
PROYECTANDO LA VOLUNTAD HACIA AL MOMENTO EN QUE UNO YA NO PUEDA TOMAR DECISIONES: LA FACULTAD DE DESIGNAR CURADOR PARA SÍ MISMO

Julio César Barrenechea Gamio¹

RESUMEN

Mediante Ley 29633 denominada “Ley que Fortalece la Tutela del Incapaz o Adulto Mayor mediante la Modificación de Diversos Artículos del Código Civil”, se ha buscado proyectar y hacer vinculante la voluntad emitida por una persona mayor de sesenta años, quien en pleno uso de sus facultades, designa a la persona que deberá de ejercer su cuidado en caso aquella fuese declarada interdicta en un futuro.

El presente artículo pretende -a través de la exposición de dicha modificación legislativa-, presentar algunas interrogantes que suscita esta novísima institución jurídica.

PALABRAS CLAVE

Curatela. Curador. Institución de Amparo Familiar. Autocuratela. Autotutela. Ley 29633. Adulto Mayor. Incapaz.

ABSTRACT

Law 29633, called “ Law Strengthening Guardianship of Incompetent Persons or Senior Citizens by Amending Various Articles of the Civil Code,” aims at recognizing and making binding the will expressed by a person over sixty, who in full capacity, designates the person who will take care of him if he were declared legally incompetent in the future. This article aims-by describing the legislative amendment- at presenting some questions raised by this brand new legal institution.

KEY WORDS

Guardianship. Guardian. Family Protection Institution. Self-appointed Guardianship. Self-appointed Guardian. Act 29633. Senior. Elder. Incompetent.

ANTECEDENTES

Para América Latina como para la mayor parte del mundo occidental, las últimas décadas del siglo XX no sólo se caracterizaron por sus vertiginosos cambios en la economía, la cultura, la ciencia y la tecnología, sino que también fueron testigos -especialmente desde mediados de la década del sesenta-, de la profunda transformación del rol

de la mujer, de la organización familiar, y especialmente de la relación y trato entre sus miembros.

Es dentro de esta nueva forma de relación y trato intrafamiliar, que se ha venido observando un cambio de actitud respecto al tratamiento de las personas mayores, así como una disminución en la clásica función de apoyo que tenía la familia respecto al

cuidado de sus integrantes de mayor edad.

Debemos de entender que fue la preocupación por esta disminución en el deber moral de cuidado familiar, lo que motivó que el 23 de abril del 2008 la congresista Luisa María Cuculiza Torre presentara el Proyecto de Ley No. 2361/2007-CR, por el cual propuso que se incorporase a nuestro Código Civil, la

¹ Abogado, Profesor del Curso de Derecho de Familia en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE) y en la Universidad ESAN.

facultad de toda persona capaz, a nombrar a su propio curador en previsión de ser en el futuro declarado interdicta, proyecto de ley con el cual se buscó modificar a la figura clásica de la curaduría familiar, consistente en que en caso de interdicción de uno de sus miembros, sus familiares directos eran los llamados por ley y en primer orden a asumir el cuidado de su persona y sus bienes².

Lo anteriormente expuesto puede apreciarse de la propia exposición de motivos del precitado Proyecto de Ley, cuando la congresista Cuculiza Torre al momento de explicar sobre el objeto del cambio legislativo que proponía, consignó:

“La presente iniciativa legislativa busca ser un mecanismo de protección para aquellas personas que devengan en incapaces, evitando de esta manera que sean desamparadas por aquellas personas a las que legalmente les corresponde cuidarlo pero sin embargo, no pocas veces se aprovechan de su situación de indefensión” (El destacado es nuestro).

Con algunas modificaciones importantes -producto del proceso legislativo- al primitivo texto del proyecto de ley, el 17 de diciembre del 2010 fue publicada en el dia-

rio oficial “El Peruano”, la Ley 29633 denominada “Ley que Fortalece la Tutela del Incapaz o Adulto Mayor mediante la Modificación de Diversos Artículos del Código Civil”, y norma ésta en virtud del cual se incorporó a nuestra legislación el artículo 568-A del Código Civil, así como se modificaron los artículos 569 y 2030 de dicho cuerpo normativo, quedando redactado los mismos en el siguiente sentido:

“Artículo 568A. Facultad para nombrar su propio curador

Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp).

El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vinculada al juez. Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué

personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador”.

