



Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**La curatela, aspectos legales y doctrinarios en Guatemala y
el derecho comparado**
(Tesis de Licenciatura)

Olga Estella Portillo

Guatemala, agosto 2024

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**La curatela, aspectos legales y doctrinarios en Guatemala y
el derecho comparado**
(Tesis de Licenciatura)

Olga Estella Portillo

Guatemala, agosto 2024

Para los efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1°. Literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **Olga Estella Portillo**, elaboró la presente tesis titulada: **La curatela, aspectos legales y doctrinarios en Guatemala y el derecho comparado.**

AUTORIDADES DE UNIVERSIDAD PANAMERICANA

M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Rector

Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrectora Académica

M. A. César Augusto Custodio Cobar

Vicerrector Administrativo

EMBA. Adolfo Noguera Bosque

Secretario General

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Guatemala, 22 de octubre de 2022

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

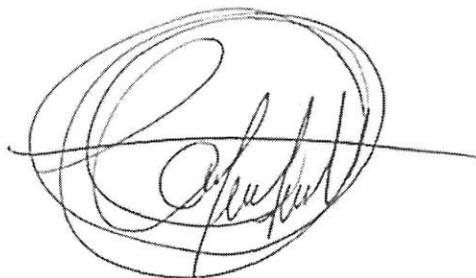
Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como asesor del estudiante **Olga Estella Portillo**, ID 000077493. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brindé acompañamiento a la estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada: *La curatela, aspectos legales y doctrinarios en Guatemala y el derecho comparado*.
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,

Licda. Astrid Mariela Carrillo Figueroa

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, circular flourish on the left and a more linear, cursive signature on the right, all enclosed within a thin, irregular oval border.

Astrid Mariela Carrillo Figueroa
Abogada y Notaria



LCDA. GLADYS JEANETH JAVIER DEL CID
Abogada y Notaria

Guatemala, 31 de octubre 2023

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

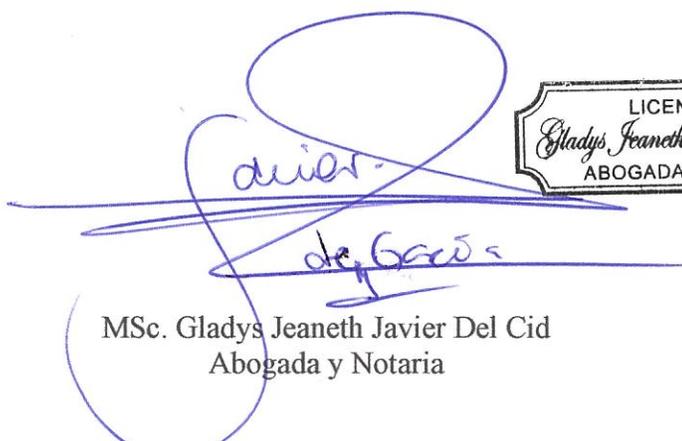
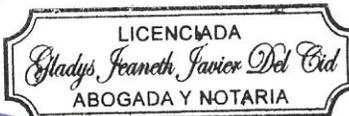
Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **revisora metodológica** de la tesis del (la) estudiante **Olga Estella Portillo**, ID 000077493, titulada: **La curatela, aspectos legales y doctrinarios en Guatemala y el derecho comparado**. Se le advirtió sobre el respeto al derecho de autor y que en caso opuesto incurriría en plagio, lo que constituiría una infracción académica muy grave, aduciendo que el único responsable del contenido de la tesis es el estudiante.

Al respecto me permito manifestarles que, la versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y de fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio, que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,



MSc. Gladys Jeaneth Javier Del Cid
Abogada y Notaria



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo; adquiere sabiduría"

Ref. O.I. 171-2024

ID: 000077493

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **OLGA ESTELLA PORTILLO**

Título de la tesis: **LA CURATELA, ASPECTOS LEGALES Y DOCTRINARIOS EN GUATEMALA Y EL DERECHO COMPARADO**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y de la Justicia, así como los títulos de Abogada y Notaria, la estudiante ya mencionada, ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por la tutora, Licenciada Astrid Mariela Carrillo Figueroa de fecha 22 de octubre del 2022.

Tercero: Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por la revisora, MSc. Gladys Jeaneth Javier Del Cid de fecha 31 de octubre del 2023.

Por tanto,

Autoriza la impresión de la tesis elaborada por la estudiante ya identificada en el acápite del presente documento, como requisito previo a la graduación profesional.

Guatemala, 30 de julio del 2024

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

☎ 1779

🌐 upana.edu.gt

📍 Diagonal 34, 31-43 Zona 16

Dedicatoria

A Dios: Por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y no rendirme por brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad y concederme la bendición de lograr uno de mis grandes sueños gracias a su bondad y sabiduría.

A mi hija: Elissa Samantha Portillo Portillo: Mi princesa gracias por estar siempre conmigo en el largo camino para alcanzar mi triunfo te lo dedico con todo mi amor, eres mi motivación, mi sentido de vida, el anhelo de salir adelante, progresar y culminar con éxito esta meta, agradezco a Dios por tener una hermosa hija.

A mi Esposo: Ing. Cesar Armando Portillo Marroquín. Gracias por su apoyo, cariño incondicional por impulsarme, exigirme, y creer en mí en concluir mi carrera.

A mi Mamá: Lidia Estela Portillo Galdámez. Desde el cielo por derramar sus bendiciones y cuidarme. Te quiero mucho. (QPDE).

A mi Papá: Emilio Orellana. Gracias por apoyarme siempre creer en mí, aunque hoy no está a mi lado sus recuerdos y consejos serán imborrables. Te quiero mucho Papa. (QPDE).

A mi Tía: Irma Yolanda Portillo Galdámez. Gracias por haber sido como mi segunda madre, ser una guía en mi vida y por su amor.

A mi Familia: Personas especiales que me apoyaron desde mi niñez y contribuyeron a culminar mis estudios.

Gracias a todas aquellas personas que han sido parte de mi vida y por ser ángeles y brindarme sus consejos, amistad y apoyo incondicional en mi carrera universitaria.

Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Índice

Resumen	i
Palabra clave	ii
Introducción	iii
La curatela	1
Aspectos legales y doctrinarios de la figura en Guatemala	28
La curatela en el derecho comparado	47
Conclusiones	73
Referencias	75
Anexo	80

Resumen

El presente estudio consistió en un análisis de derecho comparado sobre la figura de la curatela, institución que se encarga de regular todo lo relacionado sobre los derechos de las personas con discapacidad física e intelectual, lo que la hace diferente de la tutela o patria potestad, porque va enfocada específicamente hacia las personas con algún tipo de discapacidad; esta figura jurídica no se encuentra regulada en Guatemala y esa fue la razón por la que se analizó la normativa jurídica de los países de España, México y Argentina en busca de proponer mejoras a la normativa interna. El primer objetivo específico consistió en investigar la figura de la curatela desde el punto de vista doctrinario, sus orígenes, evolución y sujetos que intervienen. Asimismo, el segundo objetivo se refirió a analizar los aspectos legales y doctrinarios de la figura de la curatela en Guatemala, sus efectos legales y patrimoniales.

El objetivo general fue investigar cómo se encuentra regulada la figura de la curatela en España, México y Argentina para establecer las diferencias y similitudes entre ellos y proponer incluirla en la legislación guatemalteca. Se concluyó que, los orígenes de la curatela se remontan al derecho romano y las personas vinculadas a la figura son el curador y asistido; asimismo, se constató que en Guatemala no se encuentra regulada tal figura. Por último, se determinó que Guatemala no ha cumplido con los compromisos adquiridos en el marco de la Convención

de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la cual Guatemala es parte integral.

Palabras clave

Curatela. Patria Potestad. Tutela. Curador. Discapacidad.

Introducción

En Guatemala, dentro del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno se encuentran reguladas las figuras de la tutela y la patria potestad, figuras que se destinan a regular todo lo relacionado a quién ejercerá la guarda y custodia de las personas menores de edad o mayores de edad con alguna discapacidad, o declarados en estado de interdicción; en el caso de la primera, los guardadores serán los padres de los menores; con la segunda figura, en caso de que no sean los padres se nombra a un tutor para guardar y custodiar tales derechos. Sin embargo, a nivel internacional, existe además la figura de la curatela, generalmente se le conoce como aquella institución que se encarga de salvaguardar y proteger los derechos de las personas con discapacidad; por lo que, por ser una figura poco conocida, se consideró necesario realizar un análisis de algunas legislaciones, en esta oportunidad se tomaron, el Código Civil de España, el Código Civil y Comercial de Argentina, y el Código Civil Federal para la Ciudad de México.

Según el objetivo específico uno, se investigará la figura de la curatela desde el punto de vista doctrinario, sus orígenes, evolución, y sujetos que intervienen; conforme al objetivo específico dos, se analizarán los aspectos legales y doctrinarios de la figura de la curatela en Guatemala, sus efectos legales y patrimoniales. De acuerdo con el objetivo general, se comparará cómo se encuentra regulada la figura de la curatela en España,

México y Argentina y se establecerán las diferencias y similitudes con la legislación guatemalteca; se considera que las razones que justifican el estudio que se realizará son varias, entre ellas, el tema de la curatela es poco conocido, por lo que su desarrollo contribuirá al acervo jurídico dentro del contexto social y científico de los profesionales y estudiantes del derecho.

Por lo que a través de un estudio de derecho comparado se analizarán las normativas civiles de los países citados en donde se regula la figura. Este contará con tres subtítulos, el primero, la curatela; se desarrollará lo relativo a sus antecedentes, definición, sujetos que intervienen en la declaración de la curatela, causas de la declaración de la curatela, la curatela en el marco de los derechos humanos, y los efectos legales y patrimoniales; en el subtítulo dos se analizará lo concerniente a la regulación legal, definición, denominación doctrinal y aspectos legales de la figura en Guatemala, así como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad desde la perspectiva de la curatela.

Por último, en el subtítulo tres, se investigará lo relativo a la curatela en el derecho comparado, para lo que se analizarán, el Código Civil de España, el Código Civil y Comercial de Argentina y el Código Civil Federal para la Ciudad de México, lo que permitirá establecer los efectos legales, patrimoniales, las similitudes y las diferencias entre dichas

legislaciones. Del desarrollo de estos tres subtítulos se lograrán establecer los presupuestos de ofrecer un sustento y el fundamento al presente trabajo de tesis. Finalmente se estableció algunas consideraciones especiales con relación al tema de la curatela lo que permitirá dar una panorámica más amplia, así como, determinar los puntos más relevantes de la curatela en cada país.

La curatela

En el criterio generalizado de los distintos estudiosos del derecho que desarrollan la figura de la curatela, esta es concebida como la institución regulada dentro de la rama del derecho civil, que tiende a proteger el patrimonio de las personas con discapacidad, es decir, sin plena capacidad de obrar. Para algunos cuando se habla de capacidad de obrar, se refiere a la facultad de ejercer actividades que produzcan efectos jurídicos frente a terceros; como es sabido, en la mayoría de las legislaciones de índole civil, a partir de los 18 años, la persona adquiere capacidad de obrar jurídicamente hablando, siempre que esta no se declare limitada a través de un proceso judicial que provoque su modificación.

En este orden de ideas, las personas con discapacidad y los menores de edad, pueden encontrarse limitados en determinado momento en el desenvolvimiento de ciertos actos jurídicos; en el caso de los primeros con relación al ejercicio de su capacidad jurídica, tema central de este tema de investigación y con los que se vincula directamente la figura de la curatela, en el caso de los segundos podría citarse de ejemplo, lo que regula la legislación guatemalteca con relación a la capacidad que tienen los menores para contratar y obligarse en materia laboral. Lo cierto es que, su ejercicio y limitaciones dependerán íntegramente de la forma en la que cada Estado la regule dentro de su normativa interna.

Antecedentes

El origen de la figura de la curatela de acuerdo con lo expuesto por distintos escritores jurídicos se deriva del verbo *tueor*, que quiere decir defensa o protección; la que de acuerdo con lo que establecía el derecho romano clásico, era un poder o potestad que se constituía sobre una persona libre, cuya finalidad era la de proteger a quien no tenía la capacidad de hacerlo por sí mismo, como consecuencia de su edad o por su condición de desvalido. La institución de la curatela, también se abordó dentro de la escuela de los postglosadores, así como, en las legislaciones de los distintos reinados peninsulares. Por su estrecha relación con la patria potestad como elemento inicial para su surgimiento, se realizará un breve análisis de esta, tomando como punto de partida la *patria potestas*.

Los antecedentes señalan que esta figura, tenía lugar cuando el padre ejercía la patria potestad sobre sus hijos, siempre que hubiesen nacido dentro de un matrimonio legítimo, y que el padre fuera ciudadano romano; se señala además que, es así como nace primeramente el vínculo paterno-filial visualizado desde una perspectiva distinta, pues inicialmente era coercitivo y posteriormente un poco más benevolente, incluso se consideraban a padre e hijo dentro de una misma persona, de lo cual surge el criterio que ya no se enmarcaba a dicho vínculo dentro del derecho civil sino dentro del derecho natural, lo que significó que toda adquisición

hecha por el hijo, automáticamente pasaba a la propiedad del padre, a menos que este no la aceptara.

Dentro de la historia también se cuenta con el antecedente de la doctrina medieval, en esta se admitía a la figura del tutor o del curador como efecto de la patria potestad, haciendo referencia a este, como un cargo público y civil, al que cualquier persona quedaba sujeta si no demostraba fehacientemente la existencia de las causas que se lo impedían, de ser así, se nombraba a otra persona que de igual forma debía llenar los requerimientos establecidos y no tener impedimento alguno para el desempeño del cargo. Dentro de los impedimentos más importantes se puede mencionar, el ser mayor de 70 años, carecer de bienes, o ser obispo por considerarse que reñía con su investidura eclesiástica.

