

DERECHO CRÍTICO: REVISTA JURÍDICA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

Vol. 8, Núm. 8, 2025 (1-25)

ISSN: 2953 – 6464

DOI: <https://doi.org/10.53591/wzxyvz34>

**Protección reforzada del consentimiento en adultos mayores: entre la forma y el fondo
Enhanced Protection of Consent in Older Adults: Between Form and Substance**

Rita Bravo Quijano

Derecho Crítico: Revista Jurídica Ciencias Sociales y Políticas

Fecha de recepción: 11/11/2025

Fecha de aceptación: 12/12/2025

Protección reforzada del consentimiento en adultos mayores: entre la forma y el fondo
Enhanced Protection of Consent in Older Adults: Between Form and Substance

Rita Bravo Quijano, MSc.¹

<p>Como citar: Bravo Quijano, R. (2025). Protección reforzada del consentimiento en adultos mayores: entre la forma y el fondo. <i>Derecho Crítico: Revista Jurídica, Ciencias Sociales y Políticas</i>. 8(8) 1-25. DOI: https://doi.org/10.53591/wzxyvz34</p>

Resumen: La presente investigación analiza la evolución de la institución civil de la capacidad frente a los paradigmas del neoconstitucionalismo y la justicia distributiva. Mediante una metodología dogmática-normativa, se examina la tensión existente entre la capacidad jurídica plena de los adultos mayores y la disminución natural de facultades psíquicas y físicas propias de la vejez. Los resultados evidencian que la protección de este grupo de atención prioritaria configura un nuevo estándar que atraviesa tanto el fondo del acto —el consentimiento— como su forma, imponiendo deberes específicos de verificación notarial. Se concluye que la teoría clásica, que aísla la evaluación de la capacidad únicamente como un requisito de validez del acto o contrato, se reevalúa por el imperativo integrar los requisitos formales y sustanciales a la verificación notarial que evite vicios del consentimiento, para garantizar una protección reforzada de los derechos fundamentales frente a las nuevas realidades de vulnerabilidad senil.

Palabras clave: Adultos mayores, capacidad civil, consentimiento, vicios del consentimiento, formalidades, Ecuador.

Abstract: This research analyzes the evolution of the civil law institution of capacity in light of the paradigms of neo-constitutionalism and distributive justice. Using a dogmatic-normative methodology, the study examines the existing tension between the full legal capacity of older adults and the natural decline of psychic and physical faculties inherent to aging. The results show that the protection of this priority-attention group establishes a new standard that spans both the substance of the act—the consent—and its form, imposing specific duties of notarial verification. It is concluded that the classical theory, which isolates the assessment of capacity solely as a validity requirement for the act or contract, is reevaluated due to the imperative to integrate formal and substantial requirements into notarial verification. This integration aims to prevent defects of

¹ Jueza de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Magister en Derecho Mención en Derecho Procesal por la Universidad Iberoamericana del Ecuador, Diploma Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Cuenca, con Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-2865-6498>

consent and ensure enhanced protection of fundamental rights in the face of new realities of senile vulnerability.

Keywords: Older adults, civil capacity, consent, defects of consent, formalities, Ecuador.

Introducción

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la capacidad legal constituye uno de los pilares fundamentales para la existencia y validez de los actos jurídicos. Según el Código Civil, la capacidad se presume como la regla general, partiendo de la premisa de que toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declara expresamente incapaces. Tradicionalmente, esta presunción solo se desvirtúa mediante procesos de interdicción por causales taxativamente establecidas. Sin embargo, esta visión clásica y formalista enfrenta hoy un desafío ineludible: la realidad biológica y social del envejecimiento.

A pesar de que un adulto mayor conserve su capacidad jurídica, es innegable que el paso del tiempo conlleva una disminución natural de las facultades físicas, psíquicas y mentales, lo que sitúa a este grupo poblacional en una posición de vulnerabilidad. Reconociendo esta realidad, la Constitución de la República del Ecuador ha catalogado a los adultos mayores como un grupo de atención prioritaria, invocando un imperativo de justicia distributiva que obliga al Estado y a los operadores jurídicos a adoptar medidas afirmativas para equilibrar las desigualdades materiales.

Esta protección constitucional se ha materializado en la promulgación de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores (LOPAM) y su Reglamento, cuerpos normativos que instauran un nuevo paradigma en la manifestación de la voluntad. Específicamente, los artículos 35, 36 y 37 de dicha ley consagran el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Dicha normativa exige que la transmisión de la información se adapte a las necesidades comunicacionales del adulto mayor y, lo que es crucial para el derecho notarial, requiere que la manifestación de voluntad quede registrada en un documento independiente donde se reconozca que la información fue recibida de manera completa y comprensible.

Este escenario normativo introduce una complejidad técnica y dogmática: se establece un nuevo requisito que parece hibridar la sustancia con la solemnidad. Por un lado, busca blindar el consentimiento (elemento de fondo y validez) asegurando que esté exento de vicios; por otro, impone la creación de un documento anexo a los actos notariales (elemento de forma). Ante esta

dualidad, surge la necesidad imperiosa de reevaluar la teoría clásica de las solemnidades y la capacidad. Por consiguiente, la presente investigación se articula en torno a la siguiente pregunta fundamental: ¿Constituye el protocolo de consentimiento informado reforzado para adultos mayores un requisito de forma o de fondo del acto jurídico, o reconfigura el rol del notario como un puente garante entre ambos espectros?

La importancia de abordar esta interrogante radica en la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y contractual. Determinar la naturaleza de este requisito no es una mera discusión teórica, sino que define las consecuencias jurídicas de su omisión —nulidad absoluta, relativa o ineficacia— y amplía la responsabilidad del notario como custodio de la fe pública; y, en este caso, como protector de los derechos fundamentales de este grupo de atención prioritaria.

