

**EL RESPETO A LA VOLUNTAD DEL TUTELADO EN EL  
DERECHO JAPONÉS**

**Ruben E. Rodriguez Samudio\***  
**Shiho Yamaguchi (\*\*)**

(Recibido 03/05/19 • Aceptado 21/11/19)

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Hokkaido, Japón.  
Profesor asistente de la Universidad de Hokkaido, Japón.  
Abogado de la República de Panamá.

\*\* Licenciada en Derecho, Universidad de Keio, Japón

**Resumen:** Para hacer frente a un fenómeno de envejecimiento poblacional, el sistema japonés de protección al mayor de edad discapacitado fue reformado en el año 1999, introduciendo nuevo sistema de protección: la asistencia, añadiéndolo a la curatela y la tutela. A su vez, se introdujo un sistema de tutela voluntaria con miras a permitir al tutelado una mayor participación en el manejo de sus negocios.

**Palabras Clave:** Tutela, Japón, Capacidad Legal, Mandato.

**Abstract:** To deal with the issue of aging population, the Japanese system to protect disabled adults was reformed in 1999, by adding a new type of protection, assistance, to tutorship and guardianship. Furthermore, a new system of voluntary guardianship was introduced to allow the subjects of such guardianship to better participate in the administration of their affairs.

**Key Words:** Guardianship, Japan, Legal Capacity, Power of Attorney.

## Índice:

### INTRODUCCIÓN

#### I. ANTECEDENTES

1. El sistema de interdicción

#### II. EL SISTEMA ACTUAL

1. La guarda legal
2. La tutela voluntaria
3. El respeto a la autodeterminación y la protección del tutelado

#### III. LIMITACIONES DEL SISTEMA

### CONCLUSION

### Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

La capacidad jurídica es uno de los pilares del sistema de derecho civil moderno basado en el principio de libertad contractual. No obstante, esta libertad se basa en la premisa de que el individuo posee plena capacidad para entender las consecuencias de sus actos y por ende debe hacerse responsable de los mismos. Sin embargo, el ser humano, ya sea por enfermedad o por el simple transcurso del tiempo, puede perder gradual o repentinamente sus facultades tanto físicas como mentales y esto último puede traducirse en algunos casos en una reducción a su capacidad de entendimiento, por lo que el derecho prevé mecanismos para que estos individuos reciban un grado de protección acorde con sus nuevas realidades. Los códigos civiles de la tradición continental europea hacen uso de la figura de la tutela y la curatela, figuras caracterizadas por su rigidez en cuanto a las personas que pueden ser nombrados tutores o curadores, prefiriéndose a parientes cercanos, poca participación del tutelado o pupilo en la designación del guardador o sus atribuciones entre otros.

Sin embargo, la tendencia moderna en el derecho es permitir al individuo cierto nivel de participación en las decisiones referentes a su cuidado. En Inglaterra la *Mental Health Act* de 2005 consagra la figura del *Lasting Power of Attorney* para casos en los que el mandante sufra una discapacidad mental. El artículo 1896 del BGB alemán le permite al propio interesado iniciar el proceso para establecer la guarda legal y también establece el sistema de nombramiento anticipado o *Betreuungsverfügung*. Esta tendencia también puede observarse en legislaciones latinoamericanas recientes, el artículo 139 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina permite la designación mediante directiva anticipada de la persona que fungirá como curador. De igual manera el artículo 8 de la Ley no. 9379 de 2016 de Costa Rica para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad le otorga al individuo la legitimidad para solicitar la salvaguarda. El derecho japonés contempla una serie de figuras que le permiten al tutelado o pupilo una amplia participación en la designación del guarda y las facultades que le corresponden a este. Este sistema, producto de una reforma llevada a cabo en el año 1999 es una respuesta a un fenómeno de envejecimiento de la población y cuyos efectos pueden observarse actualmente en la disminución del capital humano para las diferentes industrias del país.