Para Obarrio Moreno, (2011):

Dada la trascendencia de la institución y de su carácter tuitivo, en la literatura jurídica hallamos tipificadas un *número clausus* de causas eximentes, a saber:

1. Haber cumplido la edad de setenta años
2. Ser senador o magistrado en ejercicio.
3. Carecer de bienes.
4. Tener, al menos, cuatro hijos.
5. El nombramiento de un noble en la curatela de un plebeyo.
6. Ser Duque, Conde Obispo o persona ilustre.
7. Hallarse enfermo, ciego, mudo, sordo o en situación semejante.
8. Los clérigos coronados. (p. 100)

De lo anteriormente citado se puede deducir que la tutela o la curatela, podían ser ejercidas como un cargo público siempre que no concurren ninguno de los supuestos mencionados, pero se considera que estas circunstancias como tal, no limitaban los poderes jurídicos de la persona sujeta a estas, sencillamente vienen a ser un elemento adicional de su capacidad, claro está, con el objeto de proteger el patrimonio que se encuentra en juego. Un aspecto particular es, dentro de estos eximentes se mencionan algunos que guardan cierta similitud con algunos términos contemplados dentro de las distintas legislaciones civiles actuales, como, por ejemplo, la ausencia, el tener la condición de ciego, sordo, mudo y algunos de estos en particular regulados como impedimento para otorgar testamento dentro de la legislación guatemalteca, resaltando particularmente, el otorgado por una persona sorda.

En el derecho romano, al momento de nombrarse al tutor o el curador, se contaba con el plazo de 50 días para hacer efectivas las alegaciones de inconformidad del cargo, desde el momento en que se le daba a conocer su nombramiento, de lo contrario se tomaba como una aceptación tácita, de lo que se originaba que, de no invocarse ninguna eximente, ni entrar en la administración del patrimonio del menor o desvalido, se le tachará en determinado momento de negligente o mal administrador. Adicionalmente, también se podía dar la renuncia tácita, cuando se daba testimonio de alguna de las excepciones mencionadas, lo que significaba la imposibilidad de una ulterior alegación de condición eximente. Cabe

señalar que esta condición no se aplicaba cuando el cargo había sido aceptado, o la misma persona era elegida para una segunda tutela o curatela, siempre que el ordenamiento le permitiera renunciar.

Mientras que los segundos por su condición, se encontraban sujetos a requisitos más estrictos, pues no únicamente se vendían mediante subasta pública, sino que esta, debía realizarse al alcanzar los bienes su máximo valor, de no ser así, era el curador o tutor quien debía responder como efecto de su cargo por lo no percibido. Posteriormente surgen en la literatura tardo-medieval, algunos supuestos para justificar el nombramiento de un curador, siempre que la persona a la que se le destinara este representante hubiese cumplido 25 años, entre ellos, los lunáticos, los necios, los fatuos, los ancianos decrepitos, los mudos y sordos, los enfermos y las mujeres, estas últimas como efecto de su carácter débil y lisonjero, el cargo se establecía por un tiempo determinado, salvo que se demostrara que como efecto de su proceder lujurioso este debía ejercerse por tiempo indefinido.

Al entrar en vigor el *ius commune* permaneció inerte la disposición de que los menores, los enloquecidos, los ausentes, los pródigos y los mentecatos no poseían la capacidad jurídica para comparecer personalmente en juicio, lo que hizo obligatorio el nombramiento de un curador. En la actualidad la figura de la curatela es estudiada principalmente dentro de la legislación valenciana. Inicialmente en el Reino de Valencia se nombraba a un *curator ad-lites*, cuando se trataba de un menor de siete años, pues siguiendo la corriente del *ius commune* se consideraba que este no poseía capacidad ni para postular, ni para comparecer personalmente en un proceso. (Obarrio Moreno, 2011, pp.378 - 380)

Para Obarrio Moreno, (2011):

La doctrina tardomedieval configuró un catálogo claro y preciso de quiénes estaban sujetos a la curatela *ad lites*. Así:

1. El mentecato, el furioso, el frenético, el perturbado mental, el pródigo.
2. La herencia yacente, por entenderse que era una persona capaz de intervenir en juicio.
3. El ausente, el vagabundo, y todos aquellos cuyo paradero se ignoraba.
4. A quien se hallaba en quiebra o en situación económica precaria.
5. Los mudos y los sordos, ya lo fueran de nacimiento o por accidente.
6. Pero no así con los que se hallaban ausentes a las horas acostumbradas en los lugares previstos. (p. 380)

De acuerdo con lo citado por el autor, se considera que de alguna forma se estaban limitando los derechos individuales de las personas, el carecer de las facultades de audición o sordera el cual, no restringe las capacidades intelectuales de la persona; por lo que, si estos factores eran considerados importantes para declarar a una persona incapaz, y por ende no se le permitía apersonarse e intervenir en un juicio, se atentaba contra su patrimonio y sus derechos fundamentales. Sin embargo, en relación con la declaratoria de ausencia, se estima que, sí es procedente, porque era necesario contar con una persona responsable de administrar los bienes de aquellos de quien se desconocía su paradero.

Definición

De lo anotado previamente se puede inferir que, la curatela es una de las formas de guarda legal, generalmente visualizada en las distintas doctrinas y legislaciones en las que se desarrolla como, un mecanismo de

apoyo destinado a proteger el patrimonio de las personas con discapacidad que necesitan asistencia en los distintos ámbitos de su vida, incluyendo el jurídico, es importante resaltar, que por su similitud con la tutela, algunas legislaciones guardan aún una estrecha relación entre ambas figuras, incluso no conciben la existencia de la primera sin la previa existencia de la segunda, por lo que el tutor aparece en algunas ocasiones como el fiscalizador del curador designado. “La curatela es medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica mediante resolución cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad” (Real Academia Española, s.f. definición).

Para Guillarte Martin, (1997).

Como aquella institución tutelar de carácter estable, pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto de un curador que completará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o en la sentencia. (p.113)

De lo anterior se puede deducir entonces que, la curatela es aquella institución que se origina como mecanismo de asistencia para el actuar y desenvolvimiento de las personas con discapacidad y los menores de edad en el entorno jurídico, con la finalidad de salvaguardar su patrimonio. Por lo que dicha figura, se considera como un medio de defensa y observancia de los derechos de este tipo de personas. “Puede definirse la curatela como: la institución de guarda legal que tiene por objeto la intervención del curador en aquellos actos que señala la ley o la sentencia de

incapacitación” (Enciclopedia jurídica, 2020, párrafo 1). Es de resaltar que, cuando se habla de personas con discapacidad, estas deben ser mayores de edad, de lo contrario se contemplarían dentro del segundo supuesto, pero el fin es el mismo, proteger los bienes de cualquiera de estos individuos, derecho que será ejercido por el curador nombrado para el efecto.

Sujetos que intervienen en la declaración de la curatela

Hoy en día la discapacidad puede visualizarse desde diferentes aristas, pues dentro de este contexto se encuentran niveles diversos de dependencia, y de acuerdo a las normativas que regulan de forma expresa a la institución de la curatela, no por ser diferentes, quedan excluidos al momento de tomar decisiones, tanto en el nivel social como en lo que se refiere a derechos personales y patrimoniales; estas circunstancias principalmente han provocado que distintos Estados tomaran la decisión de incluir dentro de sus legislaciones, mecanismos de apoyo o auxilio apropiados para salvaguardar el patrimonio de estas personas que aparentemente se encuentran en condiciones de desventaja, pero sin violentar de forma alguna su autonomía. Lo que originó el nacimiento de la curatela como la vía legal adecuada en materia de guardadora y protección, aplicable a los distintos niveles de eficiencia y la más aconsejable por su flexibilidad en materia de custodia patrimonial.

La curatela es desarrollada dentro del derecho de familia, como una figura jurídica para velar por las personas mayores de edad que adolezcan una discapacidad física, intelectual y la imposibilidad de administrar sus bienes y ejercer sus derechos y obligaciones. Siendo el sujeto activo de la curatela el curador que tiene la finalidad de ser cuidador, administrador, guardador y representante en sus actos. Por lo que, se visualiza comúnmente dentro del régimen jurídico de asistencia o vigilancia, de protección, adecuándose al nivel de discapacidad de cada caso concreto, prevaleciendo el interés patrimonial, pero no necesariamente restringido a este; estos factores han incidido en que esta institución sea confundida en algunas ocasiones con la figura de la tutela, y aunque inicialmente se señaló que se estudiaban de forma conjunta, en la actualidad se estudian de forma separada. En ese orden de ideas, se estima debe aclararse a que se refiere la tutela, de acuerdo con el criterio de algunos civilistas, se le concibe como un órgano de actuación más o menos habitual, destinado a ejercer la representación de aquella persona que carece de capacidad de obrar siempre que no esté sometido al régimen de la patria potestad; generalmente es la figura más analizada y regulada dentro de los distintos códigos civiles y de familia por la flexibilidad de adecuación y la multiplicidad de situaciones a las que puede aplicarse. Por su parte, la curatela, aunque también es analizada como un órgano, se diferencia de la primera por aplicarse a situaciones no habituales, aunque más flexible

en cuanto a formar parte de un elemento adicional de la capacidad de obrar, ya sea por disposición de terceros o por orden judicial.

Lo anterior derivado del hecho de que la persona sometida a curatela, generalmente no es una persona incapaz, cuenta con capacidad, pero de forma limitada, aunque su capacidad de obrar y conservar el derecho de actuación y de iniciativa, complementándose para su actuar con el curador, quien le vigilará, aconsejará y asistirá para el perfeccionamiento y consumación de determinados actos jurídicos, relativos con su persona y sus bienes. Entonces, los sujetos beneficiados con la implementación de la institución de la curatela como una forma de protección tutelar, serán los incapacitados, sin embargo, dentro de estos coloca en posición de ventaja a los discapacitados, por lo general por el poco conocimiento de la curatela hay quienes ignoran que estos últimos en la actualidad, gozan de resguardo tutelar por la adecuación de la figura.

En este sentido, hay quienes consideran que la discapacidad, implica cualquier tipo de restricción o la ausencia total o parcial de la capacidad para realizar determinada actividad dentro del contexto de la normalidad. Por lo que, analizan a los discapacitados como personas con un alto grado de minusvalía, que les impide valerse por sí mismos, lo que implica que la curatela es garante de sus derechos, al tratarse de personas que pueden ser altamente dependientes por su grado de minusvalía, aunque conserven su capacidad de autogobierno, pueden incluso conjugarse dos factores

dentro de la misma persona, una discapacidad física y una intelectual, reforzando así la necesidad de nombrar a un curador para asumir determinadas posturas o tomar decisiones de relevancia con la finalidad de proteger el patrimonio del discapacitado y su propia persona.

Cabe resaltar que esta circunstancia puede ser temporal o permanente, en el primero de los casos al transcurrir el plazo establecido normalmente por orden judicial, queda sin efecto el nombramiento y por ende la curatela. Finalmente, no se debe dejar de lado que esta figura también es aplicable como mecanismo de protección para los menores de edad cuando estos no se encuentran sujetos a la tutela, entonces, los sujetos que intervienen dentro de esta institución serán el discapacitado y/o incapacitado, el menor de edad y el curador, que podrá ser nombrado por terceros es decir por los padres como medida de prevención en caso de que el menor se quede desprotegido o por orden judicial de juez competente si se tratara del primer supuesto.

Corresponde ahora analizar la figura del curador, su función es principalmente en intervenir en representación de una persona que carezca de capacidad y actuación en aquellos actos en los que los menores de edad por su condición no puedan intervenir personalmente o realizarlos por sí solos. Ahora bien, en el caso de los incapacitados, la asistencia del curador quedará sujeta a lo dispuesto por el juez expresamente en la sentencia. El cargo de curador podrá desempeñarlo cualquier persona mayor de edad que de acuerdo al criterio de la autoridad competente, posea la aptitud para desempeñar tal función; del mismo modo, el cargo podrá ser adjudicado a las fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro, siempre que dentro de sus fines se encuentre expresamente establecida la asistencia de personas con discapacidad. (Galiano Maritan, G. 2012, párr. 1)

Para Delgado Giménez, (2022): no podrán ser curadores:

1. Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo.
2. Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección.
3. Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. Tampoco podrán ser designados, salvo circunstancias excepcionales, quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela; quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo; el administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal; o quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona. (párrafo 1)

Como puede observarse, al igual que en las condiciones para nombrar curador, tanto la persona que necesite la asistencia como al juez, les compete expresamente ejercer el derecho de exclusión del cargo de curador a determinada persona, pero adicionalmente se toman en cuenta otros factores importantes, como el hecho de que la persona que pretenda ser curador, no podrá ejercer el cargo, si le han sido suspendidos los derechos de patria potestad de forma parcial o total; igual condición aplicará si al estar desempeñando el cargo ya con anterioridad, se le removiera de este por orden judicial, ni los condenados por algún delito que afecte los intereses de la persona que precise la intervención del curador.

Causas de declaración de curatela

Es común encontrar dentro de la figura de la curatela inmerso el término asistencia, en sí, este es el criterio adoptado por quienes la han analizado y desarrollado doctrinariamente, en sentido general, la visualizan como una medida de protección enfocada directamente hacia las personas mayores de edad que sufren alguna limitación, disminución o deficiencia física o intelectual, claro está, sin que estos supuestos fundamenten una declaratoria de incapacidad judicial; cualesquiera de estas circunstancias lo que provocan es, que la persona afectada, se encuentre en la necesidad de acudir a la intervención de otra persona, con la finalidad de proteger su patrimonio. Esta intervención tiene lugar expresamente por facultad de la ley, entonces es el asistido quien padece la limitación en cualesquiera de sus manifestaciones, a quien le asiste el derecho de solicitar al juez competente, el nombramiento en este caso del curador.