Marco teórico

1. El Consentimiento: Fundamentos Dogmáticos y Estructura Jurídica

1.1. Análisis Conceptual y Naturaleza Jurídica

El consentimiento se erige como la piedra angular del derecho de las obligaciones, constituyendo la esencia misma de la contratación privada. Su etimología, proveniente del latín *cum sentire*, revela su naturaleza intrínseca: el acto de sentir juntos, de compartir un mismo propósito jurídico. Según la doctrina clásica expuesta por Claro Solar (1979), el consentimiento se define como el acuerdo de dos o más personas sobre un contrato proyectado; es la resultante de voluntades individuales que se unen hasta lograr una uniformidad de opiniones, fenómeno descrito por los juristas romanos con el aforismo *duorum pluriumve in idem placitum consensus*.

Desde una perspectiva ontológica, el consentimiento es necesariamente un acto bilateral. Esta característica lo distingue radicalmente de la mera voluntad individual, que es un acto unilateral. Alessandri Rodríguez (1979) refuerza esta distinción advirtiendo sobre una confusión terminológica frecuente en la legislación: si bien algunos códigos utilizan la voz "consentimiento" como sinónimo de la voluntad de una sola parte (la aquiescencia o adhesión), en rigor técnico, el contrato —como acto jurídico bilateral— no puede nacer a la vida del derecho por la sola voluntad del deudor.

Para dotar de mayor precisión analítica a este fenómeno, la doctrina moderna, a la que refiere Díez-Picazo (2007), advierte que el término "consentimiento" suele utilizarse para englobar fenómenos distintos que deben mantenerse separados conceptualmente. En primer lugar, la voluntad interna individual, misma que se refiere al querer subjetivo de cada contratante, abarcando tanto la decisión como la motivación psicológica que la impulsa. Por otra parte, la declaración, que es la exteriorización de dicho querer, la comunicación social mediante la cual la voluntad interna trasciende el fuero interno y se hace cognoscible para los demás. Finalmente la voluntad común, que constituye la zona de intersección donde las declaraciones individuales coinciden. Díez-Picazo (2007) sostiene que es precisamente en esta zona de coincidencia donde el contrato encuentra su base más profunda; si las voluntades y declaraciones no convergen en un punto común, existe disensión o desacuerdo, pero no contrato.

1.2. Mecánica de Formación: La Policitación y la Aceptación

El nacimiento del consentimiento no es instantáneo, sino el resultado de un proceso de gestación que comienza con la oferta y culmina con la aceptación. Claro Solar (1979) explica que el concurso de voluntades se inicia con la oferta, policitación o propuesta, definida como el acto por el cual una persona invita a otra a celebrar una convención determinada. Esta oferta puede revestir diversas modalidades: expresa o tácita, y dirigida a una persona determinada o indeterminadamente al público en general.

Por su parte, la aceptación es el acto jurídico mediante el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella. Sin embargo, para que esta aceptación tenga la eficacia jurídica de formar el consentimiento, no basta una adhesión genérica. Claro Solar (1979) es categórico al afirmar que es indispensable que la aceptación concorra *exactamente* en todos los términos con la oferta. Esta correspondencia debe verificarse en tres dimensiones críticas:

1. Identidad en las Personas: La oferta debe ser aceptada por aquellas personas específicas a quienes fue dirigida, y respecto de aquellas que la formularon.
2. Identidad en la Cosa (Objeto): Debe existir una coincidencia absoluta sobre el objeto material o jurídico de la prestación. Claro Solar (1979) ilustra esto con un ejemplo clásico:

no habría contrato por falta de consentimiento si Pedro propone a Juan la venta de su casa en Valparaíso y Juan acepta comprarle la casa de Viña del Mar.

3. Identidad en la Naturaleza y Modalidades: La aceptación debe ser pura y simple, reflejando exactamente las condiciones de la oferta. Si una oferta pura y simple es aceptada bajo una modalidad (condición, plazo o cargo), no se forma el consentimiento. Por ejemplo, si Pedro ofrece vender su caballo negro por quinientos pesos y Juan acepta comprarlo *solo si* consigue que Antonio le venda el suyo al mismo precio, no hay contrato, pues la aceptación introduce una condición no prevista en la oferta.

Alessandri Rodríguez (1979) complementa este análisis señalando que el acuerdo debe ser completo y recaer sobre todos los puntos que son materia del contrato, sean estos esenciales o meramente accidentales, si las partes los han considerado relevantes. Si existe desacuerdo sobre un punto que, en concepto de alguna de las partes, es determinante (por ejemplo, la forma de pago o el lugar de entrega), el contrato no se perfecciona, aunque exista acuerdo sobre el objeto principal.

1.3. Sistemas Doctrinales sobre el Perfeccionamiento del Consentimiento

La determinación del momento exacto en que se forma el consentimiento, especialmente en la contratación entre ausentes, ha suscitado un intenso debate doctrinal que Claro Solar (1979) sistematiza en dos grandes corrientes:

1.3.1. Sistema de la Declaración o Agnición

Este sistema postula que el contrato se perfecciona por la simple aceptación de la oferta. Su fundamento radica en que, desde el momento en que la voluntad del aceptante existe internamente, ya hay concurso de voluntades. Sin embargo, como el derecho regula hechos exteriores y no el mero *propositum in mente retentum* (propósito retenido en la mente), se requiere que esa voluntad se manifieste. Este sistema admite subdivisiones teóricas: Declaración *sensu stricto*, por la cual el vínculo nace desde que la aceptación se exterioriza de cualquier modo (ej. escribiendo la carta), aunque no se envíe; la expedición que exige que la manifestación de voluntad sea enviada o

dirigida al oferente; y la recepción que Requiere que el documento que contiene la aceptación llegue efectivamente al domicilio del proponente, aunque este no lo haya leído aún.

1.3.2. Sistema de la Información o Cognición

Conocido también como sistema del conocimiento, es más exigente y establece que para el perfeccionamiento del contrato no basta con declarar la voluntad, sino que es necesario que dicha aceptación llegue a *noticia* del proponente. Sus defensores, como Laurent, argumentan que el concurso de voluntades supone más que la mera coexistencia de dos querer; supone que "cada una de las partes sabe lo que quiere la otra". Bajo esta lógica, mientras el oferente ignore la aceptación, no hay convención para él.

