamiento, retraimiento, indiferencia frente al mundo, descuido por la atención de su cuerpo están presentes ya en la infancia y van agravándose ante la falta del tratamiento adecuado. A raíz del segundo embarazo, la sintomatología de la esquizofrenia es tan clara que es notada por los familiares y vecinos, enfermedad que vino a deteriorar aún más las limitadas condiciones tanto intelectuales como afectivo-emocionales y prácticas de la reconocida. Su indiferencia es tan acentuada que ni siquiera le permite el cuidado de su cuerpo, la satisfacción de necesidades vitales o la defensa de los agentes físicos como la lluvia, el frío o la irradiación solar excesiva siendo necesaria la intervención de sus familiares para que se proteja de los mismos. Por esta incapacidad manifiesta, fue necesario que la crianza de la hija corra a cargo de los abuelos maternos su lenguaje se reduce a pocos monosílabos que los emite en forma distraída. No puede orientarse espacio temporalmente y ni siquiera su nombre puede darlo en forma clara y precisa. No conserva recuerdos, no comprende la situación, han desaparecido las funciones intelectuales superiores como el análisis, síntesis, elaboración y

organización de pensamientos. Nada le motiva ni le despierta interés (apatía y abulia), por ello su aislamiento es netamente patológico (autismo). En resumen es una persona que no se percata de sí mismo ni de la realidad que la circunda, con la cual prácticamente ha roto toda relación, con un deterioro que ha destruido incluso su voluntad, por lo cual su actitud frente al mundo es de absoluta pasividad e indiferencia (síndrome apato-abúlico)". De este informe médico físico y psicológico, se concluye que Carlota Teodomira Cadena Santillán, al haber nacido con infantilismo y retraso mental entre moderado y grave, que no ha sido tratado nunca y al haber mostrado desde su infancia un cuadro esquizofrénico que en su adultez se ha agravado al punto que familiares y vecinos se percatan fácilmente de ello, jamás pudo ser considerada como una persona con capacidad legal, es decir, con aptitud de obligarse por sí misma, por lo que sus actos no surten ni siquiera obligaciones naturales. El no haber valorado esta prueba, presentada dentro del término respectivo y con notificación a la parte contraria, ha llevado a los Magistrados del Tribunal de alzada a concluir que es válido el contrato de compraventa celebrado entre la demente Carlota Teodomira Santillán Cadena como vendedora y su sobrino Luis Alberto Jaramillo Mena como comprador, contrato cuya nulidad se demanda en esta causa, con lo cual han dejado de aplicar el ordinal primero del Art. 1488 del Código Civil y el Art. 1490 del mismo cuerpo legal, lo que ha sido determinante en la resolución de la causa.

SEXTO: Al haber el Tribunal de apelación, aplicado indebidamente las normas legales citadas, es procedente casar la sentencia de segunda instancia y dictar la que corresponda, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 14 de la Ley de Casación, asumiendo esta Sala, desde este momento, las facultades de un Tribunal de instancia, conforme así lo expresa la doctrina y entre ellos el autor español Manuel de la Plaza, quien en su obra "La Casación Civil" dice "una vez dictada la sentencia que se llama de fondo, dicta la de instancia y, por un momento, se convierte en Tribunal de esa clase, y señala en la expresada resolución, los efectos que la casación ha determinado en la resolución de los tribunales a quo" (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág.

464); coincidente con este criterio es lo expresado por Fernando de la Rúa, que dice: "Si el Tribunal estimare que la resolución impugnada ha violado o aplicado erróneamente la ley, la casará y resolverá el caso conforme a la ley y a la doctrina cuya aplicación se declara... Se concede al tribunal de casación la función francamente positiva de aplicar concretamente la norma debida al caso sometido a su decisión, a la manera de una tercera instancia in jure" (El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, editor Víctor P. De Zavala, Buenos Aires, 1968, pág. 250) y por el autor colombiano Alvaro Pérez Vives, que manifiesta: "Cuando la Corte halla que es del caso invalidar el fallo recurrido, así lo declara y procede a continuación a dictar la sentencia de instancia. En tal evento, la parte resolutive estará compuesta por una decisión de casación y un fallo de instancia" (El Recurso de Casación en materias Civil, Penal y del Trabajo, 2a. Edición, Librería Americana, Bogotá, 1946, pág. 144, 145).

SEPTIMO: Con el informe médico físico y psicológico arriba mencionado, cuyas conclusiones el demandado no ha desvirtuado en forma alguna, la accionante ha justificado los fundamentos de su demanda, destruyendo la presunción de capacidad legal de la vendedora y por tanto la de validez del contrato cuya nulidad se demanda en esta causa, pues la vendedora Carlota Teodomirá Santillán Cadena, ha estado privada de la razón de manera perpetua, es decir, jamás en su vida ha tenido uso de razón (amente) siendo una incapaz absoluta cuyos actos no producen ni siquiera obligaciones naturales. Arturo Alessandri Besa, manifiesta: "en los actos que ejecutan los absolutamente incapaces falta en absoluto voluntad, porque, de acuerdo con la ley, estas personas, si bien pueden manifestar al exterior sus deseos internos, y tienen "voluntad" comúnmente hablando, a lo menos algunos, jurídicamente carecen en absoluto de ella, por lo cual las manifestaciones de sus deseos internos no producen efecto alguno; y si llegan a ejecutar un acto, este es nulo. En consecuencia, se trata de actos en que la falta de voluntad en forma total, como si no hubiera concurrido el incapaz a su celebración o ejecución; por lo tanto, no cabe hacer la distinción entre "falta de consentimiento" e "incapacidad legal para consentir"

porque estimamos que, tratándose de absolutamente incapaces, son una misma cosa. En efecto, la incapacidad para consentir de estas personas es tan absoluta, hay tanta ausencia de voluntad, como si dichas personas no hubieran concurrido a la celebración del acto o contrato" (La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil, Imprenta Universidad Santiago de Chile; primera reimpression, 1990, página 448-449). Si la demencia perpetua de Carlota Teodomira Santillán Cadena y por tanto su incapacidad, es tan evidente que incluso los vecinos se percatan de ella, con mayor razón debe ser conocida por sus familiares más íntimos, entre ellos SU SOBRINO Luis Alberto Jaramillo Mena, quien, abusando de la falta de discernimiento de aquella, ha fraguado un contrato de venta a su favor, en base al cual ha entrado en posesión del inmueble objeto de ese negocio jurídico inepto. El abuso y atropello de los derechos de las personas indefensas es de por si reprochable, pero si además esa persona lleva la misma sangre del agresor, ello implica un agravante que contraria las más elementales normas de ética. Por ello, esta Sala califica a dicha posesión como irregular, tanto porque no existe justo título (Art. 738 numeral 3o del Código Civil: "No es justo título 3o. El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que, debiendo ser autorizada por un representante legal o por el juez no lo ha sido"), como porque no ha sido adquirida de buena fe (Art. 740 del Código Civil: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio. Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio o en el acto o contrato...").