Durante los últimos años, en los distintos países en donde se regula expresamente la curatela, bien como una figura o como una institución, la solicitud de un curador para asistir a personas en situación de dependencia ha venido en ascenso, en países de la Unión Europea por ejemplo, ha sido notable el incremento de esta circunstancia, factores como, el aumento de personas de la tercera edad, el notable descenso de la natalidad, la elevada tasa de supervivencia de personas con discapacidad, bien por alteraciones congénitas, enfermedades, accidentes laborales o de tráfico, y el

surgimiento de nuevas enfermedades causantes de discapacidades, han sido las principales causas de reforma en las distintas legislaciones civiles, con el objeto de contemplar a la curatela como un mecanismo de protección.

Cuando una persona es consciente de que aún no ha perdido su capacidad de autogobierno, y esto le permite ser consciente de que la limitación que padece le impide tomar algunas decisiones por sí misma, es cuando puede solicitar la intervención del curador, para que le asista en la toma de decisiones que le competen. Algunos estudiosos del derecho civil consideran, esta intervención positiva, pues permite poner en marcha un mecanismo de protección, mientras el asistido aún goza de cierta autonomía personal; en ese sentido consideran, que existen algunas afecciones psíquicas que pueden disminuir el entendimiento y la voluntad de la persona sin anularlas, por consiguiente, la persona del asistido, solo necesitará un asesoramiento externo que le permita contar con una explicación clara de las circunstancias que rodean los intereses que de este se encuentren en juego, para tomar las decisiones que más se adecuen a su condición.

Es importante recalcar que, las limitaciones a las que se hizo alusión previamente, no deberán ser de gravedad y por ende objeto de una declaratoria de incapacitación judicial, los distintos analistas del tema sugieren que se podría estar ante una capacidad disminuida, en la que

aunque no se reúnen todos los requisitos necesarios para considerarse a una persona incapaz, no le permite desarrollar con plenitud sus aptitudes mentales, que bien puede ser por la edad, o cualquiera de las afecciones ya mencionadas; podría hablarse entonces de una situación intermedia, que si bien es cierto, no priva al asistido de conducirse con raciocinio y asumir las consecuencias de sus decisiones, es necesario que cuente con una persona que le asista en el entorno jurídico, y que le brinde la posibilidad de decidir y actuar, bajo los parámetros establecidos por la ley.

La curatela, por tanto, es considerada como una medida de protección de naturaleza transitoria, generalmente destinada a brindar atención y asistencia a aquellos grupos de personas que presentan disminución o deficiencia mental de leve a moderada, pero que podría ser progresiva con el tiempo, lo que provocaría finalmente la declaratoria de incapacidad del sujeto, es en este punto en donde radica la relevancia de esta figura. Sin embargo, se estima que la intervención del curador podría ser de forma definitiva o permanente, lo que dependerá de la dolencia del asistido, toda vez que esta no le permita retomar la normalidad de sus actividades, tanto sociales como jurídicas; de igual forma la asistencia del curador, puede quedar sin efecto si se llegara a considerar que la persona ha recuperado su autogobierno.

En las distintas normativas en las que se regula la figura de la curatela, se le configura como un mecanismo de protección del procedimiento judicial tendiente a la declaratoria de incapacidad, tendiente a salvaguardar la situación patrimonial del afectado, pues al encontrarse en un estado influenciado, sugestionable y de indefensión, le consideran en riesgo de ser manipulado por sus familiares, o terceras personas interesadas en apoderarse de sus bienes o dinero, forzándole a firmar documentos a su favor tomando en cuenta que el procedimiento judicial para declarar la incapacitación de una persona que se caracteriza en ser un procedimiento eminentemente contencioso contradictorio, en el que las partes se verán enfrentadas; y que finalmente la demandante por encontrarse en condiciones de ventaja, intelectualmente hablando, logrará su pretensión, la figura de la curatela surge como medio de prevención ante la ocurrencia de este posible proceso.

Finalmente, algunos legisladores consideran que la causa principal que propicia el nombramiento de un asistente, y por ende el establecimiento de la figura de la curatela, es proteger los intereses de las personas que carecen de una discapacidad física o mental en este sentido, consideran que al hablar de incapacitación, se está haciendo referencia al impedimento total de autogobierno, ya sea por una deficiencia de tipo físico, sensorial o psíquico, de igual forma, se enmarca dentro de este supuesto, la falta de capacidad natural para toma de decisiones o cuidar de sus intereses personales o patrimoniales. Por lo tanto, las

disminuciones no incapacitantes, son las que provocan el nombramiento del curador por un juez competente para cuidar a la persona con discapacidad y ejercer la administración de sus bienes, que se prevé de forma temporal.

Las causas que motivan que se origine la curatela, son aquellas enfermedades, disminuciones o deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, puede ser de carácter temporal o definitivo dependiendo de las circunstancias o gravedad de la afección, que disminuyen en grado leve o moderado la capacidad de autogobierno de una persona, y que surge como una alternativa dentro de un procedimiento judicial de incapacitación, o una medida de protección posterior para una persona anteriormente declarada parcialmente incapacitada, con el objeto de resguardar sus derechos patrimoniales; en definitiva se estima que lo que se persigue con la constitución de la curatela, es brindar la oportunidad al asistido, de decidir sobre su patrimonio ante la existencia de perder su capacidad de forma definitiva. (Galiano Maritan, G. 2012, p. 57-87)

La curatela en el marco de los derechos humanos

Actualmente, el tema de los derechos de las personas con discapacidad ha cobrado especial importancia, a nivel internacional se ha prestado especial atención a los aspectos relacionados con salvaguardar el patrimonio, derivado de esto, el 13 de diciembre de 2006 se celebró la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, bajo los intereses comunes de los Estados parte, de proteger los derechos de las personas con discapacidad y garantizando que tengan todos los derechos y libertades que las demás personas de modo que puedan participar plenamente en la sociedad. El propósito de la convención citada es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad

de todos los derechos humanos y respecto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad.

En ese sentido, dentro del contexto, personas con discapacidad, comprende a aquellas que posean deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que les impidan interactuar de forma plena y efectiva en la sociedad. Por lo que pretende promover y proteger los derechos y dignidad de las personas con discapacidad, con lo que se contribuirá a colocarlas en condiciones de igualdad, en el ámbito político, económico, social y cultural, tanto en los países desarrollados como en los que se encuentran en desarrollo; lo que denota el interés por el respeto de los derechos humanos de estas personas y el interés por salvaguardar su condición sin que esta constituya limitación alguna para su desarrollo en los distintos niveles. Según, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016), los principios de la presente convención serán:

- 1) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual;
- 2) La no discriminación;
- 3) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- 4) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- 5) La igualdad de oportunidades;
- 6) La accesibilidad;
- 7) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- 8) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Es evidente que, dentro de los principios citados, se le presta especial atención al respeto a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, incluyendo dentro de este contexto la libertad en la toma de decisiones y la independencia de la que deben gozar en sus actuaciones, lo que las coloca en condiciones de igualdad con relación a las demás personas; es importante mencionar, que en estos supuestos se puede encuadrar perfectamente la figura de la curatela, pues le compete a la persona discapacitada decidir a quién quiere nombrar como curador, con independencia de lo que puedan pensar las demás personas. Así mismo, coloca en condiciones equiparables tanto al hombre como a la mujer, lo que no permite la discriminación por razón de género entre otros posibles factores.

Como resultado de la adhesión a dicha convención los Estados parte, se comprometieron a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos, así como también, las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, y prevenir su exclusión por razones de discriminación, para lo cual adoptarán medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para preservar estos derechos. En ese sentido, reconocen a todas las personas iguales ante la ley, por tal motivo, les asiste el mismo derecho de protección legal en la misma medida y sin discriminación alguna, garantizando así su desarrollo pleno, social, personal y económico sin restricciones de ningún tipo.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016), y los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados parte, han surgido opiniones contrarias con relación al alcance de algunas cuestiones relativas a la situación legal de las personas con discapacidad mental o intelectual, así como la incidencia en la forma de regulación en las normativas atinentes a la materia; como ejemplo se puede mencionar la legislación española, en determinar la forma de aplicación de las reglas del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece la incapacitación y los mecanismos de guarda y protección de los incapacitados y su compatibilidad con dicha convención; pues de acuerdo con las normativas citadas, el sistema se organiza en torno a la capacidad natural de autogobierno, realizando la finalidad protectora hacia las personas con discapacidad.

En ese mismo orden de ideas, en el año 2017 se presentó el plan estratégico 2017-2021 de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en el que se presentó la situación actual de las personas con discapacidad como uno de los temas de mayor importancia, en esa ocasión, se creó también la unidad de personas con discapacidad que comenzó a funcionar en marzo de 2017; posteriormente esta se convirtió en Relatoría Temática sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el objeto de que estas, puedan asegurar su protección de forma eficaz a nivel regional, desarrollando nuevos mecanismos, como

la figura de la curatela y estándares interamericanos en el marco de las convenciones internacionales.

Mediante la instauración de dicha relatoría, se pretende tener un mejor control sobre los desafíos y violaciones que en materia de derechos humanos, afrontan las personas con discapacidad en las Américas, con lo que se pretende asegurar una efectiva promoción y protección de sus derechos humanos, utilizando para ello, mecanismos establecidos para el efecto por el Sistema Interamericano; de igual forma, identificar sinergias y oportunidades nuevas que permitan impulsar leyes, políticas y prácticas tendientes a garantizar el goce efectivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad respecto de las demás personas y sin discriminación alguna.

De lo anterior se infiere, que la curatela como institución organizada para la preservación de los derechos de las personas con discapacidad, se fundamenta principalmente en los derechos inherentes a estas como efecto de los preceptos que establece la Convención de los Derechos Humanos, en cuanto a que todas las personas son iguales en dignidad y derechos, y que no se puede limitar el accionar, desarrollo o desenvolvimiento de ninguna persona por su condición, en este caso en particular, por tener una limitación o discapacidad ya sea intelectual o física. En este sentido, el motivo clave se estima es el respeto a la autonomía de las personas con

discapacidad como efecto de los derechos humanos que les asisten para prevenir posibles abusos.

Efectos legales y patrimoniales

Toda persona, tiene derecho a que le sea reconocida una personalidad jurídica de acuerdo a lo que establecen las leyes de su país. Según el artículo 12 “Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen el derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016). El artículo citado, pone de manifiesto, que las personas con discapacidad se encuentran de acuerdo a esta convención en igualdad de condiciones jurídicas, por lo que se considera que el primer efecto legal de la curatela, es el reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona que solicita la asistencia, por ende, le asiste el derecho de poder decidir quién será la persona que ejercerá el cargo de curador.

Efectos legales

Con relación al tema, en la quinta sesión celebrada por el Comité *Ad Hoc* el 2 de agosto de 2010, de la que derivó la promulgación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la misión de la oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, conocida por sus siglas en español como ACNUDH, presentó un informe en el que se analizaron los términos, personalidad jurídica y capacidad

jurídica, utilizados en las distintas normativas de índole civil de los distintos Estados y en tratados de derechos humanos. Atendiendo a la importancia de estos, se definió finalmente a la capacidad jurídica como un concepto amplio, mucho más que el de personalidad jurídica, considerando que el primer término se compone tanto de la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, como de la capacidad de ejercer estos derechos y asumir las obligaciones como efecto de las decisiones de la persona.

En ese mismo sentido, el artículo 3 establece, “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969). Se considera que el objeto del artículo citado, es que se reconozca a la persona como sujeto de derechos y obligaciones en cualquier lugar; en ese orden de ideas, de acuerdo con algunos criterios, se pueden identificar tres aspectos esenciales en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, derivados del artículo en mención, inicialmente tomando como punto de partida a todas las personas, sin distinción de género, edad, extranjeros o personas con discapacidad, les asiste el mismo derecho de ser reconocidas ante la ley.

Se considera que, al establecer esta igualdad de condiciones, todo Estado debe procurar los medios y condiciones necesarias para que la personalidad jurídica pueda ser ejercida de forma libre y plena por sus

titulares, por lo que, limitar el reconocimiento de esta a las personas con discapacidad mental devendría en la negativa a otorgar incluso documentos de identificación. La personalidad jurídica entonces es una condición *sine qua non* que permite el goce y ejercicio de los derechos, los que, de acuerdo con la ponente, no pueden ser suspendidos por ningún motivo, y no se debe perder de vista su estrecha relación con los diferentes tratados y convenciones en materia de derechos humanos, en los que se reconoce la personalidad jurídica es una condición inherente que no se encuentra sujeta a ninguna restricción, como lo es la discapacidad.

Con relación al término capacidad jurídica, dentro del informe citado previamente, se incluyó un breve análisis enfocado desde tres aristas distintas, primero, se debe entender que dentro de la capacidad jurídica se encuentra inmersa la capacidad de obrar; segundo, tomando como base el derecho comparado, específicamente las legislaciones de Francia y Reino Unido, incorporan dentro del concepto, tanto a la capacidad de goce como de ejercicio, mientras que la normativa española lo concibe únicamente como capacidad de goce. Para algunos estudiosos del derecho, la capacidad jurídica va de la mano con la consideración de la persona como tal, y cuando se hace alusión a la capacidad de obrar se refiere a rasgos concretos, entre ellos la capacidad de realizar actos conscientes, libres y responsables, por lo que se considera que la discapacidad no debe ser una limitación para su ejercicio.