Sin embargo, este sistema ha sido objeto de críticas. Claro Solar (1979) señala que arranca de principios falsos y destruye el fundamento del vínculo contractual: la confianza y la veracidad. Exigir que el oferente conozca efectivamente la aceptación permitiría que este, actuando de mala fe, evite leer la correspondencia para no quedar obligado, dejando la validez del contrato al arbitrio de una de las partes.

1.4. La Tensión entre Voluntad Real y Voluntad Declarada

En la teoría del acto jurídico, una de las problemáticas más complejas surge cuando existe divergencia entre lo que el sujeto quiere internamente (voluntad real) y lo que manifiesta externamente (voluntad declarada). Alessandri Rodríguez (1979) y Díez-Picazo (2007) exponen las teorías que intentan resolver este conflicto:

A. Teoría de la Voluntad (Subjetiva): De origen francés y consagrada en la mayoría de los códigos latinos, esta teoría sostiene que debe prevalecer la voluntad interna o real. Se basa en el principio individualista de que la fuente de la obligación es el querer del sujeto; por tanto, nadie puede quedar obligado más allá de lo que realmente pretendió. Su gran debilidad, no obstante, es que sacrifica la seguridad jurídica, pues los terceros contratan confiando en lo que perciben externamente, no en intenciones ocultas.

B. Teoría de la Declaración (Objetiva): Desarrollada por la doctrina alemana, postula la primacía de la voluntad declarada. Si la voluntad permanece en el fuero interno, es irrelevante para el derecho; lo que vincula es la manifestación externa. Este enfoque protege el tráfico jurídico y la buena fe de los terceros, evitando la difícil investigación psicológica de la intención. Sin embargo, se le critica por poder obligar a un sujeto en virtud de una declaración errónea o inexacta, prescindiendo de su verdadero querer.

C. Teoría de la Vigencia o Validez (*Geltungstheorie*): Díez-Picazo (2007) presenta una postura superadora propia de la doctrina moderna intermedia. Según esta visión, es un error considerar voluntad y declaración como dos fenómenos independientes. Forman una unidad sustancial. La declaración no es una mera notificación de un estado mental, sino un acto de *instauración* de una reglamentación preceptiva. Al declarar, las partes no solo "dicen" lo que quieren, sino que ponen en vigor (*Geltung*) una norma privada que regula sus intereses.

1.5. Autonomía de la Voluntad, Formalidades y Límites

El principio de la autonomía de la voluntad es el motor del derecho contractual, permitiendo a los individuos crear su propia ley privada (*lex contractus*). Claro Solar (1979) recuerda que, históricamente, el formalismo era la regla; en la infancia de los pueblos y en el derecho romano primitivo, la voluntad requería formas rituales para ser eficaz. La evolución jurídica condujo al consensualismo, donde los contratos se perfeccionan, por regla general, por el mero consentimiento, siendo la forma libre.

No obstante, la escritura sigue desempeñando un rol crucial, ya sea por imposición legal o por voluntad de las partes. Claro Solar (1979) distingue dos funciones de la escritura:

- **Ad solemnitatem:** Cuando la escritura es requerida para la existencia misma del acto. Si las partes estipulan que el contrato no valdrá sin escritura, hacen uso de su autonomía para elevar la forma a requisito de validez.
- **Ad probationem:** Cuando la escritura solo tiene por objeto dejar constancia del acuerdo y facilitar su prueba, pero el contrato ya se considera perfecto por el simple consentimiento verbal previo.

Finalmente, es crucial destacar que la autonomía de la voluntad no es absoluta. Héctor Lafaille (2009) señala que, en el derecho moderno, el individualismo clásico ha cedido ante la intervención estatal. El "dirigismo contractual" y el orden público imponen límites imperativos para proteger a la parte débil y asegurar la justicia conmutativa. Asimismo, principios éticos como la buena fe objetiva y la teoría de los actos propios (doctrina de la confianza) actúan como barreras al arbitrio individual: una parte no puede contradecir su propia conducta si esta ha generado una expectativa legítima y razonable en la otra.

2. Patología de la Voluntad: Los Vicios del Consentimiento

2.1. Distinción Dogmática: Consentimiento Viciado y Ausencia de Consentimiento

En la teoría del acto jurídico, resulta fundamental establecer una distinción ontológica entre la voluntad que adolece de un vicio y aquella que es inexistente. Alessandri Rodríguez advierte que no deben confundirse ambas categorías, pues sus consecuencias jurídicas y fácticas difieren sustancialmente.

El consentimiento viciado supone la existencia de una voluntad real: el sujeto ha querido el acto, ha manifestado su decisión de obligarse, pero dicha decisión se ha formado bajo condiciones irregulares que afectaron su libertad o su conocimiento. Quien consiente por error, fuerza o dolo, efectivamente consiente, pues ha expresado querer algo, aunque ese querer esté motivado por una falsa representación de la realidad o por el temor a un mal mayor.

En contraposición, la ausencia de consentimiento implica que este no existe en absoluto; el sujeto no ha expresado voluntad alguna, ni en uno ni en otro sentido. Esta situación se configura en casos donde el individuo carece totalmente de voluntad al momento del acto, como en estados de ebriedad completa, sonambulismo, hipnotismo o privación total de la razón, donde no hay un acto humano voluntario. Asimismo, existe ausencia de voluntad cuando hay un desacuerdo total sobre la identidad de la cosa o la naturaleza del contrato (error obstáculo); en estos casos, aunque existan voluntades individuales, estas no concurren, por lo que no se forma el consentimiento. La sanción para esta ausencia, según la doctrina clásica, es la nulidad absoluta o la inexistencia, dado que falta un requisito esencial para la naturaleza del acto.

2.2. Fundamento y Naturaleza de los Vicios

La doctrina tradicional, encabezada por autores como Alessandri Rodríguez, enumera taxativamente los vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo. Se discute también la inclusión de la lesión, aunque se argumenta que esta no es propiamente un vicio subjetivo del consentimiento (psicológico), sino un vicio objetivo del contrato derivado de la desproporción económica de las prestaciones.