OCTAVO: En relación a las excepciones opuestas por el accionado en su contestación a la demanda se observa: a) Con la protocolización del discernimiento agregado al libelo inicial, se acredita que la accionante es curadora de la interdicta Carlota Teodomira Santillán Cadena, y por tanto su representante legal (Art. 28 Código Civil), por lo que las alegaciones de falta de legítima contradictora y de falta de derecho carecen de sustento legal, amén de

que dicha representación le da también la legitimatio ad causam para comparecer a este proceso como actora, pues su pupila es titular del derecho y de la relación jurídica objeto del proceso; b) La excepción de "principio de cosa juzgada" carece de sentido, pues la cosa juzgada únicamente se puede alegar cuando existiendo una sentencia ejecutoriada que ha resuelto el asunto de fondo de una controversia (sentencia de mérito), se propone un nuevo proceso, entre las mismas partes o sus sucesores en derecho (identidad subjetiva) en el que se demanda la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho (identidad objetiva). La cosa juzgada existe cuando la sentencia del primer juicio esta ejecutoriada, pero no puede haber "principio" de cosa juzgada. Además, en la especie, el demandado ni siquiera ha mencionado que clase de juicio que haya concluido con una sentencia de mérito, ha existido antes entre los actuales litigantes, ni ha intentado introducir prueba al respecto, de lo que se desprende que se trató solamente de una alegación carente de fundamento alguno; c) La alegación de "incompetencia del Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización" también es huérfana de asidero jurídico, pues no es dicha autoridad quien está conociendo este proceso, sino la jurisdicción ordinaria; d) La negativa de los fundamentos de la demanda y la excepción de improcedencia de la acción, así como lo dispuesto en el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, imponían a la parte actora la obligación de demostrar los hechos propuestos afirmativamente en el juicio, esto es, el estado de demencia habitual de Carlota Teodomira Santillán Cadena a la época en que se celebró el contrato y otorgó la escritura pública cuya nulidad se demanda, lo que ha acreditado conforme se analiza en los considerandos quinto y séptimo de esta resolución; y, finalmente, e) la excepción de prescripción de la acción, deviene improcedente, pues desde la fecha de celebración del contrato hasta la citación con la demanda, no han transcurrido los quince años previstos en el Art. 1726 del Código Civil. En consecuencia, al haber sido celebrado el contrato de compraventa materia de este litigio, por una persona absolutamente incapaz tanto este como la escritura pública que lo contiene, son nulos de nulidad absoluta al tenor de lo dispuesto en los Arts. 1725 del Código Civil y 44 de la Ley Notarial. Por las

consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptando el recurso interpuesto, CASA la sentencia dictada en la especie por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito el 22 de abril de 1996, y en su lugar, aceptando la demanda, declara la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre Carlota Teodomira Santillán Cadena y Luis Alberto Jaramillo Mena, y de la escritura que lo contiene, autorizada por el Notario Quinto del cantón Quito el 29 de septiembre de 1980, e inscrito en el Registro de la Propiedad del mismo cantón el 4 de marzo de 1987. Ejecutoriada esta sentencia, se inscribirá en el respectivo registro de la propiedad y se tomará nota al margen de la escritura pública correspondiente. Se dispone que las cosas vuelvan a su estado anterior, para lo cual se concede al demandado, a quien se declara poseedor de mala fe, el plazo de sesenta días para que restituya el inmueble objeto de la litis a la curadora de la demente Carlota Teodómira Santillán Cadena.- Se condena, además, al demandado, al pago de los daños y perjuicios, que serán liquidados en juicio verbal sumario.- Con costas, regulándose en doscientos mil sucres los honorarios profesionales del Abogado de la accionante. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-.

ANEXO 4:

Roj: STS 2362/2009

Id Cendoj: 28079110012009100273

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1259/2006

Nº de Resolución: 282/2009

Procedimiento: CIVIL

Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS

Tipo de Resolución: Sentencia

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num. 1259/2006

Ponente Excm. Sra. D^a Encarnación Roca Trías

Votación y Fallo: 30/03/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. D^{ña}. María Ángeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA N° 282/2009

Excmos. Sres.

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Román García Varela

D. Jesús Corbal Fernández

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Vicente Luis Montes Penadés

D^a Encarnación Roca Trías

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de dos mil nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso extraordinario por infracción procesal, y de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Salamanca,

por **D^a Victoria**, por quien actúan también **sus apoderados D^a Ariadna, D. Carlos Alberto y D. Juan Antonio**, representados por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Gómez Castaño contra la Sentencia dictada, el día 11 de noviembre de 2002, por la referida Audiencia Provincial, en el rollo de apelación n^o 566/02, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca, en el juicio de incapacitación n^o 566/02.

Ante esta Sala comparece la Procuradora D^a María Asunción Sánchez González, en nombre y representación de Da María Cristina, y D^a Carmela, en concepto de parte recurrida. Asimismo comparece la Procuradora D^a Sara Díaz Pardeiro, en nombre y representación de DOÑA Victoria, en concepto de recurrente.

La Procuradora D^a Belén Gómez Bua, en nombre y representación de DOÑA Flor, en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca, interpusieron D^a María Cristina y D^a Carmela, **demanda de incapacitación**, contra Da Victoria. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... dictar sentencia por la que se declare la incapacidad de la demandada **para gobernar su persona y bienes**, determinando la extensión o límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de someterse la incapacitada, nombrando a Doña Flor o en su caso a la persona o personas que, con arreglo a la Ley estime SS^a., para que **asista o represente a la incapaz y vele por ella**, comunicándolo, caso que la resolución judicial sea estimatoria, al Registro Civil y demás Registros públicos que correspondan, con imposición de las costas a la declarada incapaz o personas que se opongan a esta solicitud".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D^a. Victoria actuando a través de sus hijos y apoderados D^a. Ariadna, D. Carlos Alberto y D. Juan Antonio , los hechos y fundamentos de

derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... dictar sentencia por la que:

1°.- **Se desestime íntegramente la demanda, absolviendo de ella a la demandada y declarando que DÑA. Victoria, no se encuentra incapacitada para regir su persona y bienes.**

2°.- O, subsidiariamente, para el caso de que se estimase la demanda y, por lo tanto, se declarase la existencia de la pretendida incapacidad, o alguna forma de ella que pudiera dar lugar a que la demandada quedase sometida a la guarda y custodia de un tutor que le representase en todos los aspectos de su vida, **se acuerde que no es necesario ni conveniente el internamiento**, se rechace el pretendido nombramiento de DÑA. Flor y se nombre a cualquiera de sus otros hijos DÑA. Ariadna, D. Carlos Alberto o D. Juan Antonio para desempeñar el cargo de tutor de la misma o, subsidiariamente, a la persona que se considere más idónea por el Juzgador, señalándole las **facultades en derecho precisas** y entregándonos el oportuno testimonio acreditativo de tales cargos una vez haya adquirido firmeza la resolución a los oportunos efectos legales, con devolución a esta parte de los documentos acompañados.