Este artículo se enfoca en las figuras de la asistencia y la tutela voluntaria con el objetivo analizar como el sistema japonés de la guarda hace énfasis alcanza un balance entre la protección de los derechos del incapacitado bajo el marco del respeto a su derecho de autodeterminación, así como los desafíos que ha afrontado el sistema tras 20 años de su implementación.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.- El sistema de interdicción**

El actual código civil japonés fue promulgado en 1898, un resultado de los esfuerzos del gobierno japonés para modernizar el país y adecuarlo a las exigencias de las potencias occidentales. Si bien el código introdujo muchos conceptos legales propios de occidente, y en específico del sistema continental europeo, como lo son la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento injustificado, etc., el sistema de interdicción se fundamentaba en el concepto tradicional japonesa de la familia basado en las enseñanzas del confucionismo. La familia era el centro de la vida diaria suplantando el concepto del individuo, y era común que una misma casa habitaran varias generaciones, lideradas por un patriarca. La guarda no buscaba proteger los intereses del individuo, sino evitar que individuos con enfermedades mentales pudieran afectar al grupo mediante una mala administración de los bienes familiares.<sup>1</sup>

La guarda se presentaba en dos modalidades, la interdicción y la cuasi-interdicción. Bajo la primera, el interdicto perdía toda capacidad jurídica, adquiriendo el tutor la representación de todos sus negocios y en consecuencia el poder de anulación sobre actos jurídicos realizados por el interdicto, excepto aquellos actos relativos a derechos personalísimos como el matrimonio. En la cuasi-interdicción el interdicto requería de la autorización del curador para poder administrar algunos bienes o negocios jurídicos. Sin embargo, a diferencia del tutor, el curador no poseía el poder de representación por lo que no podía anular los actos jurídicos realizados por el interdicto sin el consentimiento de este último.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Esto es visible aún en el término utilizado, “Kinchisan” que entendido en baso a los caracteres que lo componen significa “prohibición de gobernar los bienes de la familia”.

<sup>2</sup> Ida Katsumi, “*Treatise on the Adult Guardianship System*”, Teikoku Tanki Daigaku Kiyō, N°12–2001, p 62.

Debido a que la finalidad del sistema era la protección de los bienes familiares y no el resguardo de los derechos del interdicto, Solo los familiares del individuo con discapacidad tenían legitimación para presentar la solicitud de interdicción, obteniendo los conyugues la tutela de manera automática. El sistema requería el individuo hubiese perdido completamente la razón, requisito difícil de apreciar en la práctica producto de una falta de profesionales médicos capaces de realizar los exámenes necesarios y el alto costo de los trámites judiciales. Por otra parte, el sistema no era aplicable a aquellos casos en los que el individuo estuviera sufriendo de una leve limitación a su capacidad de raciocinio. El sistema también representaba un estigma social producto del sistema de registro civil japonés basado en la figura del *koseki tobon*.<sup>3</sup> Sumado a esto, la declaración de interdicción también traía como consecuencia que el interdicto perdiera cualquier idoneidad, así como cualquier cargo público que estuviera ocupando, por lo que se tornaba en una decisión que podía afectar a la familia en general. Todas estas limitaciones se tradujeron en una anuencia por parte de los familiares en utilizar el sistema.

## II. EL SISTEMA ACTUAL

A pesar de que el código civil japonés fue modificado tras la segunda guerra mundial para eliminar referencias a la concepción tradicional japonesa de familia y para que la distribución de la herencia fuera más acorde con los ideales de igualdad valorados por occidente, no fue sino hasta mediados de la década de los 90 cuando comienzan las discusiones para realizar una reforma al sistema de interdicción. El resultado fue una reforma basada en dos pilares, una modificación total del sistema de guarda legal consagrado en el código civil y la introducción de un sistema de tutela voluntaria, ambos enfocados en el respeto al derecho de autodeterminación del individuo y la protección del individuo. Para

---

<sup>3</sup> El *Koseki Tobon*, coloquialmente llamado *koseki*, es el registro alrededor del cual se desarrolla el sistema de relaciones familiares japonesas. Matrimonios, nacimientos, defunciones, adopciones y demás actos similares deben registrarse en el *koseki* para que se consideren válidos. Los actos inscritos en el registro no pueden ser borrados, la inscripción de la anulación o revocación del acto únicamente conlleva que el mismo una tacha, por lo que la interdicción inscrita en el *koseki* sería permanente, aun cuando posteriormente fuera revocada. No era extraño encontrar casos donde el interdicto, una vez recuperadas sus facultades, reclamara a sus familiares haberle convertido en un incapaz o por haber profanado su *koseki*.

los efectos de la guarda legal, el respeto al derecho de autodeterminación se entiende como el respeto a las decisiones que adopte un individuo<sup>4</sup> aun después de haya sufrido una disminución en su capacidad de entendimiento y que se encuentren basadas en el uso de su capacidad restante.<sup>5</sup> El principio busca entonces asegurarle al individuo un control sobre su vida diaria basado no en la capacidad que poseía en el pasado, sino en la capacidad que tenga al momento de tomar una decisión determinada.