Por lo que, la decisión de una persona con discapacidad, de nombrar un asistente, conforme lo analizado en el derecho internacional, se estima, no debe constituir una limitante al ejercicio de la capacidad jurídica, ya que, de acuerdo a este, toda persona es sujeta de derechos y obligaciones y tiene la facultad de tomar sus propias decisiones; y al encontrarse inmersa la capacidad de obrar, permite crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. En este sentido, el tema de las personas con discapacidad ha cobrado fuerza, a nivel internacional se ha tratado de forma estratégica lo relacionado a las diferentes problemáticas que afectan a este grupo poblacional, en especial, el tema jurídico. Según la Organización de Estados Americanos, (2022), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH):

Ha abordado la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran las personas con discapacidad en las Américas a través de un sistema de peticiones, casos, medidas cautelares, audiencias e informes. La Comisión ha advertido sobre los múltiples desafíos que enfrentan las personas con discapacidad para el reconocimiento y garantía de sus derechos, especialmente en el ejercicio de su capacidad jurídica; acceso a la justicia, modos de vida independiente, acceso a la salud, seguridad social, habilitación y rehabilitación ajustes razonables; educación inclusiva; acceso y permanencia en el trabajo, accesibilidad y diseño universal; derechos sexuales y reproductivos; participación y representatividad; violencia y discriminación. (párr. 1)

Lo citado pone de manifiesto, la importancia que ha adquirido el tema de la igualdad de los derechos de las personas con discapacidad, como puede notarse, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, realza lo relativo a la capacidad jurídica, que como ya se ha mencionado de acuerdo con distintos criterios engloba lo relativo a la capacidad de obrar, se

considera que en este punto en especial, encuadra la figura de la curatela, pues lo que se busca es que a nivel general las normativas de orden civil de los distintos Estados, regulen esta figura, y la reconozcan como un mecanismo de asistencia para que las personas con discapacidad, independientemente del tipo de que se trate, tengan las mismas oportunidades en la toma de decisiones que les atañen.

Podría decirse que, los efectos legales de la figura de la curatela, se derivan primeramente del reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona con discapacidad, de igual forma de la capacidad jurídica que le permite ser sujeto de derechos y obligaciones de lo cual se desprende, el poder tomar decisiones por sí mismo; entre ellas, el designar a una persona que le asista cuando la limitación física o intelectual de forma leve o moderada, no le permita actuar personalmente, pero encontrándose aún en condiciones para decidir lo que le atañe, nombra a un curador, previendo que la función de este sea temporal pero también, tomando en cuenta que en determinado momento esa discapacidad pueda ser definitiva.

Efectos patrimoniales

Tomando en cuenta que la curatela es básicamente una figura o institución protectora, encaminada a proteger a la persona capaz pero circunstancialmente impedida para desenvolverse por sí misma, es cuando

surge el curador, como medio de asistencia para la custodia y manejo de los bienes e intereses de la persona que le ha designado para el efecto, mientras que se reestablece y regresa a la normalidad; esta es la típica curatela, en donde el discapacitado resulta ser un mayor de edad, pero también puede ser un menor de edad en cuyo caso la intervención del curador será decidida por juez competente. Hay quienes opinan que la curatela es la institución de carácter supletorio que se instituye a favor de quienes se encuentran privados de discernimiento de forma leve a moderada, o que sufren de una limitación física que no les permite desarrollarse con normalidad.

En general se puede decir que, la curatela se sustenta principalmente, en las condiciones de desvalimiento en que se encuentra una persona, tanto para ejercer sus derechos como para cuidar y tomar decisiones sobre sus intereses personales y patrimoniales; aspecto que motivó la inclusión de la figura dentro de distintos ordenamientos jurídicos. Se considera pertinente hacer referencia a un ejemplo, que de alguna manera colocaría en un estado de mayor entendimiento, los efectos patrimoniales de la curatela; este es el caso de quien padece de la enfermedad de Parkinson, cuando una persona inicia con los padecimientos, aún conserva lucidez y es capaz de tomar decisiones que le atañen por sí misma, y previendo que en un futuro perderá totalmente sus capacidades tanto físicas como intelectuales, nombra a un curador para hacerse cargo de la administración de sus bienes.

Dentro de esta disposición, puede decidir el asistido que el curador se encargue no únicamente de administrar sus bienes, sino que al momento de su fallecimiento haga entrega de su patrimonio a quien él haya dispuesto; por lo que se considera que el discapacitado no sufrirá detrimento alguno en su patrimonio mientras viva, claro está como todo cargo, contará con una remuneración, la que se establecerá de acuerdo a la normativa de cada país. Las diversas legislaciones que regulan expresamente la figura tienen como requisito que, el curador deberá realizar un inventario inicial de los bienes, para garantizar el patrimonio del asistido, y para salvaguardar sus derechos, debiendo rendir cuentas en el plazo que para el efecto establezca la ley.

Aspectos legales y doctrinarios de la figura en Guatemala

La curatela desde hace muchos años ha sido abordada como un régimen que dominaba principalmente a los pródigos, que eran las personas que poseían grandes riquezas; por lo que cuando se trataba de asistir a sordomudos y enfermos mentales, o bien, se les daba la potestad de nombrar curadores pues por su condición y al no encontrarse bajo la patria potestad del padre, necesitaban asistencia para administrar sus bienes. Aunque su estudio es reciente, en los países en los que se encuentra regulada, la historia advierte que es una figura con antecedentes históricos. Cabe señalar que la legislación guatemalteca, no la regula

expresamente, aun así, tiene ciertos elementos similares que se considera importante analizar, lo que se realizará a la luz de los aspectos relacionados con la patria potestad para luego, estudiar la figura de la tutela y establecer así los aspectos legales y doctrinarios similares de la figura con la normativa civil de Guatemala.

Definición

Como ya se ha indicado, dentro de las distintas normativas de carácter civil guatemaltecas, no se encuentra regulada la figura de la curatela, por lo que tomando de base lo investigado y analizado, de manera general se puede decir que, la curatela es aquella figura o institución de carácter eminentemente civil, enfocada al derecho de familia, mediante la cual se pretende resguardar los derechos de las personas mayores de edad con algún grado de discapacidad física o intelectual, a través de la intervención de un curador, quien les asistirá de acuerdo con su voluntad, pero que también puede ser aplicada a los menores que no se encuentran bajo la patria potestad; en este sentido, se considera que la figura se encamina más que nada a intervenir en asuntos de orden judicial en los que el menor no puede apersonarse o representarse por sí solo.

Aspectos legales

Dentro del ordenamiento civil guatemalteco, no se cuenta con una regulación expresa de la figura de la curatela. Lo relativo a la guarda y custodia de menores se encuentra sujeto a la patria potestad, o en su defecto a la tutela, cuando el menor no se encuentre sujeto a la primera, lo mismo aplica en relación con los bienes de este; de igual forma, la tutela surtirá efectos cuando se trate de mayores de edad que hayan sido declarados en estado de interdicción si no tuvieran padres, con lo que se denota claramente que, prácticamente no existen límites al momento de ejercer cualquiera de las dos figuras, por ende, quien se encuentre sujeto a la tutela, aunque sea mayor de edad, no podrá tomar decisiones por sí mismo, sino que todo lo concerniente a su persona será decidido por su tutor o protutor según sea el caso; lo que deriva en la necesidad de analizar como surgen estas figuras.

Patria potestad

Algunos criterios sostienen que, la patria potestad es sinónimo de autoridad, derivado de la importancia que el término tiene dentro del derecho de familia y su influencia dentro de la sociedad. Cabe señalar que esta postura tiene sus bases en el derecho romano, en donde la figura del *pater familias*, era reconocida como un sinónimo de poder tanto sobre la mujer como en los hijos, y los esposos, esposas y descendientes de estos; esta clase de subordinación familiar se reconoció expresamente en la ley

de las XII tablas, con carácter absoluto, duraba mientras el padre vivía, quien ostentaba la propiedad de todos los bienes, por lo que sus descendientes no tenían derecho a otorgar testamento hasta que este falleciera. “Se llama patria potestad, al conjunto de facultades que se otorgan a los padres sobre sus hijos menores para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone” (Sandoval de Aqueche, 1994, p. 4).

Como puede notarse en la definición citada, la patria potestad es visualizada como el derecho que se le otorga a los padres, con el fin de velar por el bienestar de sus hijos; este sin duda, es otorgado por el Estado como ente garante de la vida y protección del ser humano desde su concepción, el que en determinado momento podrá verse limitado de acuerdo a lo que establecen las leyes en la materia. Es importante resaltar que esta facultad, prevalecerá siempre y cuando el menor no haya alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, si la condición de este no le permitiera gozar de su capacidad jurídica de goce y ejercicio, continuará bajo el dominio del padre, lo que, en Guatemala, derivaría en la figura de la tutela.

Existen algunas posturas que aseguran que la institución tutelar, se remonta a culturas previas a la civilización romana, se consideraba un oficio de carácter público, encaminado a defender los intereses de un grupo agnaticio para asegurar su derecho hereditario. Es importante mencionar que, aun cuando el pupilo ya tuviera capacidad para dirigir su

propio grupo familiar no le era permitido. Por lo que la implementación de la tutela se amparó en la defensa de los intereses de un mismo conglomerado sanguíneo; posteriormente es en la civilización griega en donde se reconoce nuevamente a la tutela, separando la personalidad del hijo de la del padre y el resto de los parientes, con el objeto de preservar la continuidad de la propiedad.

En la cultura romana, la tutela surge como una institución destinada a proteger a los menores que no habían llegado a la pubertad y a las mujeres. Su finalidad no era otra que la de proteger el patrimonio, bienes abandonados y los derechos de las personas por nacer, así como, contar con normas que regularan las relaciones entre tutor y pupilo. Adicionalmente, algunos estudiosos de esa época, consideraron a la tutela como legítima y familiar, aspecto que fundamentaban en el hecho de que los huérfanos y desamparados, al fallecer el padre, pasaban a formar parte del grupo familiar, quedando desde ese momento a cargo de los familiares más cercanos, los abuelos, tíos, o hermanos; cabe señalar que, en la actualidad en Guatemala, se incluye al padre *supérstite* como primer responsable.

Para Brañas, (1996):

Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de *ius dominicale*, y claro es que, no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, ya que después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejercitando sobre él, el mismo poder dominical. (p. 241)

De lo enunciado por el autor, se considera que es así como la figura de la tutela se convierte en un cargo público, pues al morir el padre, esta podía ser ejercida por cualquier miembro del grupo familiar; esa persona sería desde ese momento la encargada de tomar todas las decisiones relativas al menor y a la administración de sus bienes. Sin embargo, al no quedar claramente establecidos los límites de la tutela, no se puede garantizar una buena administración y tampoco la situación en la que se encontrarían los incapaces, por ejemplo, si el padre muriera estos también quedarían desprotegidos, no se puede afirmar que la figura en mención les haya brindado en ese entonces la misma protección.

Si bien es cierto, la figura de la curatela no se encuentra expresamente regulada dentro de la legislación guatemalteca, se estima conveniente mencionar la evolución del derecho civil guatemalteco en función de la tutela; en ese sentido, se cuenta primeramente con la Constitución Política de la República de Guatemala de 1945, que aunque no reguló expresamente la figura, dentro de su artículo 77, hacía referencia a la obligación del Estado de Guatemala en cuanto a velar por la salud física, mental y moral de los menores, para el efecto debía establecer instituciones y dependencias encaminadas a brindarles protección y educación; también establecía que las leyes que protegían a los menores eran de orden público.

Seguidamente la Constitución de Política de la República de Guatemala de 1965, establecía en su artículo 85 lo concerniente a la tutela de la maternidad, niñez, vejez e invalidez, aunque de una forma un tanto aislada, específicamente la tutela como tal no se encontraba regulada dentro de dicho cuerpo legal. Durante los años siguientes, las normativas civiles siguieron la misma línea, es así que, en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, la tutela seguía aún sin ser expresamente regulada; sin embargo, en su artículo 51, se establecía lo relativo a la protección de menores y ancianos. En ese sentido, se refería a que el Estado estaba obligado a proteger la salud física, mental y moral de los menores y ancianos, garantizándoles así, el derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.

Se considera que la admisión de la figura en la legislación civil guatemalteca estuvo influenciada por los principios que establecía el Código Civil francés; surge así por primera vez la regulación de la figura en el Código Civil guatemalteco de 1877. Dentro de las disposiciones generales del cuerpo legal citado, se establecía expresamente que el menor de edad que no se encontrara bajo la patria potestad, automáticamente quedaría sujeto a tutela y al cuidado de su persona como de sus bienes; así mismo, regulaba que dentro de esta disposición también se contemplaba a la persona mayor de edad que hubiese sido declarada en estado de interdicción, siempre que no tuviera padres, desempeñando el tutor el cargo de representante legal del menor o incapacitado por disposición

expresa de la ley, de acuerdo con el artículo 293 del Código Civil guatemalteco de 1877.

Se hace referencia a que la tutela era ejercida por un tutor y un protutor, cargos que, aunque no podían ser delegados, sí permitían ser objeto de mandato para determinados actos, según el artículo 294 del Código Civil guatemalteco de 1877. Se conservan aún dentro de la legislación civil vigente en Guatemala, se considera que debió hacerse una distinción dentro de las funciones ejercidas por el tutor, colocando así un límite a estas, tal es el caso de la curatela, pues al tenor de los distintos documentos internacionales que en los últimos años se han celebrado, en materia de protección de personas con discapacidad ya sea física o intelectual, al no existir una delimitación eficaz, se les está limitando la capacidad de ejercicio, que reconocen los distintos convenios en los que se establece que la persona con cierto grado de discapacidad intelectual, no forzosamente tiene que depender de otra para que decida sobre sí y sobre sus bienes.