3° - E imponiendo expresamente a las adoras el pago de todas las costas procesales.

El Ministerio Fiscal compareció mediante el oportuno escrito alegando en el mismo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... interesa que se tenga por parte en el procedimiento, por contestada la demanda en tiempo y forma y por opuesto a la misma temporalmente y a reservas del resultado de las pruebas antes indicadas".

La representación de D^a Flor, compareció mediante el oportuno escrito, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: "... se dicte en su día Sentencia en los términos solicitados en el suplico del escrito de demanda interpuesta por la representación de D^a María Cristina y D^a Carmela, con expresa imposición de costas en los términos que en dicho escrito se indican".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a la Vista prevenida en el artículo 759 de la LEC 1/2000 de 7 de

enero, concurriendo a dicho acto todas las partes personadas, ratificándose en sus respectivos escritos y solicitándose el recibimiento a prueba del pleito, accediéndose a dicha petición se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 9 de julio de 2002 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ COMENDADOR, en nombre y representación de Da María Cristina , Carmela debo declarar y declaro a D^a Victoria , hija de D. Julio y D^a Rosina, nacida en Salamanca el día 14 de Abril de 1929 con DNI NUM000 **incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, así como para el ejercicio del derecho de sufragio** y en consecuencia se nombra tutor de su persona a sus hijas Flor y Ariadna, quienes ejercerán la tutela conjunta y solidariamente, y tutor de sus bienes a D. Gabino , quienes ejercerán sus cargos según lo anteriormente expuesto, sin hacer especial imposición en costas".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación D^a. Flor, representada por la Procuradora D^a Sonia Román Capillas, y D^a Victoria, y sus hijos y apoderados D^a Ariadna , D. Carlos Alberto y D. Juan Antonio, representados por el Procurador D Miguel Ángel Gómez Castaño. Sustanciada la apelación, la Sección Civil de la Audiencia Provincial de Salamanca dictó Sentencia, con fecha 11 de noviembre de 2002, con el siguiente fallo: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Ariadna, DON Carlos Alberto Y DON Juan Antonio, en su propio nombre y derecho así como en representación de la demandada DOÑA Victoria, representados por el Procurador D. Miguel Ángel Gómez Castaño, contra la sentencia dictada por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1^a Instancia número 3 de esta ciudad con fecha 9 de julio de 2002 en el procedimiento de incapacitación del que dimana el presente rollo, la **debemos confirmar y confirmamos íntegramente**, con imposición a los mismos de las costas causadas en esta segunda instancia".

La Procuradora D^a Sonia Román Capillas, en representación de D^a Flor , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 14

de noviembre de 2002 , Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "LA SALA RESUELVE: ACLARAR la sentencia de fecha once de noviembre de dos mil dos, en rollo de apelación nº 566/02 , en el sentido de hacer constar en el encabezamiento de la misma como parte apelada a Da Flor , representada por la Procuradora D^a Sonia Román Capilla y bajo la dirección del Letrado D. Javier Román Capillas".

El Procurador D. Miguel Ángel Gómez Castaño, en representación de DOÑA Victoria, y de sus hijos y apoderados DOÑA Ariadna, D. Carlos Alberto y D. Juan Antonio, anunció contra dicha sentencia **recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación**.

Por Auto de fecha 20 de noviembre de 2002, la Sala acuerda: "no tener por preparado recurso EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL, por la parte demandada apelante contra la sentencia recaída en el presente Rollo y tener por preparado RECURSO DE CASACIÓN por el motivo previsto en el art. 477.2, párrafo tercero de la LEC ..."

El Procurador Sr. Gómez Castaño, lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en cuatro motivos formulados al amparo del art. 477.2, párrafo 3º de la LEC, el primero por infracción, por aplicación indebida, de los arts. 199, 200 y 215-1º del Código Civil; el segundo por infracción de la doctrina jurisprudencial de la Sala I del Tribunal Supremo, e infracción de los antiguos arts. 208 y 210 del Código Civil, en relación con el art. 348 de la LEC; tercero por infracción por inaplicación de los arts. 215.2º, 222.2º y 287 del Código Civil; cuarto por infracción de los arts. 322 del Código Civil y los arts. 10.1 y 23.1 de la Constitución Española.

Por resolución de fecha 17 de diciembre de 2002, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Recibidos los autos y formado el oportuno rollo la Sala dictó Sentencia con fecha 15 de julio de 2005, que contiene el siguiente fallo: "**Que debemos declarar y declaramos la nulidad del pleno derecho** de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca en el rollo de apelación número 566 de 2002, de fecha once de noviembre de dos mil dos, reponiendo las

actuaciones al momento anterior a ser dictada para que se proceda a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . No ha lugar a entrar a resolver el recurso de casación por interés casacional interpuesto. No ha lugar a hacer expreso pronunciamiento sobre las costas de recurso de casación".

Devueltas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Salamanca, y practicadas las pruebas pertinentes, con fecha 20 de marzo de 2006, dicha Sala dictó nuevamente Sentencia con el siguiente fallo:

"Desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Ariadna, DON Carlos Alberto y D. Juan Antonio, en su propio nombre y derecho así como en representación de la demandada DOÑA Victoria , representados por el Procurador D. Miguel Ángel Gómez Castaño, contra la sentencia dictada por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 3 de esta ciudad con fecha 9 de julio de 2002 en el **procedimiento de incapacitación** del que dimana el presente rollo, la debemos **confirmar y confirmamos íntegramente**, -si bien con la supresión de la expresión "solidariamente" contenida en el fallo de tal sentencia en cuanto al ejercicio de la tutela-, con imposición a los mismos de las costas causadas en esta segunda instancia".

TERCERO. Anunciado recurso extraordinario por Infracción Procesal y recurso de Casación por Dª Victoria, y por sus apoderados Dª Ariadna , D. Carlos Alberto , y D. Juan Antonio , representados por Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Gómez Castaño, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha representación interpuso el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, basándolo en los siguientes motivos:

Único: Al amparo de lo previsto en el artículo 469.1, 4º LEC, por **vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales** reconocidos en el artículo 24 de la CE, e infracción de las reglas de la carga de la prueba establecidas en el artículo 217.2 LEC .

El Recurso de Casación se interpuso basándose en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del art. 477.2, párrafo 3º LEC, al haberse infringido, por aplicación indebida, los arts. 199, 200 y 215-1 del Código Civil, y doctrina jurisprudencial de la Sala I del Tribunal Supremo.

Segundo: Al amparo del art. 477.2, párrafo 3º LEC, al haberse infringido la doctrina jurisprudencial configurada en SS.TS., relativas a los antiguos arts. 208 y 210 del Código Civil, en relación con el art. 348 LEC, todos ellos infringidos por errónea interpretación de los mismos a tenor de la prueba practicada.