Díez-Picazo ofrece una visión crítica moderna, señalando que más que una categoría dogmática monolítica de "voluntades viciadas", los vicios del consentimiento constituyen una tipificación legal de casos donde se decide la justicia o injusticia de la vinculación contractual. El análisis no recae únicamente en la psicología del sujeto (si su voluntad fue pura), sino en valorar si es justo que, dadas las circunstancias, el contratante quede atado al contrato. Esto implica ponderar la diligencia propia y la dignidad de la situación de la contraparte. Así, un vicio teórico (como un miedo leve o una embriaguez no reconocida) podría no anular el contrato si la otra parte no se aprovechó y actuó de buena fe, protegiendo así el tráfico jurídico.

2.3. El Error: De la Concepción Psicológica a la Protección de la Confianza

2.3.1. Concepto y Clasificación Tradicional

El error se define como el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa; es la disconformidad entre el pensamiento y la realidad, creyendo verdadero lo falso y viceversa. Alessandri aclara que, jurídicamente, el error se equipara a la ignorancia, pues en ambos casos la voluntad no se emite con pleno conocimiento de causa.

A. Error de Derecho: Consiste en el falso concepto o la ignorancia de la ley. Por regla general, este error no vicia el consentimiento, fundamentado en la presunción de conocimiento de la ley y la seguridad jurídica. Un contrato celebrado con error de derecho es válido, y nadie puede alegar su ignorancia para evitar el cumplimiento de obligaciones (*nemo censetur ignorare legem*). Sin embargo, existe una excepción basada en el principio romano *damno vitando*: el error de derecho

vicia la voluntad cuando se invoca para evitar un perjuicio, como en el caso de quien paga lo que no debe por error (repetición de lo pagado).

B. Error de Hecho: Alessandri sistematiza el error de hecho según su gravedad y efectos en la validez del acto:

- a) Error Obstativo (Obstáculo): Recae sobre la identidad del acto (uno entiende venta y el otro donación) o sobre la identidad física de la cosa. Impide la formación del consentimiento, acarreando la nulidad absoluta o inexistencia.
- b) Error Sustancial o Determinante: Recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto, o sobre cualidades accidentales que han sido elevadas a la categoría de esenciales por las partes. Este error vicia el consentimiento y produce nulidad relativa.
- c) Error Indiferente (Accidental): Recae sobre cualidades no esenciales o irrelevantes para la determinación de la voluntad. No vicia el consentimiento ni afecta la validez del contrato.

2.3.2. La Teoría Moderna: La Recognoscibilidad del Error

La doctrina contemporánea, expuesta por Lafaille y Bueres, introduce un matiz crucial para equilibrar la protección de la voluntad con la seguridad del tráfico: la recognoscibilidad. Ya no basta que el error sea esencial y excusable; se exige que el error sea reconocible por la otra parte.

El acto es válido si el destinatario de la declaración confió razonablemente en ella, a pesar de que el declarante estuviera en error. Para anular el contrato, se requiere que la contraparte, empleando una diligencia normal, hubiera podido advertir el error ajeno en relación con el contenido o circunstancias del negocio. Este criterio protege la confianza legítima de quien obró con diligencia y penaliza a quien, pudiendo darse cuenta del error del otro, no lo advirtió o lo aprovechó.

2.4. La Fuerza: Violencia e Intimidación

2.4.1. Naturaleza y Efectos

La fuerza se define como la presión ejercida sobre una persona mediante actos materiales o amenazas para inducirla a consentir. Alessandri precisa que el vicio no reside en la fuerza física o la amenaza *per se*, sino en el temor que estas producen en la víctima.

El autor distingue dos tipos de fuerza con efectos jurídicos dispares:

- **Fuerza Material (*Vis Absoluta*):** Consiste en actos físicos directos (ej. mover la mano de alguien para firmar). En este caso, no hay vicio de voluntad, sino ausencia total de ella; no hay consentimiento, y el acto es inexistente o nulo absolutamente.
- **Fuerza Moral (*Vis Compulsiva*):** Consiste en amenazas que crean un temor insuperable. Aquí, la víctima elige consentir como un mal menor ante la amenaza. La voluntad existe, pero no es libre, por lo que el consentimiento está viciado y el acto es anulable. Esta figura es denominada "intimidación" en códigos modernos como el argentino y el español.

2.4.2. Requisitos para Viciar el Consentimiento

Para que la fuerza vicie el consentimiento, debe reunir tres requisitos copulativos según Alessandri:

1. **Grave:** Debe ser capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, considerando su edad, sexo y condición. Es indiferente si el mal es presente o futuro, o si recae sobre la persona, honor o bienes.
2. **Injusta:** El acto o amenaza debe ser ilícito. El ejercicio legítimo de un derecho (ej. amenaza de demanda judicial fundada) no constituye fuerza.
3. **Determinante:** La fuerza debe ser la causa directa por la cual se prestó el consentimiento; sin ella, no se habría contratado.

Lafaille añade una categoría moderna: la intimidación "ambiental" o estado de necesidad. Se cuestiona si vicia el consentimiento el temor inspirado no por una amenaza directa de la

contraparte, sino por un hecho externo (guerra, revolución, peligro inminente) que fuerza a una persona a contratar en condiciones desventajosas (ej. vender bienes a bajo precio para huir).

2.5. El Dolo: Engaño y Mala Fe Contractual

2.5.1. Concepto y Dualidad Jurídica

El dolo se define como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. En el ámbito contractual específico, Alessandri lo describe como la intención positiva de engañar o mantener en el error a una persona para inducirla a consentir. Se caracteriza por el uso de maniobras ilícitas, astucia o maquinaciones (*dolus malus*) destinadas a crear un falso motivo para contratar en la víctima.

2.5.2. Clasificación y Efectos

La distinción clásica que este autor propone, divide al dolo en principal e incidental:

- **Dolo Principal (Determinante):** Es aquel que induce directamente a la celebración del contrato; sin él, la parte engañada no habría contratado. Para viciar el consentimiento y acarrear la nulidad relativa, debe cumplir dos requisitos: 1) ser determinante, y 2) ser obra de una de las partes. Si proviene de un tercero, no anula el contrato (salvo complicidad), sino que genera responsabilidad extracontractual.
- **Dolo Incidental:** Es aquel que no determina la celebración del contrato (este se habría realizado igual), pero influye en las condiciones, haciéndolas más onerosas para la víctima. Este tipo de dolo no vicia el consentimiento ni anula el acto, pero da derecho a indemnización de perjuicios contra quien lo fraguó o se aprovechó de él.