En los distintos ordenamientos jurídicos en los que se regula la figura, se admite al curador como un asistente autorizado para intervenir en determinados actos en los que la persona, no pueda apersonarse, o bien como una prevención a determinadas circunstancias de salud progresivas que le puedan limitar en su totalidad, como, por ejemplo: La enfermedad de Alzheimer, con la que se pierde la capacidad intelectual paulatinamente. Por lo que, conviene asentar una vez más, la influencia del Código Civil francés de 1887, que no admitió la distinción de la tutela como vía de protección de la persona y la curatela como medio de salvaguarda para los bienes, vertiente que siguió la legislación guatemalteca y de la que se deriva que actualmente dentro del Decreto Ley 106, Código Civil no se regule a la figura de la curatela. (Castillo Ramírez, 2015, p. 1-54)

Aspectos doctrinarios

Como es sabido, de acuerdo con distintos estudiosos en la materia, en el derecho romano se fundamentan cada una de las divisiones actualmente conocidas; sin embargo, resultaría imposible determinar con claridad, la fecha exacta en que se suscitó cada acontecimiento y por ende surgió cada una de las vertientes jurídicas conocidas. Aun así, no se puede negar el legado que éste ha significado en el diverso entramado jurídico que hoy por hoy, se puede decir, constituye la piedra angular de todos los ordenamientos jurídicos existentes; que, si bien han ido evolucionando con el tiempo, conservan las directrices romanas en sus distintas normas y ha servido de inspiración a los legisladores para la promulgación de diversos cuerpos legales.

En la antigüedad, se conocía de la dualidad entre la tutela y la curatela, a través de los años se hizo necesario separar ambas figuras. “La herencia histórica legislativa y doctrinal acumulada sobre el tratamiento de la curatela, desapareció de un plumazo durante los trabajos preparatorios del Código Civil español promulgado en el año 1889” (Galiano Maritan, 2012, párr. 1). Como puede advertirse con esta nueva disposición, prácticamente se dejó en el olvido lo que se consideró por muchos años como una costumbre, y era estudiar ambas figuras de forma conjunta, surge así la figura de la curatela y la figura de la tutela. Esta última regulada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

La curatela como institución jurídica, destinada a la protección de personas con discapacidad, se considera a nivel latinoamericano como un tema novedoso, aunque en el derecho europeo se le estudiaba y desarrollaba desde mediados del siglo XX. Generalmente se le ha analizado dentro del contexto del derecho de familia y principalmente destinado a proteger los derechos de las personas con discapacidad, tanto en la esfera personal como patrimonial. Como aspecto relevante de la figura se puede advertir, la singularidad en su forma de aplicación, pues encarga estos derechos desde una esfera amplia y flexible, y ante todo en armonía con las reformas jurídicas que la actualidad impone.

Desde tiempos antiguos, los estudiosos del derecho romano ya realizaban la diferencia notable entre cosas y personas, “las cosas solo pueden ser objetos de derecho, esto es, constituyen entes jurídicamente pasivos en que se ejerce la acción del hombre y la persona es el sujeto de derecho” (Pérez Vargas, 1994, p. 46). De lo que se infiere que, sobre las cosas recaerá la consecuencia de los actos del hombre como sujeto de deberes y obligaciones. De este punto especial, algunos legisladores consideran que, nace o se fundamenta el elemento subjetivo de la curatela, que se origina por la necesidad de que la persona con discapacidad cuente con un sustituto, cuando se les priva de la capacidad de actuar, por razón de la discapacidad que les afecta.

Aunque la figura de la curatela, que para algunos es considerada como una institución, no se encuentra regulada expresamente dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, ni tratado en el contexto del derecho de familia, se considera que la propuesta debería colocarse sobre la palestra de discusión para una posible reforma del ordenamiento civil, concretamente al Código Civil guatemalteco, pues en la actualidad, se está experimentando un cambio sustancial en la forma de ver y aceptar que las personas con discapacidad se enrolean en los distintos aspectos de la vida; ejemplo de ello, políticas empresariales más inclusivas, en donde se les permite a las personas con algún tipo de discapacidad ya sea física o intelectual desempeñar labores que tiempo atrás no les eran permitidas.

Sin embargo, aún falta mucho camino por recorrer en este sentido; pero se puede decir que, la curatela dentro de las legislaciones que la regulan de forma expresa ha venido a revolucionar la forma de ver a las personas con discapacidad, en el entendido que la visualizan como una institución que ampara situaciones, de carácter pasajero, accidental o temporal, en las que la persona con discapacidad necesita la asistencia de otra persona para hacer valer sus derechos o expresar su voluntad. Esto es lo particular de la figura que, aunque se le asista, en las decisiones tomadas por quien le apoya, deben estar de acuerdo con lo que la persona con discapacidad dispone.

No se puede dejar de lado que, las personas con discapacidad siguen siendo eso, personas y hoy por hoy, constituyen un grupo diversificado en el que se encuentran distintos niveles de dependencia, pero no por esto tienen ni deben ser excluidas del entramado social actual. Estos factores patentan la necesidad de crear mecanismos de auxilio para que se puedan desenvolver y desarrollar de forma plena, pero sin vulnerar su autonomía, este es el caso particular de la curatela, que se constituye en una vía legal de protección, independientemente de la forma o nivel de discapacidad del asistido; de esto se advierte, que, devenido de los distintos acuerdos internacionales, es prudente estudiar si fuese procedente contemplarla dentro del Código Civil de Guatemala.

En ese sentido advierten que, tomando de base lo expuesto en distintos documentos internacionales en materia de derechos humanos, ni la capacidad jurídica ni la de actuar, pueden ni deben ser susceptibles de modificación, cuando impliquen por sí, una anulación de la voluntad o la existencia civil de las personas. Lo anterior será, por tanto, el punto de partida para el análisis relativo a la forma en la que se afecta de forma directa, de acuerdo con el sistema civil guatemalteco vigente actual, la capacidad en consonancia con la figura de la curatela. En ese orden de ideas, el Decreto Ley 106, Código Civil, en su artículo 8, establece que la capacidad de ejercicio de los derechos civiles se adquiere con la mayoría de edad, es decir a los 18 años; adicionalmente regula que los menores que han cumplido 14 años son capaces para determinados actos.

Siguiendo la misma vía de análisis, el artículo 9 del Decreto Ley 106, Código Civil también regula que, los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental, y que como consecuencia de esta se encuentren privados de discernimiento, serán declarados en estado de interdicción; cabe señalar que esta surtirá efectos siempre que sea declarada judicialmente, y, en consecuencia, la persona que se encuentre sujeta a esta circunstancia, no podrá ejercer sus derechos. En este mismo contexto, en octubre de 2008, Guatemala ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el artículo 12 regula que, los Estados parte admiten que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Adicionalmente el numeral cuarto del citado artículo también hace mención, a que los Estados partes, deberán adoptar las medidas pertinentes tendientes a garantizar el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad, mediante la adopción de salvaguardias adecuadas y se considera que es en este aspecto en donde la curatela podría representar un factor relevante en el desenvolvimiento de las personas con discapacidad en el ámbito jurídico, y tomando en cuenta que Guatemala forma parte de la convención previamente citada, se considera que el Decreto Ley 106, no cumple con este aspecto, pues el numeral quinto del mismo artículo hace referencia, a que los Estados, tomarán las medidas necesarias para garantizar el derecho de las personas con discapacidad.

Como ya ha sido abordado previamente, la curatela puede ser un mecanismo de asistencia, protección y una herramienta que cualquier persona que sufra de discapacidad ya sea en forma física o intelectual, se utiliza para proteger a la persona y sus bienes, de acuerdo con el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008): “Los Estados, se asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás, incluso mediante ajuste de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de sus funciones”.

Sin embargo, no se hace referencia alguna al grado de tal circunstancia, por lo que, al haber ratificado el documento internacional citado, se considera se podría estar contradiciendo lo pactado, pues en este se establece que las personas con discapacidad intelectual también son sujetos de derecho. Lo que en algún momento podría poner en entredicho si lo dispuesto por la persona que les asiste es realmente lo que desea el discapacitado, porque, cuando se habla de una discapacidad cognitiva, se considera debiera dejarse claro a qué nivel, pues una persona que sea realmente incapaz de tomar decisiones por su alto nivel de deficiencia intelectual se estima, no es consciente de la toma de decisiones.

El Decreto Ley 106, Código Civil, y la figura de la curatela

La legislación civil guatemalteca, como se ha indicado, no regula la figura de la curatela, lo pertinente a la incapacidad de la persona, el artículo 9 del Decreto Ley 106 Código Civil, se hace referencia al estado de interdicción como la circunstancia que provoca la falta de discernimiento; según el artículo 10 “las perturbaciones mentales transitorias no determinan la incapacidad de obrar, pero son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales situaciones” (Decreto Ley 106, Código Civil, 1963). La curatela permite a la persona que presenta una discapacidad mental de leve a moderada, tomar decisiones por sí misma, que competen a su persona o sus bienes, se podría estar ante una contradicción con la norma citada, y tomando en cuenta que Guatemala forma parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se puede observar cierta contraposición en los criterios legales de ambos cuerpos legales.

En el análisis previo de la figura de la curatela se dejó anotado que, esta figura surge a la luz de los derechos humanos, como un instrumento tendiente a salvaguardar los intereses personales y patrimoniales de las personas con discapacidad, incluso de posibles intromisiones de familiares o terceras personas interesadas en su patrimonio, podría pensarse que este aspecto guarda cierta relación con lo que establece el artículo 14, “los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer

obligaciones por medio de sus representantes legales” (Decreto Ley 106, Código Civil, 1963). De algún modo la figura del representante legal se puede decir, guarda alguna concordancia con la curatela, en cuanto a que el primero también velará por los intereses de su pupilo.

Ahora bien, en cuanto a la patria potestad el Decreto Ley 106, Código Civil, establece que esta comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil, administrar sus bienes; en ese sentido la curatela establece que tendrá lugar en lo relativo a los menores de edad, siempre que no se encuentren bajo la patria potestad, la finalidad se considera es la misma, garantizar los bienes de los menores y asistirle en situaciones en las que no pueda representarse a sí mismo. Lo que sí es cierto es que, con el análisis realizado ha quedado demostrado que la figura de la curatela se encuentra inmersa de alguna forma dentro del Decreto Ley 106 pero subyacente dentro de la tutela y la patria potestad, pero con limitaciones a la capacidad jurídica del sujeto, especialmente del mayor de edad declarado en estado de interdicción.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

Adoptada en la ciudad de Guatemala, el 6 de julio de 1999, dentro del texto del documento existen ciertos puntos que se considera importante analizar, por la relación directa que se estima tiene con la figura de la

curatela. Dentro de las definiciones afines de la convención citada, se entiende por discapacidad, la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limite la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria. En tal sentido, también se menciona que la discriminación, significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior, que provoque la anulación de reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, tanto de sus derechos humanos como de sus libertades fundamentales.

Inicialmente es conveniente señalar, desde el enfoque legal de los derechos humanos, todas las personas son iguales en dignidad y derechos y, por ende, gozan de las mismas garantías que les brindan las leyes internas y tratados internacionales; en tanto, al referirse a goce o ejercicio de sus libertades fundamentales, podría estarse hablando de la capacidad jurídica de la persona. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, es clara al establecer que el hecho de que una persona tenga alguna limitación física o incluso intelectual, no le restringe en forma alguna, el reconocimiento y la libertad de ejercer sus derechos y garantías fundamentales.

Adicionalmente la convención citada, dentro de su artículo 4, literal b, hace referencia a que los Estados parte, se comprometen a desarrollar los medios y recursos necesarios para facilitar y promover la vida independiente, autosuficiente e integración total en condiciones de igualdad, de las personas con discapacidad. Conviene señalar que, de acuerdo al estudio que ya se ha realizado de la figura de la curatela, en el que se ha logrado determinar que de acuerdo con el criterio de distintos estudiosos del derecho, esta es tomada como un medio o instrumento para que aquellas personas con algún tipo de discapacidad puedan desempeñarse en el entorno social y jurídico, se considera que es necesario que los países que no regulan esta figura expresamente, analicen la viabilidad de poder contemplarla dentro de la legislación interna, en aras de colocar a todas las personas a un mismo nivel, sin discriminación alguna.

Es conveniente mencionar que, las obligaciones adquiridas o a las cuales se adhiere todo Estado parte al momento de ratificar un convenio, se enlazan directamente con lo que en el derecho internacional es conocido como principio de *pacta sunt servanda*, que básicamente es la posibilidad de exigir que todo aquello a lo cual se sujetaron, sea cumplido a través de una actitud honrada, recta, justa e íntegra “se ha venido haciendo perceptible que la idea de que los pactos deben ser respetados se aplicaba por el reconocimiento de la autonomía de la voluntad con ciertos límites” (Garrido Gómez, 2011., p. 4). Límites que podrían traducirse en la

promulgación o no de las normativas necesarias de acuerdo con lo pactado.

Finalmente, es importante mencionar que, Guatemala se adhirió a la convención el 8 de agosto de 2002, y como efecto de esta, el artículo 7 regula que, no se interpretará que ninguna disposición de las contenidas en este documento, restrinja o limiten los derechos de las personas con discapacidad por los Estados parte, al contrario, están obligados a velar por que sean reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los distintos instrumentos internacionales. Un aspecto que merece especial atención es que, en la presente convención estará abierta para todos los Estados miembros para su firma en Guatemala, por lo que se considera, debiera ser el factor determinante para la revisión de la normativa civil interna y la posible regulación de la figura de la curatela dentro de otra.