## 1. La guarda legal

La reforma de 1999 elimina la interdicción e introduce tres figuras nuevas: la asistencia, la curatela y la tutela, conocidas en conjunto como el sistema de guarda legal para diferenciarlas de la tutela voluntaria. También se abandona el mandato legal de otorgar la guarda de manera inmediata a determinados individuos del entorno familiar cercano del afectado y se obliga al juez a tomar en cuenta cualquier conflicto de intereses que pueda existir entre el discapacitado y el guardador.<sup>6</sup> Como complemento a la reforma del código civil se promulga la Ley de Registro de la Tutela (Ley 152/1999), que retira la información referente a la tutela del koseki y crea una base de datos especializada, protegiendo la privacidad de las personas que sean sujeto de una guarda legal y otorgando seguridad a los negocios o contrapartes que quieren verificar la capacidad jurídica de un individuo.

El respeto a la autodeterminación del individuo puede observarse inmediatamente en la legitimación para solicitar la guarda, permitiéndole al individuo la capacidad de solicitar el Juez de Familia que declare la guarda legal bajo cualquiera de las tres figuras. La tutela legal, llamada así para diferenciarla de la tutela voluntaria, no difiere mucho de la interdicción en el antiguo sistema, siendo aplicada a individuos que no son capaces de comprender las consecuencias de sus acciones producto de una discapacidad mental absoluta. La curatela y la asistencia son figuras que buscan proteger a un individuo que, si bien ha sufrido una disminución en sus facultades mentales, no requiere de un cuidado especial ni profesional.

---

4 Kanemitsu, Hiroyuki, “*Zaisan kanri no shiten kara: seinen koken seido no genjo to kadai*”, *The Japanese Journal of Law and Political Science*, N°53(1)–2017, pp. 288.

5 Haruko Yamaguchi, “The adult’s guardian system : an adjustment of the principles of “respecting self-made decision” and of “guardianship”, *Kenkyu Kiyu No. 15–2008*, p. 63

6 Artículo 843(4) del código civil.

La asistencia se reserva para aquellos individuos que en ocasiones no demuestran un nivel de discernimiento acorde con su edad o sus capacidades ordinarias, sin que esto se traduzca en una incapacidad total para administrar sus negocios diarios, siendo un requisito sine qua non que el individuo conserve hasta un cierto nivel su capacidad de obrar. El asistido es plenamente capaz de comprender e interiorizar que sus capacidades mentales han sufrido una merma, sin que esto influya gravemente en su vida diaria. De allí, que sea el mismo individuo quien solicite la asistencia, ya sea de manera directa o a través de representante, este último que puede ser un familiar. La curatela y la asistencia son figuras que comparten muchas normas y cuya aplicación se diferencia en dos puntos. El primero es el nivel de disminución en la capacidad de obrar del individuo, siendo necesario que el mismo sea mucho más marcado y que afecte la vida cotidiana del sujeto en mayor medida el caso de la curatela. Por ende, la curatela no requiere de autorización del sujeto que se verá sometida a la misma. La asistencia es una figura eminentemente voluntaria, sobre la cual el individuo puede retirar su consentimiento en cualquier momento en tanto el Juzgado de Familia no haya declarado la asistencia inclusive en aquellos casos en los que se compruebe que la administración de los bienes por el propio individuo pueda causarle perjuicios.<sup>8</sup>

En este sentido, la asistencia es similar al mandato, difiriendo en el hecho de que una vez dictada la resolución que declara la asistencia, el asistido no puede actuar en su propio nombre sobre los actos jurídicos detallados en el acta y no cuenta con una facultad absoluta de dar por terminada la asistencia de manera unilateral. La segunda diferencia entre la curatela y la asistencia radica en las facultades del asistente o curador. El artículo 13 del código civil japonés divide las atribuciones del curador o asistente en: 1. Autorización para la adquisición, recepción o disposición de dinero (préstamos, donaciones, herencias, etc.) o de bienes ya sea muebles o inmuebles, 2. Actuaciones procesales (procesos judiciales o arbitraje), y 3. Confirmación de los actos que el discapacitado realice

---

<sup>7</sup> Corte Superior de Sapporo, Sentencia de 25 de diciembre de 2000, Kagetsu 53-8-74.