Tercero: Al amparo del art. 477.2, párrafo 3º LEC, al haberse infringido, por inaplicación, lo establecido en los arts. 215.2º, 222.2º y 287 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial de la Sala I del Tribunal Supremo.

Cuarto: Al amparo del art. 477.2, párrafo 3º LEC, al haberse infringido, por inaplicación, el art. 322 del Código Civil y los arts. 10.1 y 23.1 de la CE.

Quinto: Al amparo del art. 477.2, párrafo 3º LEC, al haberse infringido, por interpretación errónea, los arts. 234, 235 y 236 del Código Civil y doctrina jurisprudencial de la Sala I del Tribunal Supremo.

Por resolución de fecha 22 de mayo de 2006, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó la Procuradora Da María Asunción Sánchez González, en nombre y representación de Doña María Cristina y Dª Carmela, en concepto de parte recurrida. La Procuradora Dª Sara Díaz Pardeiro, se personó en nombre y representación de Dª Victoria, en calidad de parte recurrente. Asimismo la Procuradora Dª Belén Gómez Búa, se personó en nombre y representación de Dª Flor, en concepto de parte recurrida.

Por Auto de fecha 25 de noviembre de 2008, la Sala acuerda:

"1º) **ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL** Y LOS MOTIVOS PRIMERO, TERCERO Y CUARTO DEL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por la representación procesal de DOÑA Victoria contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca de 11 de noviembre de 2002 , en el rollo de apelación nº 566/2002, dimanante de los autos de incapacitación nº 144/2002 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Salamanca.

2º) **NO ADMITIR EL MOTIVO SEGUNDO DEL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto".

Evacuados los traslados conferidos al respecto, la Procuradora Sra. Gómez Brualla, en representación de Da Flor, presentó escrito oponiéndose al recurso de casación e infracción procesal y solicitando su desestimación. Asimismo la Procuradora Sra. Sánchez González, en representación de D^a María Cristina y D^a Carmela, presentó escrito impugnando ambos recursos y solicitando su desestimación.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito de fecha 2 de febrero 2009, impugnando el único motivo del recurso extraordinario por Infracción Procesal, y solicitando la admisión de los motivos del recurso de casación.

Con fecha 17 de febrero de 2009, se presentó escrito por el Ministerio Fiscal, a fin de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la Ley, y en ejercicio de las facultades conferidas por los arts. 3, 6 y 7 del EOMF.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el treinta de marzo de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excma. Sra. D^a. Encarnación Roca Trías,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS.

D^a María Cristina y D^a Carmela **pidieron la incapacitación de su madre**, D^a Victoria. Alegaron que su madre era incapaz de gobernarse por sí misma, necesitando continuos cuidados y atenciones y que desde la muerte de su esposo, alternaba periodos de lucidez con otros de desorientación. La madre de las demandantes fue sacada de la finca familiar por otros hermanos de las demandantes D. Carlos Alberto, D^a Ariadna y D. Juan Antonio, quienes impedían las visitas a las hermanas iniciadoras del procedimiento de incapacitación.

Contestó la Sra. Victoria mediante un poder general otorgado a sus hijos D. Carlos Alberto , D^a Ariadna y D. Juan Antonio , negando que careciera de capacidad para atender al cuidado de su persona y bienes.

En el procedimiento compareció también D^a Flor, quien aportó una serie de documentos médicos y se adhirió a la demanda de incapacitación.

SEGUNDO. LAS SENTENCIAS DE 1^a INSTANCIA Y APELACIÓN.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Salamanca, de 9 julio 2000 estimó la demanda.

Argumenta que "examinada por mi mismo a ésta y visto el dictamen del médico forense y Ministerio Fiscal, así mismo practicadas las pruebas testificales propuestas por las partes y documentales aportadas obrantes en autos, llegamos a la conclusión recogida en los hechos probados de que Dª Victoria , **no puede gobernarse por sí misma**, y en consecuencia y por tanto y en su beneficio y de los hijos, procede declararla incapaz total y absolutamente y nombrarle tutor, artículo 210, 215 y 222.2 CC y 760 LECiv, en consonancia con los artículos 10 y 49 CE". Añade que si bien la capacidad de las personas es un atributo de la personalidad, "sólo cabe limitarla en supuestos como el que nos ocupa porque Dª Victoria por sí sola le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear, etc.) familiares (llevar la casa, compra, etc.) o sociales (visitas, relaciones, etc.) -no puede estar presente en estas actuaciones,- e incluso aquellas otras que vienen impuestas por la administración del patrimonio que posee (ha conferido poder general), por lo que **necesita la protección, vigilancia o representación de otras personas**, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece [...]". En consecuencia declaró a Dª Victoria **incapaz de modo absoluto y permanente** para regir su persona y bienes y nombró tutor de su persona a sus hijas Flor y Ariadna y a D. Gabino como tutor de sus bienes.

Dª Victoria apeló la sentencia a través de sus hijos D. Carlos Alberto, Dª Ariadna y D. Juan Antonio, actuando en representación y defensa de la presunta incapaz. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 marzo 2006 **desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia apelada**.

En resumen, la sentencia ahora recurrida señala lo siguiente en relación a los motivos de oposición planteados: Como primer motivo de impugnación, se denuncia **error en la apreciación de las pruebas** en que a juicio de la recurrente ha incurrido el Juzgador "a quo", al considerar a la demandada Doña Victoria como totalmente incapaz para regir su persona y bienes, cuando ello **no puede deducirse de los informes periciales practicados ni tampoco de**

la inspección personal. La sentencia recurrida argumenta lo siguiente, después de referirse a la teoría general sobre la incapacitación y los requisitos para que pueda producirse esta **forma de protección de la persona**: "la persistencia de la anomalía es cuestión de derecho, ya que su apreciación supone dotarla de valor jurídico, encajando la situación en la tipología del artículo 200, debiéndose de destacar en este punto la **importancia de la valoración que el Juez** haga de los informes o dictámenes periciales, pues se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el **oportuno tratamiento o remedio**, de modo que el sujeto pueda comportarse con normalidad, **no existirá causa de incapacitación**, ya que los avances de la medicina en el terreno psiquiátrico **permiten hoy un comportamiento prácticamente normal** a enfermos que hace unos años hubieran estado condenados a largas estancias, cuando no reclusiones de por vida, en establecimientos psiquiátricos; de donde se infiere que el carácter persistente de la enfermedad no sea suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, **que el sujeto sea incapaz de gobernarse a sí mismo**, es decir, cuando el proceso del enfermo o deficiente es de los que **no conceden remisiones espontáneas ni terapéuticas**, la incapacitación esta justificada, aunque conviene precisar que el carácter cíclico de la enfermedad puede ser determinante de incapacitación, basada en la existencia de esta, si bien el régimen de guarda puede y debe quedar adaptado a lo que las circunstancias concretas requieran, de forma que los intervalos lucidos no impiden la incapacitación, **pero si que condicionan el régimen tuitivo**". Teniendo en cuenta lo anteriormente transcrito, la sentencia recurrida, al examinar el caso concreto, señala que en los diferentes informes se diagnostican las enfermedades que afectan a la demandada D^a Victoria, madre de las demandantes y de los ahora recurrentes, ya desde el año de 1.996 en que se le diagnosticó que padecía un "episodio depresivo grave con síntomas psicóticos"; especialmente, el informe emitido por el Forense en primera instancia establece que "del resultado de la entrevista podemos considerar que se trata de una mujer de edad avanzada, que padece un **deterioro mental**