“Artículo 569. Prelación de curatela legítima

A falta de curador nombrado conforme al artículo 568A, la curatela de las personas mencionadas en los artículos 43, numerales 2 y 3, y 44, numerales 2 y 3, corresponde:

1. Al cónyuge no separado judicialmente o notarialmente, y que cumpla lo establecido en el artículo 289.
2. A los padres.
3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decide el juez, oyendo al consejo de familia necesariamente.
4. A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.
5. A los hermanos”.

“Artículo 2030. Se inscriben en este registro:

- 1.-Las resoluciones en que se declare la in-

² CÓDIGO CIVIL - “Artículo 569. La curatela de las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, corresponde:

1. Al cónyuge no separado judicialmente;
2. A los padres;
3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decidirá el juez, oyendo al consejo de familia;
4. A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior;
5. A los hermanos. (*)

- capacidad y las que limitan la capacidad de las personas.
- 2.-Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas;
 - 3.-Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad;
 - 4.-Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como su remoción, acabamiento, cese y renuncia;
 - 5.-Las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles;
 - 6.-Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación;
 - 7.-El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación;
 - 8.-La declaración de inicio del procedimiento concursal, así como los demás actos y

acuerdos registrables conforme a la ley de la materia;

9. *El nombramiento de tutor o curador*".

QUIÉNES PUEDEN DESIGNAR CURADOR PARA SÍ MISMOS

A diferencia del primigenio proyecto de ley, y por el cual se confería a toda persona mayor de edad con capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, la facultad de nombrar a su curador en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, la ley como fue aprobada, restringió esta facultad únicamente a la "persona adulta mayor" que goza del ejercicio de sus derechos civiles.

Efectivamente, conforme se desprende claramente del artículo 568-A del Código Civil, que fuera objeto de incorporación por la precitada Ley 29633, el mismo consigna:

"Artículo 568A. Facultad para nombrar su propio curador
Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública (...)"

Para efecto de definir qué debe entenderse por "persona adulta mayor", debemos remitirnos tanto a la Resolución 50/141 de 1996 de la Organización de las Naciones Unidas, como a la Ley 28803 (Ley de las

Personas Adultas Mayores)³, las cuales de manera concordante consideran como "persona adulta mayor" a toda persona mayor de sesenta (60) años.

Siendo ello así, tenemos que aún cuando el título de la Ley 29633 se ha denominado "*Ley que Fortalece la Tutela del Incapaz o Adulto Mayor mediante la Modificación de Diversos Artículos del Código Civil*", y partiendo de la premisa que la ley considera como "*fortalecer la tutela del incapaz*", al hecho de poder uno mismo y en pleno uso de sus facultades, designar a su propio curador en caso no desear que de ser declarado interdicto en el futuro, dicha designación recayese en alguno de los familiares a los que hacía referencia el artículo 569 o a quien en su defecto designase el Consejo de Familia, es el caso que no toda persona mayor de edad goza del beneficio que brinda esta norma tuitiva, sino sólo aquél que a la fecha de efectuar dicha designación por escritura pública, tenga por lo menos sesenta (60) años cumplidos y que se encuentre en pleno uso de sus facultades.

Tomando en consideración que no existiría una razón objetiva para que una norma cuyo intrínseco fundamento es precisamente el máximo respeto al principio de la autonomía de la voluntad, circunscriba la misma sólo a personas mayores de sesenta (60) años, hay quienes consideran ya que la citada ley pudiera ser inconstitucional, por atentar contra el principio a la igualdad ante la ley.

³ LEY 28802 - "Artículo 2". Definición. Entiéndase por personas adultas mayores a todas aquellas que tenga 60 o más años de edad".

No podemos dejar de mencionar, que ni en la Ley de Tutelas de Cataluña sancionada en 1996 (y donde se reconoce por primera vez en Iberoamérica el derecho de toda persona capaz a “*autodelegar*” su tutela -término éste extendido en España también a los mayores de edad incapaces), ni en la posterior ley española No. 41/2003 (la cual modificando los artículos 223 y 224 del Código Civil español, confirió asimismo el derecho a cualquier persona con capacidad de obrar suficiente y en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, el que pueda adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor para sí mismo), y normas éstas ambas que sin lugar a dudas han influido al legislador al momento de sancionar la ley en discusión, han restringido dicha facultad sólo a los “*adultos mayores*”, encontrándose la misma disponible para cualquier persona capaz y en pleno uso de sus facultades.

LAS PERSONAS EN QUE PODRÁ RECAER EL CARGO DE CURADOR

Conforme lo ha consignado el artículo 568-A del Código Civil, toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro.