2.5.3. Tendencias Modernas y el Deber de Información

Lafaille y Bueres destacan una evolución en la concepción del dolo. Modernamente, se busca desvincular el dolo de la estricta teoría del error y flexibilizar sus requisitos para abarcar comportamientos inmorales intermedios que no encajan perfectamente en el error o la fuerza.

Existe una tendencia a ensanchar el campo del dolo incidental, otorgando acción resarcitoria por daños causados por conductas desleales en la etapa precontractual (responsabilidad *in contrahendo*), aunque no sean determinantes del consentimiento. Los Principios UNIDROIT, por ejemplo, acercan el dolo a la falta de buena fe y al incumplimiento del deber de información, señalando que el carácter reprochable de la conducta dolosa es razón suficiente para la anulación, incluso sin los requisitos estrictos del error.

2.6. Nuevas Perspectivas: Lesión, Sorpresa y Abuso de Posición Dominante

La evolución del derecho contractual ha propiciado la aparición de nuevos institutos para proteger el consentimiento más allá de los vicios clásicos.

- **Lesión:** Aunque discutida como vicio, la lesión aborda el perjuicio económico desproporcionado nacido de la desigualdad de las partes. Alessandri la califica como un vicio objetivo del contrato más que del consentimiento.
- **Sorpresa:** Lafaille identifica este fenómeno cuando surge algo imprevisto, raro o incomprensible que toma desprevenida a la parte, impidiendo un análisis reflexivo.
- **Abuso de Posición Dominante:** Se configura cuando una parte, aprovechando su poder de mercado o superioridad técnica, impone condiciones que restringen o distorsionan la competencia y la libertad contractual de la contraparte. Técnicamente, en el derecho argentino y comparado, se debate si incluirlos como vicios autónomos del consentimiento o como supuestos de ejercicio abusivo del derecho.

La doctrina italiana moderna sugiere una relectura integral de los vicios: el fundamento de la anulabilidad no está solo en el defecto de la voluntad del sujeto afectado, sino en el abuso que el otro contratante hace de esa situación de debilidad, sancionando el comportamiento ilícito de quien explota la inferioridad ajena

3. El Consentimiento en Relación a los Adultos Mayores: Hacia una Protección Reforzada

3.1. El Adulto Mayor en el Constitucionalismo: De la Invisibilidad a la Protección Especial

Históricamente, la tercera edad ha sido tratada como un tema invisible en el discurso jurídico, operando bajo la premisa tácita de que, al igual que la muerte, el envejecimiento es un problema ajeno. Gilbert Armijos (2009) denuncia contundentemente esta realidad, señalando que en la sociedad del siglo XXI pareciera que los derechos constitucionales tienen "fecha de caducidad": a medida que la persona envejece, sus derechos mínimos y libertades (ambulatoria, sexual, patrimonial) comienzan a difuminarse social y jurídicamente.

Frente a este escenario, el constitucionalismo moderno y el derecho internacional de los derechos humanos han debido reaccionar para visibilizar a este grupo. No se trata de una concesión graciosa, sino de un imperativo de justicia social para ajustar las desigualdades estructurales. Armijos (2009) argumenta que la tutela de minorías o grupos vulnerables —como los adultos mayores— no viola el principio de igualdad, sino que lo materializa, reconociendo necesidades especiales que exigen una protección diferenciada.

La justificación de esta protección especial radica en la necesidad de equilibrar la balanza frente a un entorno hostil. Desde una perspectiva económica, el envejecimiento es visto a menudo como un "problema" de gasto social y productividad, lo que genera un "conflicto generacional" por los recursos escasos. En este contexto, el Estado debe intervenir normativamente para asegurar que la dignidad humana no sea desplazada por criterios de eficiencia económica, garantizando que el anciano sea tratado como un fin en sí mismo y no como una carga improductiva.

3.2. Características del Grupo Constitucionalmente Protegido: La Triple Debilidad

Para comprender cómo opera el consentimiento en este grupo, es necesario analizar las características que definen su situación jurídica y social. María Isolina Dabove (2012) identifica que, en el derecho actual, "ser viejo" significa vivir sujeto a una triple situación de debilidad que erosiona la autonomía:

1. Debilidad Sociológica (Estereotipos): La dinámica social torna vulnerable al anciano al estereotiparlo y constreñirlo en su ámbito de actuación, limitando sus roles y expectativas.

2. Debilidad Normativa (Desprotección): El sistema legal, diseñado bajo un modelo abstracto de persona, a menudo no ofrece un marco de protección adecuado a la naturaleza específica de la vejez, dejando zonas grises sin regulación efectiva.
3. Debilidad Axiológica (Falta de Reconocimiento): Los valores jurídicos imperantes frecuentemente fallan en reconocer al anciano como un sujeto pleno de derechos, fragilizando su posición frente a terceros.

Esta vulnerabilidad se ve exacerbada por una "ambigüedad existencial": aunque la ancianidad hoy no es sinónimo de enfermedad ni incapacidad (siendo la capacidad la regla general), es un estadio donde no siempre es posible ejercer con plenitud todas las potencialidades o resistir presiones externas en igualdad de condiciones.

3.3. Características Especiales del Consentimiento en la Vejez y sus Riesgos

El análisis del consentimiento en los adultos mayores revela problemáticas específicas que escapan a la teoría general de los contratos. Dabove (2012) advierte que la vulnerabilidad de la voluntad en este grupo se manifiesta principalmente en cuatro situaciones críticas donde el consentimiento es forzado, ignorado o captado indebidamente:

- Captación de la Voluntad: Los ancianos son víctimas frecuentes de maniobras de captación que, sin llegar necesariamente a la violencia física, configuran vicios como la lesión subjetiva (aprovechamiento de la necesidad o inexperiencia) o el delito de circunvencción de incapaces. Aquí, el consentimiento es arrancado mediante el abuso de confianza o afecto.
- Solicitudes Abusivas de Inhabilitación: Existe un riesgo latente de que familiares o terceros intenten anular la capacidad jurídica del anciano por intereses patrimoniales, utilizando el proceso judicial para sustituir su voluntad, aun cuando conserven aptitud para el autogobierno.
- Internaciones Forzadas (Consentimiento Viciado en el Hospedaje): El ingreso a residencias geriátricas o psiquiátricas a menudo carece de un consentimiento informado real. Dabove (2012) califica esto como una violación flagrante, pues el alojamiento geriátrico es un

contrato atípico que requiere una manifestación de voluntad libre e inequívoca, no una imposición familiar o médica.