leve, con ligera deficiencia de todas las funciones noéticas de la personalidad, pues padece una enfermedad de Parkinson, ligera atrofia cortical **sin signos de demencia**; dichas alteraciones no le impiden realizar actos elementales y concretos de la vida cotidiana, los cuales no requieren de la plenitud de facultades noéticas intelectivas superiores, aunque debido a la sintomatología de la enfermedad de Parkinson necesita de terceras personas para su cuidado; para la realización de actividades mas complejas (como realizar la compra, realizar el manejo de su vivienda), que requieran la concepción de ideas abstractas, creemos que es capaz de realizarlas suficientemente; el deterioro que padece hace que para otro tipo de actos mucho mas complejos (pues, aunque según certificado medico que dice no existir signos de demencia, sí existe una atrofia cortical, sí existe un cuadro de depresión y una enfermedad de Parkinson) debiera ser **vigilada y cuidada en la administración de sus bienes**, para así evitar en lo posible que pueda ser engañada por terceras personas ajenas a su entorno habitual"; y por ello concluye que "aunque los diagnósticos de enfermedades que padece no son incapacitantes por si mismos..., como ya mencionábamos, ante la complejidad de sus bienes, y ante la situación socio familiar, podría llevarle a sufrir engaños por terceras personas, debiendo en este caso ser protegida y cuidada"; en la inspección personal practicada por el Juez "a quo" se concluye que "se trata de una persona de avanzada edad, afectada por una enfermedad visible de Parkinson, que se orienta bien en el tiempo y en el espacio, conoce sus circunstancias personales, a su familia y a su entorno, pudiendo afirmar que **puede realizar actos simples de su vida cotidiana**, no así actos complejos como sería la administración de sus bienes". Continúa la sentencia recurrida analizando las pruebas practicadas en la segunda instancia y señala: "Asimismo, como resultado de las pruebas practicadas en esta segunda instancia, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 759. 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha de destacar:

1º) en el examen de la presunta incapaz Doña Victoria llevado a cabo por el Tribunal en el domicilio en que se encuentra la misma se pudo constatar su

estado físico, así como que **en efecto daba respuestas a preguntas muy concretas**, pero haciéndolo con gran lentitud;

2º) en el informe emitido por el Sr. Médico forense se hace constar que la misma "padece diversas enfermedades de evolución crónica", encontrándose "en tratamiento con antiparkinsonianos, antihipertensivos, antiagregantes plaquetarios y neurolepticos sedativos"; que "presenta temblor extremidad superior derecha, de reposo y medianas oscilaciones, que desaparece al movimiento intencional, así como en labios. Escasa rigidez. Hipomimia. No espontaneidad del lenguaje. Bradipsiquia"; que "presenta déficit de memoria referido a su persona, tiempo y espacio. Abstracción y simbolización deficitarias. No gestiona ni sabe lo que gasta al mes... Presenta un índice de error de 6 puntos (cuestionario SPMSQ). Alto grado de vulnerabilidad, dependencia afectiva, que puede condicionar sus decisiones. Y en base a todo ello se concluye en el referido informe que la reconocida presenta **trastorno cognitivo moderado, demencia senil**, que limita funcionalmente la capacidad para regir su personalidad y administrar sus bienes de forma TOTAL Y PERMANENTE". Lo que fue debidamente ratificado por tal perito en el acto de la vista, donde, contestando a las diversas aclaraciones solicitadas tanto por el Ministerio Fiscal como por los Letrados de las partes, insistió en que la demandada presenta un trastorno moderado en intensidad, que, **aun cuando no existe la pérdida total de sus facultades, no tiene la capacidad de discriminación y raciocinio normal**, y que por ello no tiene capacidad para valorar la conveniencia o no de sus asuntos; que debe estar supervisada tanto en sus enfermedades como en sus asuntos; que es una limitación importante, pudiendo ser sugerida por terceros a la realización de comportamientos que no le convinieran; y

3º) en la audiencia de los mas próximos parientes (los seis hijos de la demandada) quedó constancia del claro y manifiesto enfrentamiento existente entre ellos en orden a la **situación personal y patrimonial de la misma**".

De las pruebas la sentencia concluye que "[...] evidentemente la demandada D^a Victoria es una persona necesitada de protección, que sólo cabe obtener legalmente a través de los mecanismos de guarda, protección o custodia

previstos en la Ley, por lo que **aparece como necesaria la declaración de incapacidad de la misma**; y teniendo en consideración la importante cuantía de su patrimonio así como la situación de permanente enfrentamiento entre sus hijos, con dos grupos bien diferenciados, en orden a garantizar la mejor defensa de su persona y patrimonio, ha de considerarse plenamente adecuado que lo sea en su modalidad de incapacidad total con la constitución de la correspondiente tutela, tal y como ha hecho la sentencia de instancia. Y ello viene corroborado por la propia actitud de los mismos hijos recurrentes, quienes, por un lado, se oponen a la declaración de incapacidad de la madre y, por otro, están actuando de hecho como si tal incapacidad existiera, [...] Por lo que este primer motivo de impugnación no puede ser acogido, debiendo ser mantenido el pronunciamiento de la sentencia impugnada que declara a la demandada D^a Victoria incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, con la consiguiente constitución de la tutela".

TERCERO. EL RECURSO DE CASACIÓN.

D^a Victoria, siempre por medio de sus hijos D. Carlos Alberto D. Juan Antonio y D^a Ariadna, actuando como representantes de su madre, interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El auto de esta Sala de 25 noviembre 2008 admitió el recurso extraordinario y los motivos primero, tercero y cuarto del recurso de casación. Aunque no se pronunció sobre el quinto motivo del recurso, al no haber sido excluido expresamente se entiende también admitido.

Se dio traslado al Ministerio fiscal del recurso de casación y del de infracción procesal, quien impugnó el único motivo del extraordinario por infracción y solicitó la estimación de los cuatro motivos admitidos del de casación. En dicho escrito de 2 febrero 2009 señala que el principal problema del recurso no es que se hayan o no cumplido los requisitos para la incapacitación de la demandada, sino ver si la interpretación de los artículos 199 y 200 CC son acordes con la **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, **ratificada por España en 23 noviembre 2007** y publicada en el BOE el 21 abril 2008, que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los

artículos 96.1 CE y 1.5 CC. Esta Convención obliga a los estados partes a reconocer que "todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna", obligándoles a prohibir "toda discriminación por motivos de discapacidad" y a garantizar a "todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo" (artículo. 5. 1 y 2). La igualdad que se proclama es efectiva en todas las facetas de la vida incluidas las referidas a las tomas de decisiones. **El artículo 12 de la Convención se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. A tal efecto señala el Ministerio Fiscal que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor** y añade que "la **figura sustitutiva y vigente** más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como **graduable** y abierta al **apoyo** para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la **voluntad de la persona incapaz**, con sus preferencias, para actos concretos y **su apoyo** a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales".