Es el caso, que antes de la modificación legislativa materia de comentario, el artículo 515 del Código Civil, -el cual

es de aplicación a la curatela de conformidad con el artículo 568 del Código Civil⁴, establece qué personas no pueden ejercer el cargo de curador. Dentro de este rango de personas, tenemos:

1. A los menores de edad. Si fueran nombrados en testamento o por escritura pública, ejercerán el cargo cuando lleguen a la mayoría;
2. A los sujetos a curatela;
3. A Los deudores o acreedores del curado, por cantidades de consideración, ni los fiadores de los primeros;
4. Los que tengan en un pleito propio, o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, interés contrario al del curado;
5. Los enemigos del curado o de sus ascendientes o hermanos;
6. Los quebrados y quienes están sujetos a un procedimiento de quiebra;
7. Los condenados por homicidio, lesiones dolosas, riña, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil, o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres;
8. Las personas de mala conducta notoria o que no tuvieran manera de vivir conocida;
9. Los que fueron removidos de otra curatela.

Sucede, que a raíz de la modificación legislativa y por la cual evidentemente se habría

privilegiado el máximo respeto al principio de la autonomía de la voluntad frente a los vínculos parentales, surge la interrogante de si el cargo de curador pudiera recaer de todas maneras en alguna de las personas incursas en los impedimentos legales antes reseñados, si quien lo designó conocía perfectamente del impedimento pero aún así optó por designarlo, o si dichos impedimentos son de orden público y no puede en consecuencia expresarse voluntad en contrario.

Toda vez que el artículo 568-A del Código Civil prevé que la designación realizada por la propia persona “*vincula al Juez*” a cargo del proceso de interdicción, nos surgen asimismo las siguientes interrogantes: ¿De conformidad a lo previsto en el artículo 568-A del Código Civil, el Juez debe nombrar necesariamente a la persona que designara la persona adulta mayor al momento de encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles, o deberá éste verificar que la persona designada no se encuentra dentro de las personas impedidas para ejercer el cargo de curador?. ¿En caso de que la persona designada estuviese incurso en algunos de los impedimentos para ejercer el cargo de curador, podrá ser dicho nombramiento objeto de impugnación o posterior pedido de remoción por parte de los familiares del interdicto?. Estas preguntas no tienen por el momento respuesta expresa a nivel legislativo, por lo que las mismas deberán de ser resueltas por la jurisprudencia nacional.

⁴ CÓDIGO CIVIL - “Artículo 568. Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo”.

LA PLURALIDAD DE PERSONAS EN QUE PODRÁ RECAER LA DESIGNACIÓN

Por otro lado, y tomando en consideración que nuestra legislación recoge el principio clásico de unicidad en el nombramiento de curador que cuide de la persona y bienes del curado, sería conveniente precisar que cuando el artículo 568-A del Código Civil prevé que una persona adulta mayor pueda “nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro”, debiera de entenderse que dicho nombramiento plural de curadores para que ejerzan el cargo de manera simultánea, sólo sería posible cuando estemos frente al caso del futuro curado que tiene negocios que exijan conocimientos especiales para su administración y que no tenga el curador, en cuyo caso es procedente (y prudente) designar a un curador especial, tal y conforme expresamente lo faculta el artículo 606 inciso 6) del Código Civil.⁵

Siendo ello así, en caso de no presentarse el supuesto antes referido, resultaría contraria a la institución de la curatela -de la manera cómo se encuentra regulada en nuestro país-, el que se interprete que cuando el artículo 568-A del Código Civil prevé la posibilidad de que uno mismo pueda designarse curadores, ello implique -tal como sucede por ejemplo con los poderes o representaciones- que una persona pueda designar a dos o mas curado-

res para que por ejemplo los mismos ejerzan el cargo “de manera conjunta”.

LA FORMALIDAD PARA LA DESIGNACIÓN DE UN CURADOR

Como ha sido referido, el artículo 568-A del Código Civil prevé que aquel adulto mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles y en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos testigos, e inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp);

Siendo ello así, el notario que elija el adulto mayor para formalizar su deseo de nombrar a su propio curador, deberá entonces de verificar a través de su documento de identidad, que la edad del otorgante sea mayor de sesenta (60) años (pues de lo contrario estaríamos frente a un acto jurídico contrario a ley y al que hace referencia el artículo 19 de la Ley 26002 - Ley del Notariado), así como que éste se encuentre en pleno uso de sus facultades. Ahora bien, aun cuando nuestra legislación no prescribe la necesidad u obligación de que un adulto mayor de más de setenta (70) años presente un certificado médico de lucidez mental, tal y como en la práctica lo vienen solicitando los notarios públicos, éste tampoco pudiera ser compelido a no exigirlo, toda vez que el artículo 54 de la precitada

Ley 26002 prevé que el notario da fe de la capacidad del compareciente, quedando en consecuencia a criterio de éste el exigirlo o no.