- Daños por Acción de Terceros: Situaciones donde la fragilidad física o emocional es explotada para vulnerar derechos personalísimos o patrimoniales.

3.4. Necesidad de Limitar y Ajustar la Teoría de la Voluntad

La teoría clásica de la autonomía de la voluntad, basada en un sujeto abstracto, libre e igual, resulta insuficiente y a veces perjudicial para este grupo. Dabove (2012) sostiene que el modelo moderno de autonomía, articulado sobre dispositivos formales y liberales, ha entrado en crisis al no poder responder a la complejidad de la vejez.

Se requiere, por mandato de ley y principio constitucional, establecer medidas de protección reforzada que ajusten la teoría del consentimiento:

- a) Del Modelo de Sustitución al de Apoyos: Siguiendo la tendencia internacional (CDPD), Bariffi (2012) explica que se debe abandonar el "modelo de atribución directa" (diagnóstico médico = incapacidad jurídica) que anula el consentimiento. En su lugar, se debe adoptar un sistema de apoyos y salvaguardias que permitan al adulto mayor ejercer su capacidad jurídica, respetando su voluntad y preferencias, y protegiéndolo de influencias indebidas. La incapacidad debe ser la excepción última, no la respuesta automática ante el deterioro.
- b) Reconocimiento de Situaciones Fronterizas: El derecho debe abordar las "zonas grises" de debilitamiento de la voluntad que no constituyen demencia total pero que sí afectan el discernimiento (ej. inhabilitación por disminución de facultades). La protección reforzada implica que el juez o el notario, y en general el sistema legal no solo verifiquen la formalidad del acto, sino la ausencia de vicios específicos.
- c) Protección de la Confianza y la Buena Fe: Como señala Lafaille (2009), el principio de confianza constituye un límite al derecho de autodeterminación de la contraparte. En el caso de los adultos mayores, esta protección debe ser estricta: quien contrata con un anciano tiene un deber reforzado de lealtad y claridad. El derecho debe sancionar no solo

el dolo explícito, sino cualquier comportamiento que defraude la expectativa legítima de seguridad y honestidad que el adulto mayor deposita en el contrato.

En conclusión, la protección del consentimiento en el adulto mayor no implica un retorno al paternalismo que anula derechos, sino la construcción de un "modelo de autonomía asistida y protegida". Este modelo debe garantizar que la voluntad expresada sea genuina y libre de presiones estructurales, obligando al Estado y a la sociedad a ajustar las desigualdades fácticas para que la igualdad jurídica no sea una mera ficción.

Metodología

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, toda vez que no busca la medición numérica de variables ni el análisis estadístico, sino la comprensión profunda de conceptos jurídicos, la interpretación de normas y la valoración de fenómenos sociales y legales. El objetivo es analizar la naturaleza del consentimiento y la necesidad de su protección reforzada en un grupo específico, lo cual requiere una valoración argumentativa y conceptual.

El diseño de la investigación es de carácter dogmático-normativo (o jurídico-dogmático). Se define como tal, como expresa Vásquez (2009), porque su objeto de estudio se centra en el ordenamiento jurídico y la doctrina que lo sustenta. Este diseño permite analizar el "deber ser" de la norma, examinando la coherencia interna del sistema jurídico respecto a la teoría del consentimiento y los vicios de la voluntad, estudiar las instituciones jurídicas (el contrato, la autonomía de la voluntad, la capacidad) a partir de fuentes formales y materiales; y proponer soluciones teóricas frente a las lagunas o insuficiencias detectadas en la protección de los adultos mayores. Asimismo, la investigación es de tipo documental y bibliográfica, ya que la recolección de datos se ha realizado a través de la consulta, lectura y análisis crítico de textos legales, doctrina especializada y jurisprudencia pertinente.

Se han seleccionado como objeto de estudio directo las disposiciones legales vigentes que regulan la capacidad, el consentimiento y la protección especial del grupo etario en cuestión, específicamente la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores – LOPAM- y su Reglamento correspondiente, analizando los preceptos que establecen derechos, garantías y medidas de protección.

En ese sentido, el procesamiento de la información se llevó a cabo siguiendo un procedimiento lógico-jurídico estructurado, que tuvo como primera fase una búsqueda y selección de la literatura, discriminando la información relevante (conceptos de consentimiento, error, fuerza, dolo, protección constitucional) de la accesoria. Luego se procedió a una fase hermenéutica o de interpretación para desentrañar el sentido y alcance de las normas y doctrinas. Se interpretaron los textos clásicos (Claro Solar, Alessandri) para fijar el "estado del arte" tradicional, y se contrastaron con los textos modernos (Dabove, Armijos) que critican la insuficiencia de dicho modelo para los adultos mayores.

Resultados

El análisis hermenéutico a través de una interpretación de carácter exegética y sistemática de la normativa vigente permite identificar que el consentimiento del adulto mayor no es tratado meramente como una formalidad contractual en las normas positivas ecuatorianas, sino como un derecho sustantivo vinculado a la dignidad humana, la libertad personal y la autodeterminación.

La LOPAM eleva el consentimiento a la categoría de derecho específico bajo la denominación de "Consentimiento Previo, Libre e Informado". Este reconocimiento normativo rompe con la presunción pasiva de la vejez y establece un mandato activo de protección.

Tabla 1: Matriz Normativa del Consentimiento en el Adulto Mayor

Relación entre los preceptos de la Ley y su desarrollo en el Reglamento General.