Señala asimismo que a la vista de la citada Convención, "**la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces**". En consecuencia, entiende el Ministerio Fiscal que **deben admitirse los cuatro motivos del recurso de casación.**

Al mismo tiempo, el Ministerio Fiscal en ejercicio de sus funciones en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, en ejercicio de las facultades concedidas en los Arts. 3, 6 y 7 de su Estatuto orgánico en fecha 17 febrero 2009, presenta escrito que abunda en los anteriores argumentos y que se va a resumir en lo que interesa a este recurso. En primer lugar, señala la **fuerza obligatoria de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico español**, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 96 CE. A continuación el Fiscal dice: "[...] Como hemos visto, el

tratamiento de las personas con discapacidad es regulado por nuestra Constitución desde dos perspectivas complementarias, al considerarlas de un lado, como titulares de los mismos derechos fundamentales reconocidos a todas las personas; y de otro, como miembros de un colectivo que requiere una especial protección para el disfrute de los mismos. En principio, la combinación de ambas perspectivas parece adecuada y ajustada a los principios de la Convención Internacional, pero **resulta imprescindible efectuar algunas matizaciones**: A) El concepto de discapacidad que señala el Art. 1 , "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás", podría calificarse como un **concepto mínimo y abierto**, pues en el Preámbulo de la Convención se indica que "se reconoce además la diversidad de las personas con discapacidad". También en el Preámbulo de la Convención se reconoce, que **"la discapacidad es un concepto que evoluciona** y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que **evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"** (Letra e); al tiempo que se reafirma "la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plena mente y sin discriminación". Este carácter "***dinámico***", resultara trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar. (Art. 12). Con esta definición se persigue asegurar desde una perspectiva múltiple, una clasificación del funcionamiento y de la discapacidad como un **proceso en permanente evolución**. De otro lado, nos da una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud, colocándonos en una triple perspectiva: La individual, la biológica y la social, que tendrán que ser siempre tenidas en cuenta, facilitando su estudio multidisciplinar, proporcionándonos ante el

conflicto que puede producirse entre el derecho y su aplicación, la **solución**, sobre la base del **principio de igualdad de condiciones con los demás**; lo que consagra la posibilidad de acudir a la aplicación de "Valores positivos" (antes discriminación positiva), actuaciones que favorezcan positivamente al colectivo, como plus o complemento necesario para acelerar o lograr la igualdad de hecho.

(Art. 5.4). [...]". En el escrito del Ministerio Fiscal se dice que "[...] La Convención adopta el modelo "social de discapacidad" que sustituye al "modelo médico o rehabilitador", actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer **una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar**, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o **suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones**. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, **adopta el modelo social** y el **principio de no discriminación**, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y **obliga a "adoptar" una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar**". "A los efectos de este informe, es preciso señalar que el objetivo esencial de la Convención es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión, haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos. [...]".

A partir de lo dispuesto en el Art. 12 de la Convención ya citada, sigue señalando el escrito que "[...] La Convención establece un **cambio fundamental** en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad **puede necesitar la ayuda de un tercero**.

Por ello describe explícitamente "el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese

derecho no sea vulnerado", pues **afecta de un modo esencial, al ejercicio de los derechos fundamentales**, proyectándose transversalmente a cada uno de los derechos que la Convención recoge. La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:

a) **La obligación de respetar**. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad,

b) **La obligación de proteger**. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros,

c) **La obligación de actuar**. Los Estados partes deben tomar las **medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos**.

Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al **reconocimiento de su personalidad jurídica**, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad **al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad**. **La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable**, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria "igualdad", proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su **plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar**". Pone de relieve también las dificultades que hubo en la discusión acerca del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad y concluye que "[...] **La Convención propugna la sustitución del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones"**", aunque deja la **determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno**".

Consecuencia de ello es que deben **tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales**, relativas a la salud y sobre todo, económicas y administrativas, entre las que destaca: "a) Conocimiento de su situación

económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor, b).- Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias. [...]"

Respecto de las medidas a tomar para la protección de las personas con discapacidad, añade el escrito que se está resumiendo que, sobre la base de la necesidad de protección establecida en el Preámbulo de la Convención, **"la toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas modalidades.** Apoyos en las decisiones personales en las decisiones patrimoniales (Art. 12. 5), sociales y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta **a "nuevas formas" nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse"**, de modo que "[...] Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores y amigos en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada **sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos"**, aunque reconoce que en la citada Convención, los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad dependen de la legislación interna. Concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención: **"La aplicación del Art. 12 la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de "capacidad de las personas", fundamentalmente en la incorporación del "modelo de apoyos"**, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación

de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre", para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, "[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, **desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta mas idónea**. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque **la curatela ofrece un marco graduable y abierto**, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, **sino de hacer los trajes a medida que hagan falta**. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, **requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa**, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda **marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación**".

A) RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

CUARTO. CARGA DE LA PRUEBA DE LA INCAPACIDAD. Fundado en la causa prevista en el artículo 469, 1, 4 LECiv, la recurrente presenta recurso extraordinario por infracción procesal, por vulneración de derechos fundamentales en el proceso y concretamente, del artículo 24 CE, porque la sentencia recurrida, sin ninguna base probatoria, considera probado que presenta una incapacidad absoluta para gobernarse a sí misma, **infringiendo así las reglas de la carga de la prueba** establecidas en el artículo 217.2 LECiv. Señala que las causas de incapacidad deben quedar demostradas de forma incontestable y que ello no se deduce de los informes presentados en el proceso.

El motivo se desestima. Se pretende en este único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal una revisión de las numerosas pruebas llevadas a cabo en el procedimiento, tanto en primera como en segunda instancia, que se han resumido en el Fundamento segundo de esta sentencia.