<sup>8</sup> Corte Superior de Sapporo, Sentencia de 30 de mayo de 2001, Kagetsu 53-11-112.

como representante legal de un tercero. El curador adquiere todas estas facultades de pleno derecho una vez declarada la curatela, sin embargo, en la asistencia será el asistido quien determine y de su consentimiento sobre la facultad que desea otorgarle al asistente, al punto de que ni siquiera el juez de familia puede ampliarlas sin autorización del asistido. Esta situación no ocurre en la curatela ya que el código le permite al curador solicitar facultades especiales para atender negocios que no se encuentren descritos taxativamente en el artículo 13, previa autorización del juez.

El código civil establece una limitación al sistema de guarda, independientemente de la figura que se utilice. El sujeto a la guarda conserva la facultad de realizar negocios ordinarios relacionados con su diario vivir, entendidos como aquellos negocios jurídicos normalmente necesarios para desenvolverse día a día.<sup>9</sup> Finalmente, de las tres figuras que conforman la guarda legal la asistencia le confiere el mayor nivel de libertad al individuo situación que se ve reflejada en su vida profesional. Debido a que el asistido puede llevar a cabo una vida relativamente normal la declaración de asistencia no afecta ningún tipo de idoneidad o cargo público que el asistido ocupe, pudiendo continuar sus funciones en tanto no se vean afectadas por su condición.<sup>10</sup>

## **2. La tutela voluntaria**

Junto con la reforma al sistema de guarda legal, se introdujo un modelo voluntario de tutela bajo la Ley sobre el Contrato de Tutela Voluntaria (Ley 150/1999). Este contrato busca limitar la intervención de los organismos públicos al mínimo basado en los principios de la autonomía de la voluntad del individuo y el respeto a su derecho de autodeterminación. Por ende, el contrato de tutela voluntaria es una modalidad de mandato bajo el cual el mandante encarga al mandatario total o parcialmente el cuidado de su vida diaria, tratamientos médicos, el cuidado personal y la administración del patrimonio en el caso de que el mandante sufra una disminución en su capacidad de entendimiento

---

<sup>9</sup> Takeshi Sakuma, *Minpo no Kiso 1*, Editorial Yuhikaku, Tokio 2011. p. 91.

<sup>10</sup> Tanto la curatela como la tutela conllevan una suspensión de cualquier idoneidad que posea el individuo que sea objeto de la guarda. Sin embargo, últimamente el gobierno japonés analiza la posibilidad de permitir al sujeto de curatela conservar su idoneidad.



derivada de enfermedad mental. El mandatario obtiene las facultades de representación sobre las tareas comisionadas, produciendo sus efectos desde el momento en que el Juzgado de Familia designe a un supervisor de la tutela denominado protutor voluntario.<sup>11</sup>

Este contrato surte efecto en dos etapas: la primera dura en tanto el mandante conserve sus capacidades mentales y durante la cual puede rescindir del contrato como lo haría en un mandato ordinario.<sup>12</sup> La segunda etapa comienza una vez se determine la disminución en la capacidad de entendimiento del mandante y se dé el nombramiento del protutor, tras lo cual el contrato surte sus efectos y se configura la tutela, perdiendo el mandante la capacidad de dejar sin efecto el contrato, salvo por causa justificada y con autorización del Juzgado de Familia<sup>13</sup>. El nombramiento del protutor voluntario se constituye en una cláusula suspensiva, cuyo fin es evitar abusos por parte del tutor voluntario, quien debe ejercer su poder de representación bajo la supervisión del protutor voluntario.<sup>14</sup>

El contrato debe celebrarse ante notario público<sup>15</sup>, a fin de dar fe que el interesado lo ha firmado, otorgándole validez *prima facie* y reduciendo las posibilidades de pleito.<sup>16</sup> El contrato debe registrarse en el Registro Público, tras lo cual sus efectos quedan en suspenso hasta el momento en el que el mandante se encuentre en la situación de carencia de capacidad de entendimiento y se nombre al protutor.