Categoría Jurídica	Base Legal (LOPAM)	Desarrollo Reglamentario	Contenido Dogmático Principal
Derecho al Consentimiento	Art. 35	Art. 22	Derecho a decidir sobre cualquier asunto que afecte sus intereses o derechos de forma previa, libre e informada.
Acceso a la Información	Art. 36	N/A	La información debe ser comprensible, en su idioma e identidad cultural (traducción si es necesaria).

Categoría Jurídica	Base Legal (LOPAM)	Desarrollo Reglamentario	Contenido Dogmático Principal
Manifestación Expresa	Art. 37	Art. 22	El consentimiento no se presume; debe registrarse en documento escrito tras recibir información completa.
Independencia y Autonomía	Art. 17	Art. 13	Garantía del derecho a decidir su proyecto de vida. Definición de cuándo se pierde esta capacidad (no autónoma).
Corresponsabilidad Familiar	Art. 11	Art. 15	La familia debe respetar la autonomía y voluntad del adulto mayor en su cuidado.

Elaboración propia

En ese sentido, como resultados tenemos que la normativa ecuatoriana establece requisitos de validez reforzados para el consentimiento del adulto mayor. A diferencia de la teoría general del contrato, donde rige el consensualismo, en materia de derechos de adultos mayores se impone una solemnidad protectora. La investigación arroja que el consentimiento válido en este grupo poblacional se estructura sobre tres pilares normativos: un carácter previo, puesto que la decisión debe tomarse antes de la ejecución de cualquier acto que afecte sus derechos ; la libertad, entendida como la ausencia de coacción, vicios, influencias indebidas o presiones familiares e institucionales ; y una información cualificada que no solo debe ser entregada, sino que debe atender a las necesidades comunicacionales, ser comprensible y respetar la identidad cultural del individuo.

Complementariamente, el Reglamento General establece un estándar más riguroso, para documentar el consentimiento, actuando como una salvaguarda contra los vicios que puedan afectarlo, al exigir que este se registre obligatoriamente en un documento escrito. Dicho instrumento debe contener los datos de la autoridad o responsable, con la identificación completa de quien informa y recibe el consentimiento , así como los datos del adulto mayor, incluyendo su identificación, domicilio, nivel educativo y autoidentificación étnica. Asimismo, el documento debe detallar el objeto específico sobre el qué se está decidiendo , dejar constancia explícita de las

consecuencias, implicaciones y riesgos informados , incluir una cláusula sobre la facultad de retracto que permita cambiar de opinión , y finalmente, certificar la capacidad actual del adulto mayor, asegurando que se encuentra en pleno uso de sus capacidades intelectuales al momento de suscribir.

Un hallazgo importante en la investigación dogmática, es la delimitación legal de la capacidad, ya que la normativa distingue entre la regla general de capacidad y la excepción reglada de no autonomía, alejándose de la interdicción judicial clásica y acercándose a criterios médicos-funcionales. El Reglamento introduce la figura de la "Persona adulta mayor no autónoma", definiendo normativamente el umbral donde el consentimiento directo ya no es posible o requiere apoyo total. Conforme al artículo 13 del Reglamento General, esta calificación no es subjetiva ni familiar, sino técnica, debiendo ser realizada por un profesional de la salud de un establecimiento público especializado en geriatría. Dicha valoración se fundamenta en la verificación de una dependencia severa, grave o total para el desarrollo de actividades básicas e instrumentales de la vida diaria , así como en la evidencia de un deterioro cognitivo grave.

Discusión

Los resultados obtenidos del análisis de la LOPAM y su Reglamento revelan una ruptura paradigmática con la teoría general del contrato en el derecho civil ecuatoriano. Mientras que la doctrina tradicional, expuesta por Claro Solar y Alessandri Rodríguez, consagra el consensualismo y la libertad de formas como la regla general para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, la normativa especial de protección al adulto mayor impone un retorno al formalismo con fines tuitivos.

Se ha evidenciado que las normas ecuatorianas van más allá de la forma tradicional de concebir el consentimiento, al exigir que este sea "previo, libre e informado" y que conste obligatoriamente por escrito con requisitos detallados, pues el legislador reconoce implícitamente que la presunción de igualdad entre las partes —pilar de la autonomía de la voluntad clásica— es insuficiente para proteger a este grupo prioritario. Esto confirma la hipótesis teórica planteada por Dabove sobre la "triple debilidad" (social, normativa y axiológica) que afecta al anciano, validando la necesidad de mecanismos legales que blinden la voluntad frente a la vulnerabilidad estructural.

Una implicación práctica trascendental de estos resultados es la carga impuesta a los operadores jurídicos y autoridades, incluidos notarios y funcionarios administrativos. La normativa transforma su rol: ya no son meros fedatarios de una firma, sino garantes de la voluntad interna. El Reglamento exige verificar que la persona adulta mayor "se encuentra en pleno uso de sus capacidades intelectuales" y que "comprende, acepta o niega su consentimiento" tras recibir información en su propio idioma e identidad cultural.

Esto eleva la figura del consentimiento civil al estándar del "consentimiento informado" propia de la bioética, aplicándola ahora a actos patrimoniales y jurídicos. Teóricamente, esto se alinea con los postulados de Dabove y Armijos, quienes sostienen que la teoría de la voluntad debe limitarse o ajustarse en relación con este grupo para corregir desigualdades. El sistema ecuatoriano, por tanto, adopta un modelo de protección reforzada que prioriza la seguridad jurídica sustancial en materia contractual, reconociendo que la "captación de la voluntad" o influencia indebida en la realización de actos jurídicos es un riesgo latente en la vejez.

No obstante, la discusión de estos resultados obliga a una cautela crítica, necesaria, pues si bien el modelo de Dabove y la normativa ecuatoriana buscan proteger, existe el riesgo de deslizarse hacia un paternalismo que la voluntad del adulto mayor. Es imperativo interpretar los resultados a la luz del "modelo funcional" descrito por Bariffi, evitando caer en el "modelo de atribución directa" o por estatus que asocia vejez con incapacidad, estado que si permitiría la interdicción.