Pues derivado de los compromisos adquiridos, es innegable la necesidad de que Guatemala realice una revisión transversal analítica de las disposiciones relativas a la capacidad de obrar y capacidad de ejercicio, especialmente de las personas con discapacidad; tanto desde la perspectiva del derecho sustantivo como procedimental que se equipare con la realidad actual. Ya que, de lo dispuesto sobre este tema en especial, dentro de la normativa civil guatemalteca se puede notar una limitación clara de estas capacidades, derivado de la falta de regulación de

mecanismos o herramientas, que permitan a las personas con discapacidad tener libertad de decisión y disposición.

La curatela en el derecho comparado

Estudiada básicamente como una institución protectora de las personas con discapacidad, la curatela ha venido principalmente a modificar la tradicional concepción en las distintas legislaciones, de la figura de la tutela, que anteriormente era la única alternativa que se conocía doctrinariamente y legalmente regulada, con miras a salvaguardar los derechos de las personas menores y con discapacidad; en ese sentido, hay quienes consideran que la curatela, es un mecanismo de asistencia, que por su flexibilidad ha permitido brindar una novedosa alternativa para aquellos a quienes en algún momento se les ha limitado su capacidad jurídica, y que ha surgido al tenor de las exigencias que el nuevo derecho impone. Por la importancia que ha adquirido, se realizará el análisis de las legislaciones de España, México y Argentina, para determinar sus diferencias y similitudes.

La curatela en España

Con relación a lo establecido por el Código Civil español, en su título XI, se regula lo relativo a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, disposiciones

igualmente aplicables cuando se refiere a menores emancipados. El artículo 249 de la norma en mención, establece que estas medidas, tienen como finalidad coadyuvar en el desarrollo pleno de la personalidad, así como, en el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad; y que las mismas, deben inspirarse para brindar el apoyo requerido, tanto en el respeto a la dignidad de la persona como en la tutela de los derechos fundamentales que le asisten. El mismo artículo hace mención a las medidas de origen legal o judicial, en tal sentido dispone que, solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona a quien se refiera, observando y ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad.

De igual forma el artículo citado establece que, las personas que presten apoyo, como es el caso del curador, deberán actuar de acuerdo con la voluntad expresa, deseos y preferencias de quien solicite su asistencia; en ese sentido, deben procurar que la persona con discapacidad, tome sus propias decisiones, para el efecto, deberán informarla y al mismo tiempo colaborar en la comprensión y razonamiento de su situación, para facilitar que pueda expresar sus deseos de forma adecuada; de igual forma contribuir para que en el futuro el discapacitado pueda ejercer su capacidad jurídica en un futuro, de una forma menos dependiente. Las funciones del curador o asistente podrán variar, si pese a haberse hecho lo necesario la persona que necesitó la asistencia no puede determinar su

voluntad, en este caso se podrá incluir dentro de su asistencia funciones representativas.

Para poder ejercer esta función, se tomará en cuenta la trayectoria vital del discapacitado, sus creencias y valores, considerando las posibles circunstancias que este hubiera tomado en consideración al momento de tomar una decisión, para lo cual, la autoridad judicial pertinente, podrá disponer de las salvaguardas que estime convenientes, con el fin de asegurar que las medidas de apoyo dispuestas se ajusten realmente al criterio para el que fueron designadas, y lo más importante, que se adecuen a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que ha requerido la asistencia. Es importante hacer mención que, de acuerdo con el artículo 250 del Código Civil español, las medidas de apoyo requeridas para el ejercicio de las personas con discapacidad son voluntarias, entre ellas la curatela.

De acuerdo con el artículo citado, las medidas de apoyo tienen como finalidad, asistir a la persona con discapacidad, para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos que lo requiera, bajo la observancia del respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Cabe señalar que en cuanto a ser de naturaleza voluntaria, refiere que son las que la persona con discapacidad dispone, designando así a la persona que le prestará la asistencia y los límites de esta. De igual forma el mismo artículo dispone que, las medidas voluntarias podrán ir adheridas a las salvaguardas

necesarias tendientes a garantizar cuando sea preciso, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada.

El Código Civil español establece también dentro de la misma figura de la curatela la auto curatela, en ese sentido, el artículo 271 dispone que, cualquier persona mayor de edad o emancipada, previendo la ocurrencia de determinadas circunstancias que le impidan ejercitar de manera plena su capacidad jurídica en igualdad de condiciones frente a las demás personas, podrá designar en escritura pública a una o varias personas que le asistan y que desempeñen la función de curador equitativamente, estableciendo además la forma en la que desempeñarán dicho nombramiento y sus límites; de igual forma, el artículo 274 regula que, se podrá delegar en el cónyuge o cualquiera de las personas designadas en la escritura pública el cargo de curador.

De acuerdo con el artículo 275, del Código Civil español (1889), podrán ser curadores:

Las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función. No podrán ser curadores:

- 1º. Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise el apoyo.
- 2º. Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio.
- 3º. Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda.

La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo a las personas siguientes:

- 1º. A quien haya sido condenado por cualquier delito.
- 2º. A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona. (Código Civil Español, 1889, artículo 275)

De ser necesario, la autoridad judicial nombrará como curador a quien haya sido propuesto por la persona que solicita el apoyo o quien este haya delegado para el efecto, salvo que exista algunos de los supuestos mencionados, de ser así podrá designarse, al cónyuge o conviviente, siempre que vivan con la persona que necesita apoyo; al hijo descendiente, de ser varios, ocupará el lugar de preferencia quien viva con la persona discapacitada; al progenitor; a la persona que este hubiera designado en testamento o documento público; a quien esté desempeñando la función de guardador de hecho; al hermano, pariente o allegado, siempre que conviva con la persona que precisa la curatela; a la persona jurídica que llene los requisitos establecidos en el artículo 275 citado, del mismo modo, pueden nombrarse uno o varios curadores a la vez.

La persona que sea nombrada como curador, podrá excusarse del cargo si este, resulta excesivamente gravoso o representa algún tipo de dificultad en su desempeño; en tanto, las personas jurídicas podrán renunciar al cargo cuando carezcan de los medios suficientes para su adecuado desempeño. Esta circunstancia deberá hacerse patente dentro del plazo de 15 días, contados desde que se tenga conocimiento del nombramiento, sin embargo, si la causa se presentara de forma inesperada podrá hacerlo en cualquier momento; mientras que la autoridad judicial resuelva lo pertinente, el nombrado deberá desempeñar su función, si no lo hiciera así, se procederá a nombrar un defensor judicial, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 279.

De ser necesario, la autoridad judicial podrá solicitar al curador la constitución de fianza con la finalidad de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, la que, de acuerdo al criterio de dicha autoridad, podrá modificarse o dejarse sin efecto en cualquier momento, tal y como lo dispone el artículo 284 del Código Civil español. Si quien ejerce la función de curador, ostenta facultades representativas, está obligada a hacer inventario del patrimonio de la persona en nombre de quien actúa, en un plazo no mayor a 60 días, contados desde el momento en que tomó posesión del cargo, de acuerdo con lo que regula el artículo 285 de la norma citada, párrafos primero y segundo respectivamente.

Finalmente, la curatela se extingue de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento del curador, o por resolución judicial cuando ya no sea necesaria la asistencia o medida de apoyo, o bien cuando por disposición judicial se disponga otra forma de apoyo por considerarse la más adecuada para la persona sometida a la curatela. Así mismo, quien haya ejercido el cargo de curador, independientemente de la rendición de cuentas periódica, deberá realizar una entrega general de su administración en un plazo no mayor a tres meses prorrogables por el tiempo que se considere necesario siempre que medie justa causa, de acuerdo con lo que se establece en los artículos 291 y 292 de la norma citada.

Efectos legales

En ese orden de ideas, el artículo 250 del Código Civil español, hace referencia específicamente a la curatela, como una medida formal de apoyo aplicable cuando se precise este de forma continuada; la extensión del plazo dependerá de resolución judicial, la que se dictará tomando en cuenta la situación y circunstancias de la persona con discapacidad, así como, sus necesidades de apoyo. De ser necesario se nombrará un defensor judicial como medida formal, generalmente cuando precise la asistencia de forma ocasional, independientemente de su recurrencia. Por último, el artículo 250 regula que, no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo anteriores, quienes presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga como efecto de una relación contractual. De acuerdo con el Código Civil español, se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo:

1. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.
2. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.
3. Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas. (Código Civil Español, 1889, artículo 251)

El artículo anterior, pone de manifiesto el interés predominante de la normativa española en cuanto a la protección de la persona con discapacidad, pues excluye expresamente el otorgar ciertos favores o reconocimientos a la persona que preste la asistencia, de forma directa o a través de sus familiares directos; sin embargo, deja abierta la posibilidad de poder obsequiar siempre que este acto sea producto de una práctica constante, o que el producto u objeto obsequiado sea de poco valor. Así mismo, permite que el curador en este caso, preste sus servicios a un tercero siempre y cuando, no represente conflicto para el que solicitó su asistencia; limitándole también en la adquisición de bienes a título oneroso de la persona discapacitada.

Por otra parte, si una persona se encuentra en situación urgente de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, y no cuenta con un guardador de hecho, se le prestará apoyo de forma provisional por la entidad pública destinada para el efecto, tal circunstancia se hará del conocimiento del Ministerio Fiscal en un plazo no mayor de 24 horas, de acuerdo con el artículo 253 del Código Civil español. Ahora bien, cuando las medidas de apoyo voluntarias son requeridas para un menor, el artículo 254 dispone que, cuando de forma razonable se prevea en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que un menor que se encuentra bajo la sujeción de patria potestad o tutela, necesitará apoyo al alcanzar esta para el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial pertinente podrá acordar a

petición del menor, los progenitores, el tutor o el Ministerio Fiscal a la medida de apoyo adecuada.

Efectos patrimoniales

El artículo 255 del Código Civil español establece que, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, previendo la ocurrencia de circunstancias que puedan limitar el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá disponer de las medidas de apoyo necesarias relativas a su persona o sus bienes, en escritura pública, para lo cual, decidirá igualmente el régimen de actuación, así como, el alcance de las facultades que le serán permitidas a la persona encargada de prestarle el apoyo, y la forma de ejecución de este. Adicionalmente podrá decidir con antelación las medidas u órganos de control que estime necesarios, para salvaguardar su patrimonio, y evitar abusos por posibles conflictos de intereses o influencia indebida, estableciendo para el efecto, plazos de revisión para garantizar que se respete su voluntad, deseos y preferencias.

La persona que solicite el apoyo podrá incluir en la misma escritura pública una cláusula en la que otorgue poder o mandato al curador en este caso, estipulando que cualesquiera de estos subsistirán si en un futuro necesita de apoyo para el ejercicio de su capacidad. En ese sentido el artículo 257 del Código Civil español dispone que, el poderdante podrá otorgar poder únicamente bajo el supuesto de requerir apoyo en el

ejercicio de su capacidad, el que subsistirá independientemente de que se constituyan otras medidas de apoyo y que sean dispuestas por orden judicial; en este sentido, cualquier persona legitimada o el curador, podrán solicitar judicialmente la extinción del poder preventivo, de darse cualquiera de los supuestos para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiese dispuesto otra cosa.

De las disposiciones anteriores surge entonces la curatela como medida de apoyo de las personas con discapacidad, regulada expresamente en el capítulo IV del título XI del Código Civil español, para el efecto el artículo 268 dispone que, las medidas dictadas por la autoridad judicial como previsión de apoyo, serán adoptadas de acuerdo con las necesidades de la persona que requiera la asistencia, respetando siempre la autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica, voluntad, deseos y preferencias; para el efecto se podrá constituir la curatela mediante resolución motivada, siempre que no exista otra medida de apoyo o que la que se haya dispuesto no fuera suficiente; adicionalmente, el curador nombrado podrá ejercer la función de representante de ser necesario, lo que será determinado por la autoridad judicial, de acuerdo con lo que regula el artículo 269 de la norma en mención.

La curatela en México

Los estudiosos del derecho mexicano refieren que, para conocer la figura de la curatela, es necesario analizar primeramente la figura de la tutela; en ese sentido, comentan que tutelar es sinónimo de cuidar y proteger. De instituirse un tutor, dentro de sus obligaciones se encuentra la de proteger los intereses del pupilo, tanto en el ámbito personal como patrimonial, de esa cuenta consideran que la función del tutor, está encaminada básicamente a promover la protección de la persona incapaz, procurando en todo momento su bienestar, además de, ejercer la correcta administración de su patrimonio. En México la tutela, surge como una herramienta supletoria de la patria potestad, y por medio de la cual, se ejerce la representación, protección y asistencia, de aquellas personas que por ser considerados incapaces no pueden hacerlo por sí mismas.

Los menores de edad en la tutela, se visualizan como un medio subsidiario de la patria potestad, se instituye cuando no cuenta con familiares directos, es decir, consanguíneos, que lo puedan representar; se designa un tutor se hace por medio de un juez de lo civil o de lo familiar.

Para Pérez Contreras. (2010): El objeto de la tutela es:

- a) La guarda de la persona y bienes de aquellos que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y/o legal para gobernarse por sí mismos;
- b) La representación interina del incapaz en los casos que señale la ley;
- c) El cuidado preferente de los incapacitados;

d) La guarda y educación de los menores de conformidad a las modalidades que estipulen las resoluciones que dicte la autoridad competente, de conformidad a la ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. (p.162)

Es notorio que la cita previa, pone de manifiesto claramente que el interés u objeto principal de la tutela, es ejercer la representación del incapaz y del menor cuando no puedan hacerlo por sí mismos; sin embargo, realiza el hecho de dar preferencia a los incapacitados, se considera que esta se debe al hecho, de que el menor dejará de serlo al cumplir la mayoría de edad, mientras que el incapacitado continuará siéndolo. De igual forma, se hace alusión a la situación especial que pueden presentar los menores infractores, de lo cual se desprende que la forma en la que se ejercerá la tutela dependerá de las condiciones que establezca el juez competente en la resolución respectiva, las que estarán sujetas a la ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal.