Tal como afirma la sentencia de esta Sala de 2 marzo 2009 , la regla del Art. 217.2 LEC debe interpretarse en el sentido que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos en los que "ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención", mientras que el párrafo 3 del propio art. 217 LEC impone al demandado la carga de probar los que "impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a los que se refiere el apartado anterior". Así ha sido interpretado por esta Sala en sentencia de 17 de julio de 2008 (ver asimismo la de 9 julio 2008). En realidad, la impugnación pretende combatir las apreciaciones tácticas de la sentencia recurrida y sustituir la resultancia probatoria acerca de los hechos que sirven de apoyo a la demanda, a fuerza de desentenderse del resultado de la valoración probatoria del tribunal de instancia. Además, como afirma la sentencia de 9 julio 2008 , "Hay una reiterada jurisprudencia relativa a que la invocación casacional del precepto que contiene la regla de distribución de la carga de la prueba –el artículo 1214 del Código Civil , y, desde la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, el artículo 217 de esta norma- tiene siempre carácter excepcional, estando reservada a aquellos casos en que el tribunal ha alterado la regla, haciendo recaer, ante la falta de acreditación de un hecho, **la carga de su demostración sobre quién no debe soportarla -el actor**, los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a la demanda y a la reconvención, y el demandado y actor reconvenido, los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos de la demanda o reconvención-, lo que excluye la posibilidad de la denuncia de su infracción cuando el tribunal sentenciador ha tenido por acreditado un hecho -Sentencia de 1 de diciembre de 2006, que cita la de 25 de noviembre de 2002 , entre otras muchas-, sin que pueda articularse un motivo de casación en torno a la

vulneración de la norma relativa a la distribución del "onus probandi" para desvirtuar las conclusiones de índole fáctico de la sentencia recurrida, pues, como hasta la saciedad se ha dicho, el precepto no contiene regla de valoración de la prueba -entre las más recientes, la Sentencia de 5 de diciembre de 2007, que cita las de 22 de noviembre de 1994 y 3 de julio de 1997".

Todos estos argumentos deben ser aplicados en el presente recurso, al haberse cumplido la regla sobre carga de la prueba, ya que los informes médicos o bien han sido aportados por la parte demandante, o bien se han producido dentro del procedimiento, a instancias del Juez.

B) RECURSO DE CASACIÓN.

QUINTO. REGLAS INTERPRETATIVAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE INCAPACITACIÓN.

Antes de entrar a examinar los diversos motivos del recurso de casación esta Sala debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el Código civil, a partir de la reforma de 1983. La cuestión interpretativa que plantea la Convención se centra en su Art. 12 que establece lo siguiente:

"Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al **reconocimiento de su personalidad jurídica**.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en **igualdad de condiciones con las demás** en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar **acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica**.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para **impedir los abusos** de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán

que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica **respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida**, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

El problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra, en consecuencia, en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, **debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapitación como medida de protección de las personas incapaces.**

1º La Convención, en sus Arts. 3 y 12 , de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el Art. 1, pretende "promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad" de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su Art. 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan "deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". España ha tomado ya algunas decisiones de contenido diverso en el mismo sentido que se establece en la Convención ya a partir de la reforma del Código civil ocurrida por Ley 13/1983,

de 24 de octubre y, además, en la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad; la ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad y la ley 39/2006, de 14 diciembre de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De este modo debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el Art. 49 CE, ha tomado **la iniciativa en la protección de este grupo de personas** que por sus características personales pueden sufrir una **serie de limitaciones en su integración social** y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Y el caso es que la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un **proyecto de ley "reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial**, que pasarán a denominarse **procedimientos de modificación de la capacidad de obrar**, para su adaptación a las previsiones de la Convención [...].

2º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York **se producen diferentes problemas**. Puede tratarse de personas dependientes, que **sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas**, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, **mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer**. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar **diferentes sistemas de protección** porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la **posibilidad de graduar** el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la

realidad social, **lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil** posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código civil efectuada por la Ley 41/2003

3º El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el **reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas.**

En el artículo 10 CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un **interés jurídico protegido en el ordenamiento.**

Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en **cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer.** Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: **la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente,** es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la **diversidad de graduación**

y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que **la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio**. De aquí, que **debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica** del discapacitado.

4º Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales **una regulación específica de la situación jurídica del incapaz**. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. **Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular**. Así el artículo 162 CC exceptúa de la representación de los padres "los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo" (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el Art. 162 CC aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los **incapacitados**, ya que la **sentencia tiene contenido variable**, según dispone el Art. 760.1 LEC y se establecía en el ahora derogado Art. 210 CC después de la reforma de 1983 ; también el Art. 209 del Código de Familia de Cataluña (ley 9/1998, de 15 julio) excluye de la representación los actos "relativos a los **derechos de la personalidad**, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo" y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, **solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona**. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que:

a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional **obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica**, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo **políticas de integración y protección**. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que "implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial". (asimismo STS de 14 julio 2004).

b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. **La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión.** Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una **compleja valoración de las condiciones personales del sujeto**, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, **sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada**

de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

SEXTO. DERECHO COMPARADO.

Los anteriores argumentos han sido adoptados en países de nuestro entorno cultural, firmantes asimismo de la Convención de 2006.

1. Debe citarse el Código civil del Québec, cuyo Art. 285, traducido, dice que el Tribunal instituirá la tutela si se ha determinado que la ineptitud de la persona mayor para autogobernarse ("prendre soin de lui-même") es parcial o temporal y que tiene necesidad de ser representado en el ejercicio de sus derechos civiles. **Puede nombrar el Tribunal un tutor para la persona y los bienes o bien un tutor para la persona y uno para los bienes.**

2. El Codice civile italiano, a partir de su reforma de 9 enero 2004, distingue dos sistemas de protección: la denominada "amministrazione di sostegno" (artículo 404 Codice civile) y la incapacitación (artículos 414 y ss). **La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses;** en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida.

3. El Code civil francés, establece en el Art. 491 un **sistema de protección del mayor de edad** que por una de las causas previstas en la ley, necesita estar **protegido en los actos de la vía civil. Reconoce que conserva el ejercicio de todos sus derechos.** Este sistema recibe el nombre de "sauvegarde de justice". Prevé también la **tutela** (artículo 492) para los casos de un mayor que tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vía civil. En general, considera que se trata de mayores de edad protegidos por la ley. Esta regulación proviene de la modificación del Code realizada por la ley n° 68-5 de 3 enero 1968.

4. El BGB reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad; cuando se trata de mayores de edad, el § 1896 (1) establece (traducido) que **"si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal**. [...]. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal **sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad**"; a continuación el § 1902 BGB establece: "representación del asistido. **Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él**".

De este repaso se puede llegar a la conclusión que, aunque utilizándose distintos nombres, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno **establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle**. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y vienen a coincidir, aunque con nombres diversos, en los tres grados de protección previstos en el Código civil español y explicitados en el Fundamento Jurídico 5º de esta sentencia.

SÉPTIMO. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN.

Otra cosa distinta es si el **sistema de protección** debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que **se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada** y además, **constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección**.

Esta Sala, en la ya citada sentencia de 5 marzo 1947, entendió que la ley entonces vigente tenía una laguna, cuando **no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura**, laguna que colmó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación, sentencia que fue seguida por las de 13 mayo 1960, 25 marzo 1961, 17 abril 1965 y 6 febrero 1968. La reforma del Código de acuerdo con la ley 13/1983, de 24 octubre

introdujo **un sistema proteccionista**, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una **situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida**. Desde entonces se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacitación sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección. La ley 41/2003, de 18 noviembre , de protección patrimonial de las personas con discapacidad, **introduce un nuevo sistema de protección, sin incapacitación**, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil; **este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (Art. 2.2)**.