Los resultados normativos son claros al establecer límites técnicos: la condición de "persona adulta mayor no autónoma" no queda al arbitrio de la familia ni de la percepción subjetiva de un notario, sino que requiere una calificación técnica de un profesional de la salud especializado en geriatría, basada en dependencia severa y deterioro cognitivo grave.

Por consiguiente, aunque el consentimiento esté sometido a formalidades reforzadas, las autoridades deben atenerse estrictamente a los criterios legales para no restringir indebidamente la capacidad jurídica. La protección debe servir como un sistema de apoyos para la toma de decisiones, al modo que sugiere la Convención Internacional haciendo un simil en el caso de discapacidades, y no como una herramienta de interdicción encubierta que silencie la voz del adulto mayor bajo el pretexto de protegerlo.

La presente investigación, al ser de corte dogmático-normativo, se limita al análisis del "deber ser" estipulado en los textos legales. No se ha evaluado la eficacia sociológica de estas normas; es decir, se desconoce si en la práctica notarial y judicial ecuatoriana se está cumpliendo rigurosamente con el protocolo de consentimiento informado escrito exigido por el Reglamento, o si este se ha convertido en un mero trámite burocrático.

A partir de los hallazgos expuestos, se proponen nuevas líneas de investigación futura orientadas a profundizar en la eficacia y efectividad práctica del marco protector. En primer lugar, se pueden desarrollar estudios empíricos que, mediante el análisis de jurisprudencia o el trabajo de campo en notarías, permitan verificar la aplicación real y efectiva del documento de consentimiento informado. Asimismo, es crucial abordar el análisis de la nulidad para determinar con precisión las consecuencias jurídicas —ya sea nulidad absoluta o relativa— de aquellos actos celebrados por adultos mayores que inobserven las solemnidades prescritas en el Reglamento de la LOPAM. Finalmente, se sugiere profundizar en la figura de la captación de la voluntad, evaluando en qué medida la nueva normativa logra prevenir, o falla en contener, los abusos patrimoniales intrafamiliares indebidos.

Conclusión

Como conclusión, esta investigación permite establecer, de manera categórica que la República del Ecuador sí cuenta con un marco normativo específico y robusto para salvaguardar el consentimiento de las personas adultas mayores. Se ha superado la insuficiencia del régimen civil clásico, transitando hacia un sistema de protección reforzada anclado en la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores y su Reglamento General. Este cuerpo legal no se limita a declaraciones de principios, sino que operativiza la protección mediante requisitos de validez concretos que blindan la voluntad frente a la vulnerabilidad estructural propia de la vejez.

El estudio evidencia que las normas ecuatorianas han instaurado un nuevo estándar de consentimiento acorde al constitucionalismo contemporáneo y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este estándar abandona el consensualismo tradicional para imponer una solemnidad probatoria y tuitiva: el "consentimiento previo, libre e informado". Dicha figura jurídica exige no solo la ausencia de vicios (fuerza o dolo), sino una comprensión cualificada del acto, garantizada mediante la entrega de información accesible, culturalmente pertinente y su obligatoria constancia en un documento escrito con requisitos reglados.

Una contribución de este trabajo es la redefinición del rol de los operadores jurídicos en la contratación con adultos mayores, pues permite concluir que el notario o el juez, al tener el mandato legal de verificar este estándar riguroso y elaborar un documento de consentimiento separado y detallado, dejan de actuar como meros fedatarios de formas o firmas. Se transforman, en cambio, en un verdadero puente jurídico entre las personas, facilitando el desarrollo de sus actos jurídicos dentro de un marco de protección especial. Su función es la de garantes activos de la voluntad interna, asegurando que la autonomía del adulto mayor se ejerza libre de influencias, pero sin incurrir en restricciones injustificadas a su capacidad.

Finalmente, la investigación aporta al conocimiento existente al demostrar que la protección del consentimiento en la vejez no implica necesariamente la anulación de la capacidad jurídica (interdicción), sino la implementación de un sistema de autonomía asistida. El marco normativo ecuatoriano logra, teóricamente, un equilibrio complejo: protege contra la captación de voluntad y el abuso patrimonial mediante formalidades estrictas, al tiempo que respeta la agencia del adulto mayor, limitando la calificación de "no autonomía" a criterios técnicos gerontológicos y no a prejuicios familiares o sociales.

Referencias

Referencias Bibliográficas (Doctrina)

Alessandri Rodríguez, A. (1979). *De los contratos*. Editorial Jurídica de Chile.

Armijos, G. (2009). Poder económico y discriminación etaria: la tutela del adulto mayor como derecho humano emergente. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.

Bariffi, F. J. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del derecho comparado. En F. Bariffi & A. Palacios (Coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediar.

Claro Solar, L. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: Tomo Undécimo, De las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile.

Dabove, M. I. (2012). Voluntad, capacidad y derechos fundamentales en la vejez: el problema cotidiano de la autonomía jurídica frente al envejecimiento. En F. Bariffi & A. Palacios (Coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediar.

De Asís Roig, R. (2012). Sobre la capacidad. En F. Bariffi & A. Palacios (Coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediar.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato* (6.^a ed.). Editorial Aranzadi.

Lafaille, H., Bueres, A. J., & Mayo, J. A. (2009). *Derecho Civil: Contratos* (Tomo I, 2.^a ed.). La Ley; Ediar.

Vázquez, R. (2007). *Teoría del derecho*. Oxford.

DERECHO CRÍTICO: REVISTA JURÍDICA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

Vol. 8, Núm. 8, 2025 (1-25)

ISSN: 2953 - 6464

Referencias Normativas (Legislación Ecuatoriana)

Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). *Registro Oficial 449*. Asamblea Constituyente.

Código Civil [Codificación]. (2005, 24 de junio). *Suplemento del Registro Oficial No. 46*. Congreso Nacional del Ecuador.

Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores. (2019, 9 de mayo). *Suplemento del Registro Oficial No. 484*. Asamblea Nacional de la República del Ecuador.

Reglamento General de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores. (2020, 8 de julio). *Suplemento del Registro Oficial No. 241* [Decreto Ejecutivo No. 1087]. Presidencia de la República del Ecuador.