Por lo que puede deducirse que, la tutela se establecerá siempre que existan sujetos que la motiven, el menor de edad, o la persona mayor de edad que por padecer algún tipo de enfermedad intelectual, o que atraviese un estado especial de discapacidad, física, sensorial, intelectual o mental, se encuentre limitado para poder autogobernarse, obligarse o manifestar de una forma clara y coherente su voluntad por sí mismo. En ese sentido, el criterio de algunos autores se encamina a considerar que la tutela es un cargo de interés público, y que, de acuerdo con la legislación civil mexicana, nadie puede liberarse de este, a menos que exista una causa

legítima; por tal motivo, quien se negare sin causa legal a ejercer el cargo de tutor, será responsable por los daños y perjuicios que se deriven de su negativa.

Efectos legales

De acuerdo a la doctrina mexicana, de la institución de la tutela surge la figura del curador, pues toda persona a la que le haya sido asignado un tutor automáticamente se le nombra un curador, exceptuándose de esta disposición, cuando se trate de menores de edad abandonados y expósitos o de menores sujetos a tutela dativa, la que tiene lugar cuando no existe tutela testamentaria o legítima, generalmente aplicada a menores de edad emancipados para casos judiciales, tampoco se nombra curador cuando los menores de edad no cuenten con bienes. La curatela podrá ser ejercida por cualquier persona que cumpla las calidades para ser tutor, sin embargo, no pueden ambas ser ejercidas por la misma persona.

Para Pérez Contreras, (2010): podrán nombrar por sí mismos curador los mismos que puedan nombrar a su tutor, siempre con autorización judicial y que son:

- a) Por el menor si ha cumplido dieciséis años;
 - b) Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio con bienes administrados;
- El curador tiene obligación de:
- a) Defender los derechos del menor o incapacitado en juicio o fuera de él;
 - b) Vigilar la actuación, proceder y conducta del tutor;

- c) Hacer del conocimiento del juez de lo civil o lo familiar sobre cualquier hecho o situación que considere puede dañar la persona o los bienes del pupilo;
- d) Solicitar al juez el nombramiento de un nuevo tutor en caso de que este faltara o abandone el cargo;
- e) Cumplir cualquier otra obligación que la autoridad o ley le señalen. (p.172)

De lo que se deduce que, la curatela termina cuando el menor de edad o incapacitado, ya no se encuentre sujeto a la tutela, es decir cuando adquiera la mayoría de edad, sin embargo, si se cambiara el tutor, el curador que haya sido nombrado, continuará en su cargo; entonces se entiende que el curador tiene derecho a ser relevado si así lo desea. Ahora bien, al analizar el Código Civil Federal de la Ciudad de México se denotan otros aspectos importantes, entre ellos como ya se indicó, de acuerdo con el artículo 618 de la norma citada, a todo individuo que se encuentre sujeto a tutela, independientemente si se trata de testamentaria, legítima o dativa, se le nombrará un curador.

En ese mismo sentido, el artículo 619 del cuerpo legal citado establece que, si el tutor se nombrará de forma interina, el curador será designado bajo las mismas circunstancias; de igual forma, la figura de curador interino se aplicará, cuando exista oposición de intereses, o bien, en casos de impedimento, separación o excusa del nombrado, de acuerdo con lo que regulan los artículos 620 y 621. En ese orden de ideas, en la misma norma se establece que, a la persona que de acuerdo a la ley tiene derecho a nombrar un tutor, le asiste la misma facultad para nombrar curador, siempre que medie autorización judicial, quedando este obligado a

defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, prestar vigilancia a las actuaciones del tutor, y cumplir lo que estipule la ley, según lo regulado por los artículos 623 al 626.

De lo dispuesto tanto por la doctrina como por la legislación mexicana, se puede deducir que la finalidad de la figura del curador, es la de ser prácticamente un supervisor ejecutor de las funciones del tutor, al cual le une un nexo indisoluble, la ley, pues esta dispone expresamente que no puede existir un curador sino ha sido previamente nombrado un tutor, sin embargo, se hace referencia a que el curador se encuentra sujeto a las mismas condiciones que se observan para el nombramiento de un tutor, aun así, se le permite excusarse del cargo si existe una causa legítima que lo justifique, entra en ese momento otra figura dependiente de la tutela, la del curador interino, que quedará obligado a cumplir con las obligaciones dispuestas para el titular de la curatela.

Efectos patrimoniales

De acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil Federal de México en su artículo 593, el tutor será responsable de rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año, independientemente de la fecha en que le hubiere nombrado para el cargo; la falta de esta disposición dentro de los tres meses siguientes motivará la remoción de este. Adicionalmente el artículo 594 dispone que, tiene la obligación de

rendir cuenta cuando por causas graves de acuerdo con el criterio del juez, sean motivo para su presentación, la que comprenderá no sólo las cantidades que hubiere recibido el tutor por producto de los bienes sino también, todas las operaciones que se hubieren practicado con el respaldo de los documentos que la justifiquen.

Por otra parte, de acuerdo con los artículos 595 y 596 de la norma en mención, el tutor será responsable del valor de los créditos activos si dentro de 60 días, contados desde el vencimiento de estos, no se ha percibido el pago o garantía correspondiente. De igual forma, si el incapacitado no se encuentra en posesión de los bienes a los que tiene derecho, el tutor será responsable de la pérdida de los mismos; finalmente, lo relativo a la rendición de cuentas por la administración del patrimonio del que se encuentra sujeto a la curatela, se debe realizar en el lugar en que se desempeña la tutela, de acuerdo con lo que dispone el artículo 596 del Código Civil Federal de México.

La curatela en Argentina

De acuerdo con la doctrina, existe una figura bajo la cual se enmarca a la persona incapaz, la insania, se le conoce como aquella condición por causa de enfermedades mentales, las personas no poseen la aptitud suficiente para dirigir su persona y, por ende, para administrar sus bienes. La declaratoria de esta circunstancia, produce que la persona sea colocada

al mismo nivel que un menor de edad, por lo que no puede ejercer todos los actos que se derivan del ejercicio de su capacidad jurídica. Este supuesto tiene lugar como resultado de una declaración judicial, comúnmente aplicable a personas que, por embriaguez habitual o uso de estupefacientes, realicen actividades perjudiciales contra sí o su patrimonio, o bien contra terceras personas; también es aplicable a personas que tienen alguna limitación, que a criterio de juez competente pueda resultar dañina para su persona o sus bienes.

Cuando cualquiera de los supuestos mencionados tiene lugar, surge la figura de la curatela, como un mecanismo de representación legal para aquellas personas mayores de edad que padecen de enfermedad mental, y como medio de asistencia para aquellas a quienes se les considera inhabilitadas. La función de la figura es principalmente, la preservación de la salud de la persona, a través de una persona designada, el curador, quien está obligado desde el momento de su nombramiento a velar por la correcta administración de su patrimonio. De acuerdo con el artículo 138 del Código Civil y Comercial de Argentina, la curatela se regirá por lo dispuesto para la tutela; sin embargo, la primera, está destinada al cuidado de la persona incapaz y sus bienes, así como, procurar por todos los medios posibles la recuperación de la salud del asistido.

Efectos legales

En el entendido que a la curatela le son igualmente las reglas de la tutela, el artículo 105 del Código Civil y Comercial de Argentina dispone que, podrá ejercerse por más de una persona, de existir diferencias entre quienes la desempeñen, toda discordancia deberá ser resuelta ante el juez que la haya instituido, con la intervención del Ministerio Público, para el efecto el mismo artículo también establece que, el cargo de curador no es delegable. Cualesquiera de los progenitores pueden nombrar curador, ya sea por testamento o escritura pública, pero esta designación deberá ser aprobada judicialmente, tal y como lo dispone el artículo 106 de la norma en mención. Previo a tomar posesión del cargo, se realizará el inventario y avalúo de los bienes, del mismo modo, el curador llevará cuenta fiel y documentada de las entradas y gastos de su gestión, de acuerdo con el artículo 130.

Efectos patrimoniales

De acuerdo con el Código Civil y Comercial de Argentina, una vez discernida la tutela, los bienes del tutelado deben ser entregados al tutor, previo inventario y avalúo que realiza quien el juez designa. De existir un crédito por parte del tutor o curador en contra de quien se encuentre sujeto a tutela o curatela, se deberá hacer constar en el inventario, de no hacerse, no podrá reclamarse posteriormente, salvo que el omiso se haya debido a la ignorancia de la existencia de este. Mientras no se realice el inventario,

el tutor sólo puede tomar las medidas de urgencia en caso de necesidad; así como, los bienes que el niño o adolescente haya adquirido por sucesión u otro título; deberán inventariarse y tasarse de la misma forma, tal y como lo establecen los artículos 115 y 116 de la norma citada.

Similitudes

Es conveniente acotar, el análisis de las distintas normativas de carácter civil, tanto de Guatemala, España, México y Argentina, se estableció que todas regulan la figura de la patria potestad y la tutela, como figuras encaminadas a la protección de los menores de edad y de las personas que han sido declaradas incapaces; esta se considera es el aspecto que juega un papel de concordancia, En cuanto a la patria potestad, los países citados establecen dentro de su Código Civil, que esta figura se aplica *ipso facto*, cuando se refiere a personas menores de edad y que subsistirá hasta que el que se encuentre sujeto a tal circunstancia, alcance la mayoría de edad de acuerdo con lo que para el efecto disponga cada Estado, que bien puede ser 18 o 21 años; en el entendido que también disponen que, antes de la mayoría de edad los menores serán capaces para determinados actos, incluso solicitar la emancipación.

Cuando los códigos civiles de los Estados citados, hacen referencia a la figura de la tutela, la avizoran de forma general, como aquella que se establece para salvaguardar los derechos de un menor cuando este, carece

de un pariente cercano o directo que asuma la patria potestad, por lo que la tutela se declara judicialmente; pero también, surte efectos cuando se trata de un mayor de edad con algún tipo de discapacidad intelectual. En cuanto a la regulación de la figura de la curatela, tanto España, México y Argentina, la regulan expresamente bajo el mismo supuesto, el de ser considerado un instrumento de asistencia para que el menor que no se encuentre sujeto a patria potestad o la persona que padezca algún tipo de discapacidad, pueda ser representado por un curador que les asista en los actos en los que no pueden intervenir por sí solos.

Finalmente, pero no menos importante, es la adhesión de todos los países objeto del estudio de derecho comparado realizado, a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, en el que de forma general se comprometieron a, establecer los mecanismos legales adecuados, para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos, es decir, ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que todas las demás personas; el fin, el mismo, salvaguardar como ya se ha dicho los derechos de quienes padecen alguna limitación que les impida representarse por sí mismos, y también velar por una correcta administración de su patrimonio, y de ser necesario utilizar los medios legales de defensa si terceros quisieran atentar contra estos.

Diferencias

En el Código Civil de Guatemala, España, México y Argentina, se ha logrado identificar que la principal diferencia radica en que, Guatemala no regula dentro de su ordenamiento legal la figura de la curatela; caso contrario, en los otros Estados citados sí regulan de forma específica; sin embargo, existen algunos aspectos distintivos en cada una de estas legislaciones que es pertinente mencionar, entre ellas, el Código Civil español, regula lo relativo a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, disposiciones igualmente aplicables cuando se refiere a menores emancipados, entre las cuales se contempla la curatela. Las funciones del curador podrán variar, si pese a haberse hecho lo necesario la persona que necesitó la asistencia no puede determinar su voluntad, en este caso se podrá incluir dentro de su asistencia funciones representativas.

La persona que solicite el apoyo lo solicitará en escritura pública, podrá incluir en esta, una cláusula en la que otorgue poder o mandato al curador en este caso, estipulando que cualquiera de estos subsistirá si en un futuro necesita de apoyo para el ejercicio de su capacidad. En tanto México, considera que de la tutela surge la figura del curador, pues toda persona a la que le haya sido asignado un tutor automáticamente se le nombra un curador, exceptuándose de esta disposición, cuando se trate de menores abandonados y expósitos o de menores sujetos a tutela dativa; si el tutor

se nombrara de forma interina, el curador será designado bajo las mismas circunstancias; de igual forma, la figura de curador interino se aplicará, cuando exista oposición de intereses, o bien, en casos de impedimento, separación o excusa del nombrado.

Así mismo, a la persona que de acuerdo con la ley tiene derecho a nombrar un tutor, le asiste la misma facultad para nombrar curador, siempre que medie autorización judicial, quedando este obligado a defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, prestar vigilancia a las actuaciones del tutor, y cumplir lo que estipule la ley. Argentina por su parte, es un poco más conservador en cuanto a la forma de regular la figura, incluso las reglas en lo que deba aplicarse serán las dispuestas para la tutela; sin embargo, si hace la distinción en cuanto a la aplicación para ambas, en ese sentido, establece que la curatela es la que está destinada a nombrar un curador para cuidar de la persona y los bienes de la persona incapaz, pero también, de procurar los medios eficaces que promuevan la recuperación de la salud de este.