Al momento de extender la escritura pública respectiva, el notario asimismo deberá de consignar que dos testigos han presenciado la suscripción de la escritura pública por parte de su otorgante. Debe mencionarse, que a diferencia del testigo testamentario, la Ley 29633 no precisa quiénes estarían impedidos para ser testigos de dicho acto jurídico, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 24 inciso a) de la Constitución, sólo estarían impedidos de ser testigos las personas a las que hace referencia el artículo 56 de la Ley 26002 (Ley del Notariado), esto es aquellos que no tengan la capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, o que estén incurso en algunos de los siguientes impedimentos:

1. Ser sordo, ciego y mudo;
2. Ser analfabeto;
3. Ser cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del compareciente;
4. Ser cónyuge o pariente del notario dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
5. Ser dependiente del notario; y,
6. Los que a juicio del notario no se identifiquen plenamente.

Queda entonces abierto el debate sobre si puede ser testigo del referido acto jurídico, la propia persona a quien el otor-

⁵ **CÓDIGO CIVIL** “Artículo 606.- Se nombrará curador especial cuando: (...) 6. Haya negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquél”.

gante desea designar como curador y que no se encuentre dentro de alguno de los impedimentos antes citados, pues aún cuando no fuese lo recomendable, tampoco existe norma legal que lo prohíba.

Finalmente, la precitada escritura pública deberá inscribirse en el Registro Personal de la Oficina Registral correspondiente al domicilio del interdicto, así como en la correspondiente a la ubicación de sus inmuebles de ser el caso, conforme a lo previsto en el artículo 2033 del Código Civil.

FACULTADES DE LAS QUE GOZARÍA QUIEN SEA NOMBRADO CURADOR AL AMPARO DE LA LEY 29633

El artículo 576 del Código Civil⁶, prevé que son funciones del curador, el proveer en lo posible al restablecimiento del curado, e internarlo -de así requerirlo y previa autorización judicial⁷- en un establecimiento adecuado, representándolo o asistiéndolo en sus negocios, según su grado de incapacidad.

Por su parte, consigna el artículo 577 del Código Civil⁸, que si bien el curador a cargo del cuidado del interdicto (o del curador especial que se designe para el cuidado de dichos bienes conforme prevé el artículo 606 inciso 6) del Código Civil), debe de administrar sus bienes y emplear principalmente los frutos que éstos generen en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento, para disponer de los mismos, se requiere expresamente de mandato judicial en ese sentido.

Sucede, que al consignar el artículo 568-A que al momento que una persona designe curador para sí mismo en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, puede *“establecer el alcance de (sus) facultades”*, inmediatamente nos suscitan nuevamente las siguientes interrogantes: ¿En caso que una persona designe curador para sí mismo y sólo le consigne alguna de las facultades previstas en el Código Civil, podrá el Juez ir mas allá de la voluntad de dicha perso-

na y concederle las facultades omisas?. En caso de respondernos negativamente a la referida pregunta, y tomando en consideración que dichas facultades omisas podrían ser aquellas que forman parte de la esencia misma de la institución de la curatela, ¿el Juez entonces estaría en la obligación de nombrar a otra persona para que tenga a su cargo dichas ausentes facultades?.

Cabría preguntarnos también, si al amparo de la facultad conferida por la Ley 29633 por el cual uno mismo pueda establecer el alcance de las facultades de su curador, sería o no posible otorgarle a éste facultades mayores a las previstas en la ley, por ejemplo el de disponer de bienes sin tener que requerir autorización previa. Ninguna de estas interrogantes tienen una respuesta expresa en nuestra legislación, por lo que deberá ser la Jurisprudencia quien vaya orientando el camino que tomará esta novísima modificación legislativa.

⁶ **CÓDIGO CIVIL - “Artículo 576.**- El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios”.

⁷ **CÓDIGO CIVIL - “Artículo 578.** Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia”.

⁸ **CÓDIGO CIVIL - “Artículo 577.** Los frutos de los bienes del incapaz se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario se emplearán también los capitales, con autorización judicial”.