La STC 174/2002, de 9 octubre dice que "En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948 , lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, **por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)**. En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona **sólo puede acordarse por sentencia judicial** en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LECiv) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el **pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico** que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del

proceso de incapacitación [...]. La **incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable**".

De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

OCTAVO. LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.

De acuerdo con los anteriores argumentos, se van a examinar los motivos del recurso de casación interpuesto por Da Victoria, a través de la representación otorgada a sus hijos D. Carlos Alberto , D^a Ariadna y D. Juan Antonio y al amparo del artículo 477.2, 3 LECiv .

El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 199, 200 y 215.1 CC y la doctrina de las sentencias de la Sala 1^a de 31 diciembre 1991, 30 octubre 1994 y 16 septiembre 1999, así como las de 10 febrero 1986, 19 febrero 1996, 19 mayo 1998 y 28 julio 1998. Dice que la declaración de incapacidad vulnera en la práctica el principio de protección y respeto de los derechos de la presunta incapaz, lo que debe inspirar siempre la actuación judicial. **La resolución no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, ya que reconoce que por sí solo no es determinante de la incapacidad, sino que se fundamenta en criterios accesorios**, como "su importante patrimonio, la situación de conflicto

entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de tres de sus hijos, para administrar sus bienes y negocios", **por lo que podrían arbitrarse otros medios diferentes**. A juicio de la recurrente la incapacitación no debe basarse en criterios de conmiseración de la persona, que no son aceptables, ya que **sólo debe basarse en la situación de incapacidad**. El motivo se desestima. La sentencia recurrida establece de una forma clara y precisa los fundamentos de la incapacitación, de acuerdo con las pruebas practicadas, que se han resumido en el Fundamento primero de esta sentencia. Los argumentos relativos al patrimonio y a la situación de conflicto familiar se utilizan a mayor abundamiento, lo que queda demostrado al resumir las razones por las que se mantiene la medida de incapacitación. El tercer motivo denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 215.2, 222.2 y 287 CC, así como la doctrina de diversas sentencias que cita. **En definitiva, entiende que no se ha aplicado la curatela, que se dirige a la protección de aquellas personas que no se encuentran incapacitadas, pero que en atención a su grado de discernimiento, requieren un complemento de su capacidad**. El tutor suplente a la persona y sustituye la voluntad del pupilo, pero de acuerdo con los informes, entiende que en este caso **no debería haberse establecido la incapacitación total, sino que sólo cabría adoptar medidas sobre la administración de los bienes, sin condicionar la libertad para regir su persona y bienes**; además, entiende que se infringe el principio, de acuerdo con el que debe determinarse la **extensión y los límites de la incapacidad**, así como el régimen de la tutela, por lo que no se ha actuado conforme a los informes periciales.

Este motivo se desestima. Queda acreditado en la prueba practicada que D^a Victoria está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Tal como se ha argumentado en los anteriores Fundamentos, la incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, **se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno**. En consecuencia no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas

en el **presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento**, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 289 CC ; la curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque **la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad**. Los argumentos de los recurrentes se enfrentan con las pruebas realizadas en el procedimiento que determinaron la falta de capacidad de la ahora recurrente, de modo que la medida de protección adecuada es el **nombramiento de tutor**. Y como se ha afirmado antes, no se trata de medidas discriminatorias, **sino que se deben tomar para adaptar la medida de protección a la situación de la persona, ya que sólo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación**.

El cuarto motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 322 CC y los artículos 10.1 y 23.1 CE , según doctrina establecida por sentencias de esta Sala, que cita. Se refiere a que siendo la incapacitación la supresión o restricción de la capacidad de obrar que tiene un sujeto, debe seguirse el oportuno procedimiento y basarse en las causas que la ley determina. **Las causas son aquellas que impiden a una persona gobernarse por sí misma, no las enfermedades que no afecten a la capacidad**.

Además, entiende que la sentencia vulnera la jurisprudencia de esta Sala configurada en las sentencias de 31 diciembre 1991, 30 diciembre 1995, 9 junio 1997, 16 marzo 2001 y 15 octubre 2001.

El motivo no se estima. Las causas de incapacidad están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a

diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el Art. 200 CC establece que "son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". Es evidente que el Art. 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 mayo 1998, 26 julio 1999, 20 noviembre 2002, 14 julio 2004; como afirma la sentencia de 28 julio 1998 , "[...] **para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico** [...] lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, **impida gobernarse a la afectada por sí misma**".

Finalmente, el quinto motivo señala la interpretación errónea de los artículos 234, 235 y 236 CC y las sentencias de 17 marzo 1893, 28 junio 1913, 4 octubre 1984 y 22 julio 1993, relativas al nombramiento del tutor. Señala que no se han tenido en cuenta las relaciones de la tutelada con las hijas a quienes se nombra tutoras de la persona y que según el Art. 236 CC, la tutela se ejercerá por un solo tutor. Si bien nadie ha cuestionado el nombramiento de D^a Ariadna, ni el del administrador de los bienes, se considera que el criterio de designar a D^a Victoria como contrapeso entre los dos grupos familiares puede trasladar a la enferma los enfrentamientos, con lo que se produciría un perjuicio a la recurrente.

El motivo no se estima. El Art. 234 y el Art. 235 CC contienen una norma abierta en cuya virtud **el juez debe proceder al nombramiento de tutor teniendo en cuenta siempre el beneficio del incapacitado**, que debe ser apreciado libremente por el Juez teniendo a la vista de las circunstancias del caso. Lo mismo debe señalarse respecto al fraccionamiento de la tutela entre la protección de la persona y la administración de los bienes, que ha sido tomada

con estos parámetros y, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 236.1 CC.

NOVENO. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO.

La desestimación del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por D^a Victoria, representada en este procedimiento por sus hijos D. Carlos Alberto, D^a Ariadna y D. Juan Antonio, determina la de este recurso. Asimismo la desestimación de los motivos admitidos del recurso de casación determina la del propio recurso.

DÉCIMO. COSTAS.

Con relación a las costas originadas por este recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC/2000, que se remite al art. 394 LEC , corresponde imponerlas a la recurrente. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º **Desestimar el recurso de casación** presentado por la representación procesal de D^a Victoria, actuando sus hijos D. Carlos Alberto, D^a Ariadna y D. Juan Antonio en su nombre y representación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 marzo 2006 , en el rollo de apelación nº 566/02.

2º No ha lugar a casar la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Jesús Corbal Fernández.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salasn Carceller.-Vicente Luis Montes Penadés.-Encarnación Roca Trías.- Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la EXCMA. SRA. D^a. Encarnación Roca Trías, Ponente que ha sido en el trámite de los

presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.