Consideraciones especiales

En los distintos ordenamientos jurídicos, se ha distinguido especialmente lo relativo a la capacidad jurídica del individuo, principalmente la capacidad de obrar, tomando como punto de partida, el criterio generalizado de que la primera, es la aptitud para ser sujeto de derechos y

obligaciones, y que se adquiere cuando se cumple la mayoría de edad de acuerdo con la legislación de cada Estado. Sin embargo, la capacidad de obrar puede encontrarse limitada, lo que impediría al sujeto celebrar válida y eficazmente actos y negocios jurídicos; surgen entonces en algunas legislaciones, distintas figuras denominadas comúnmente como medidas de protección, destinadas a salvaguardar los derechos de la persona y de sus bienes, entre ellas la curatela.

A través del tiempo, se ha podido evidenciar el especial interés que se le ha prestado al tema de las personas con discapacidad, y la intención de muchos Estados de contemplar mecanismos que coloquen a estas en igualdad de condiciones frente a las demás personas; estos factores fueron determinantes para que a nivel internacional se tomara la decisión de celebrar en el año 1999, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, con la finalidad de proteger los derechos y salvaguardar el patrimonio de aquellos que se encontraran limitados, ya sea intelectual o físicamente en su capacidad de jurídica.

Es importante acotar que, dicha convención se celebró tomando de base inicialmente lo considerado dentro del contexto de la Convención de Derechos Humanos, en la que se establece que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, de este epígrafe especialmente, se considera que se inspira el artículo 12 de la primera, el que establece que

la persona discapacitada es también titular de derechos y reconoce esta como, la capacidad de actuar dentro de la esfera jurídica. Se considera que este criterio debe ser analizado desde diferentes aristas, primero, en el marco de los derechos humanos, es claro que todas las personas se encuentran en igualdad de condiciones tanto socialmente como jurídicamente; sin embargo, se considera que puede existir cierto riesgo de credibilidad en cuanto a las decisiones tomadas por una persona que carece de sus capacidades mentales.

Si bien es cierto, la figura de la curatela, se originó con el propósito de ser un mecanismo de asistencia para aquellas personas que no pudieran representarse a sí mismas y para velar por su patrimonio, también es cierto que en las legislaciones en las que se encuentra plenamente regulada se establece que debe ser la persona que padece la discapacidad quien debe solicitarla, siempre que el padecimiento sea leve o moderado, de ser un padecimiento que le impida ejercer su voluntad totalmente, esta se instituirá por orden judicial, aun así, el curador deberá actuar de acuerdo a la voluntad de la persona discapacitada, pero, ¿qué tan confiables serán esas decisiones?. Sin lugar a duda, este seguirá siendo un tema de conversación dentro de todos aquellos países en los que aún se tiene un pensamiento jurídico se puede decir restringido, en la implementación de esta figura.

La discapacidad, ha sido un tema que en materia de derechos humanos se ha colocado en la palestra de discusión de múltiples convenciones y prácticas entre Estados por su relevancia, pero ha sido realmente difícil llegar a un consenso generalizado sobre el tema y el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad intelectual y más aún lo relativo al reconocimiento de su capacidad jurídica. En este sentido, ha sido cuesta arriba el legislar en la materia, pero se ha logrado poco a poco; tanto es así, que ya son varios los países que a nivel mundial han realizado modificaciones a sus legislaciones para salvaguardar y proteger las garantías jurídicas de los discapacitados, entendiéndose dentro del término, también a los discapacitados intelectuales, obligándose principalmente los signatarios de los instrumentos internacionales relacionados con el tema.

El propósito del presente análisis no ha sido únicamente establecer la no existencia de la figura de la curatela en el ordenamiento jurídico guatemalteco; sino que, establecer la forma en la que se regula la figura en las distintas legislaciones que se tomaron de referencia para el estudio de derecho comparado realizado. Adicionalmente, constatar, que dentro del Código Civil guatemalteco no se regula ninguna figura de ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo que demuestra que aun siendo Guatemala signataria de la convención, no ha cumplido con los compromisos adquiridos en el marco de esta, pues dentro de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* todo lo pactado debe ser cumplido

por los Estados parte; en este sentido se propone la siguiente iniciativa de ley que contiene los aspectos que se sugiere debieran regularse en Guatemala con relación a la curatela.

Conclusiones

De acuerdo con el primer objetivo específico que consistió en, investigar la figura de la curatela desde el punto de vista doctrinario, sus orígenes, evolución y sujetos que intervienen se determinó que, los antecedentes señalan que los orígenes de la curatela se remontan al derecho romano, y que el tema de los derechos de las personas con discapacidad, promovió la celebración de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, independientemente si la limitación es física o intelectual, con el objeto de que puedan ejercitar su capacidad jurídica; a través de la intervención de un curador, asistencia que debe ser solicitada por el que la requiere, a menos que la limitación le impida en su totalidad manifestar su voluntad, en cuyo caso será nombrado por juez competente.

De acuerdo con el segundo objetivo específico, que consistió en, analizar los aspectos legales y doctrinarios de la figura de la curatela en Guatemala, sus efectos legales y patrimoniales se concluyó que, en la legislación civil guatemalteca, no se encuentra regulada la figura de la curatela, en ese sentido el Decreto Ley 106, Código Civil, cuando se refiere a los asuntos relacionados con la guarda y custodia de menores, remite expresamente a la figura de la patria potestad, en cuanto a las personas mayores de edad, el cuerpo legal citado refiere que, el declarado incapaz quedará sujeto a tutela para la administración de sus bienes y todo

lo que se refiera a su persona. Al ser parte el Estado de Guatemala de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se concluye que, no ha cumplido con los compromisos adquiridos en el marco de la misma.

Finalmente, de acuerdo al objetivo general que consistió en, comparar cómo se encuentra regulada la figura de la curatela en España, México y Argentina para establecer las diferencias y similitudes dentro de estos países, se llegó a la siguiente conclusión: en la legislación española, la curatela sí se encuentra plenamente regulada; Argentina por su parte, regula la figura de la curatela dentro del Código Civil y Comercial de ese país, sin embargo, los requisitos para instituir la, efectos, y forma de extinción, se regula expresamente en la figura de la tutela. Finalmente, México, regula de una forma más amplia la curatela, pero, indica que para que se pueda nombrar un tutor debe existir un curador, y que este fungirá como una especie de supervisor, es decir, deberá velar por la correcta administración de los bienes y de la persona que haya lícitamente solicitado la asistencia, por lo que, cada país tiene su particular forma de regular esa figura y que se podría tomar referencia de cada uno de los tres países para regular la curatela en Guatemala.

Referencias

- Álvarez Ramírez, M. & Villareal Arroyo, M. (2010). *Análisis de la curatela y la capacidad de actuar de las personas con discapacidad en Costa Rica, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. [Tesis de postgrado. Universidad de Costa Rica]. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/curatela-y-capacidad-de-actuar-de-personas-discapacitadas.pdf>
- Brañas, A. (1996). *Manual de derecho civil. Nociones generales de las personas, de la familia*. Fenix.
- Castillo Ramírez, M. (2015). *Análisis jurídico doctrinario, de la figura de la curatela en la legislación guatemalteca*. [Tesis de Licenciatura. Universidad de San Carlos de Guatemala]. http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_12794.pdf.
- Díaz Pardo, G. y Núñez Núñez, M. (2018). *La voluntad de la persona protegida*. Cengage Learning. Recuperado de: <https://www.digitaliapublishing.com/a/59872/la-voluntad-de-la-persona-protegida>

Enciclopedia Jurídica. (2020). *Curatela*. Recuperado el 27 de mayo de 2022 de <http://www.encyclopediajuridica.com/d/curatela/curatela.htm>

Galiano Maritan, G. (2012). *La curatela como institución protectora a las personas con discapacidad. Análisis conceptual y de derecho comparado*. Universidad de Ciego de Ávila Cengage Learning. Recuperado de. <https://www.eumed.net/rev/cccss/20/ggm3.html>

García Garnica, M. (2014). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Cengage Learning. Recuperado de. <https://www.digitaliapublishing.com/visor/40470>

Garrido Gómez, M. (2011). *Lo queda del principio clásico Pacta Sunt Servanda*. Cengage Learning. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5497978.pdf>.

Guillarte Martin, C. (1997). *La Curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. MacGraw-Hill.

Instituto de Derecho Iberoamericano. (2019). *La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad*. Recuperado el 27 de mayo de 2022 de <https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/>.

- Lacruz Berdejo, J. (2010). *Elementos de derecho Civil. Tomo IV: Familia*. Cengage Learning. Recuperado de: <https://www.digitaliapublishing.com/a/7764/elementos-de-derecho-civil.-tomo-iv--familia->
- Delgado Giménez, L. (2022, 4 de febrero). *¿Qué es la curatela?* Recuperado el 16 de enero de 2023 de <https://www.legalitas.com/actualidad/que-es-la-curatela>
- López Barba, E. (2020). *Capacidad jurídica*. Cengage Learning. Recuperado de: <https://www.digitaliapublishing.com/visor/76685>
- Obarrio Moreno, J. (2011). *Estudios de tradición romanística. Tutela et curatela*. (Cengage Learning. Recuperado de: <https://www.digitaliapublishing.com/a/13719/estudios-de-tradicion-romanistica.-tutela-et-curatela>
- Organización de Estados Americanos. (2022). *Relatoría sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad*. Recuperado el 27 de mayo de 2022 de: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/DPD/default.asp>
- Pérez Vargas, V. (1994). *Derecho privado. (5a.ed.)*. (s.e.).

Pérez Contreras, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. (1ª. ed.)
Recuperado el <https://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/3993/1/-Derecho-de-Familia-y-Sucesiones-Mari-a-de-Montserrat-Perez-Contreras-pdf-1-1.pdf>

Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado octubre 2014 Edición 23. <https://dpej-rae-es.webpkgcache.com/doc/-/dpej.rae.es/lema/curatela>

Salas Murillo, S. (2013). *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la convención de Naciones Unidas*. Cengage Learning. Recuperado de:
<https://www.digitaliapublishing.com/a/28537/los-mecanismos-de-guarda-legal-de-las-personas-con-discapacidad-tras-la-convencion-de-naciones-unidas>

Sandoval de Aqueche, M. (1994). *Derecho Civil*. (s.e.).

Legislación Nacional

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*.

Jefe del Gobierno de la República de Guatemala. (1963). *Código Civil*.
Decreto Ley número 106.

Organización de Naciones Unidas. (2008). *Convención sobre los
Derechos de las Personas Con Discapacidad*. Ratificado por
Guatemala en octubre de 2008.

Legislación Internacional

Cortes Generales de Argentina. (2014). *Código Civil y Comercial de la
República de Argentina*.
https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf

Cortes Generales de España. (1889). *Código Civil Español*.
<https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>

Cortes Generales de México. (1932). *Código Civil Federal de México*.
Decreto número 70.
<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>

Anexos

Anexo I

Consiste en una propuesta de proyecto para regular en Guatemala la figura de la curatela.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INICIATIVA DE LEY QUE PROPONE REGULAR LA FIGURA DE LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

HONORABLE PLENO:

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que, el Estado garantiza la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y reincorporación integral a la sociedad. La Ley regulará esta materia y creará los organismos técnicos y ejecutores que sean necesarios. En este mismo orden de ideas, Guatemala mediante Decreto Gubernativo 59-2008 ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, a través del cual adquirió obligaciones tendientes a garantizar los derechos de las personas con

discapacidad, entiéndase dentro de este término tanto las limitaciones físicas como psíquicas y sensoriales.

Los aspectos más relevantes de éste instrumento internacional se encuentran, el establecer la normativa interna de los Estados parte, las herramientas de apoyo necesarias tendientes a garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad tanto física, como intelectual; es así, como distintos países a nivel internacional lo confirman y ratifican dicha convención, reformado su legislación de forma expresa con la finalidad que la curatela, es una medida de apoyo para que las personas con limitaciones intelectuales puedan ejercer su capacidad jurídica y decidir sobre sí y sobre sus bienes a través de un curador y por ser Guatemala parte integral se estima conveniente legislar de igual forma en la materia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO-----2023

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO

Que es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Y que es obligación del Estado y de las autoridades, mantener a los habitantes de la Nación, en el pleno goce de los derechos que la

Constitución garantiza; y que dicha Ley Fundamental de la República ha previsto instrumentos y mecanismos de supervisión y control que es necesario desarrollar a través de legislación específica con el propósito de hacer efectivo el ejercicio de ciertos derechos.

CONSIDERANDO

Que al no establecerse específicamente dentro del Decreto Ley 106 ninguna figura jurídica como medida de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, no solamente se les está vedando un derecho que legalmente les asiste; sino también, se está incumpliendo con lo pactado en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y los compromisos adquiridos en el marco de la misma, en cuanto al reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

Las siguientes:

REFORMAS AL DECRETO LEY 106 CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA

Se adiciona la figura denominada la Curatela, se establecerá en el Capítulo X por lo que se correrá el orden de los establecidos en el actual Código Civil, Decreto Ley 106; el que contemplará el siguiente articulado:

Artículo 1. Concepto: La curatela es la figura jurídica mediante la cual a las personas mayores de edad que se encuentran imposibilitadas de velar por sus propios intereses, cuidar de sí mismas y realizar la administración de sus bienes es un derecho de familia.

Artículo 2. Normas aplicables La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección. La principal función del curador es ser cuidador, preceptor, administrador de los bienes de la persona incapaz, y cubrir sus necesidades. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin.

Artículo 3. Personas que pueden ser curadores La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos

incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

Artículo 4. Persona protegida con hijos El curador de la persona incapaz es el tutor de los hijos menores de edad. Sin embargo, el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo un tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales.

Artículo 5. La presente reforma entrará en vigencia 8 días posteriores a su publicación en el diario oficial.

REMÍTASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN,
PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

Emitido en el Palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala el 30 de octubre dos mil veintitrés.