La tutela voluntaria se presenta en tres modalidades: el tipo futuro; el tipo de traslado; y el tipo de efecto inmediato<sup>17</sup>. En el tipo futuro el mandante puede establecer las condiciones del contrato. En el contrato de tipo traslado, las partes celebran un contrato de mandato y el contrato de la tutela voluntaria al mismo tiempo. El mandatario está obligado a llevar los negocios del mandante con arreglo a lo establecido en el

---

<sup>11</sup> Artículo 2(1) de la Ley 150/1999

<sup>12</sup> Artículo 9(1) de la Ley 150/1999.

<sup>13</sup> Artículo 9(2) de la Ley 150/1999.

<sup>14</sup> Akihiko Kobayashi, Tasuku Daimon, Shin Seinen Koken Seido no Kaisetsu, Editorial: Kinyu Saisei Jijo Kenkyukai, Tokio, 2011. p. 230.

<sup>15</sup> Artículo 3 de la Ley 150/1999.

<sup>16</sup> Kobayashi y Daimon supra nota 14 p. 232.

<sup>17</sup> Kobayashi supra nota 14 p. 225-227.

contrato de mandato hasta el nombramiento del protutor voluntario, tras lo cual el mandato pierde eficacia y se da el traslado al contrato de la tutela voluntaria. Finalmente, en los contratos de efecto inmediato el mandante ya sufre alguna merma de su capacidad de entendimiento, pero aún conserva suficiente capacidad volitiva para firmar el contrato de la tutela. Este tipo resulta particularmente útil para individuos que estén sometidos a la asistencia o la curatela ya que tan pronto se dé la firma del contrato es posible solicitar el nombramiento del protutor voluntario al Juzgado de Familia.

### **3. El respeto a la autodeterminación y la protección del tutelado**

En la práctica los Juzgados de Familia suelen respetar los contratos de tutela voluntaria. La Ley 150/1999 establece que el contrato de tutela voluntaria debe privar sobre las reglas de tutela legal establecidos en el código civil, no obstante, el artículo 10 de la ley prevé que, cuando considere que es especialmente necesario para salvaguardar los intereses del interesado, el Juzgado de Familia puede iniciar el proceso para dictar resolución de tutela legal, ignorando el contrato de tutela voluntaria. Empero, la ley no define que estándar debe emplearse para si es necesario declarar la guarda legal. La jurisprudencia sobre el tema es limitada y se encuentra dividida en cuanto a la manera de salvaguardar los intereses del tutelado. Bases de datos tanto públicas (sitio de la Corte Suprema de Justicia), como privadas (Westlaw Japan y Lexis Nexis Japan) revelan solo tres casos en los que la primacía de la tutela voluntaria sobre la tutela legal haya sido objeto de disputas. En un caso del año 2000, la hija mayor inicio el proceso para la constitución de la asistencia de su padre<sup>18</sup>. Sin embargo, antes de que el juzgado dictará la resolución, otra hija celebró y registró un contrato de tutela voluntaria de tipo inmediato con el padre, tras lo cual el padre retiro su consentimiento para la constitución de la asistencia. Debido a que el consentimiento del asistido es un elemento fundamental de la figura de la asistencia, la corte determinó que no existían fundamentos para dictar la resolución de asistencia en este caso<sup>19</sup>. La

---

<sup>18</sup> Corte Superior de Sapporo, Sentencia de 25 de diciembre de 2000, Kagetsu 53-8-74.

<sup>19</sup> Shigeru Hoshino, “*Nin’i koken keiyaku ho 10jo 1 ko ni sadameru* (honnin no riei no tame ni toku ni hitsuyo ga aru) to mitomeru toki ni gaito suru to sareta jirei”, *Shiho Hanrei Rima-kusu* No.49–2014,: p. 63

corte considero que la declaración de la asistencia no era especialmente necesaria para salvaguardar los intereses del discapacitado, toda vez que el inventario de los bienes ya se había llevado a cabo, y la hermana menor del discapacitado había hecho preparativos de la administración.

En otro caso similar, el hijo mayor de los discapacitados solicitó la constitución de la curatela<sup>20</sup>. Sin embargo, antes de la resolución, el hijo menor, quien en ese momento administraba los bienes de los padres, celebró y registró un contrato de tutela voluntaria de tipo inmediato con los padres. El juez de primera instancia no tomó en cuenta la existencia del contrato de tutela voluntaria y nombró a un abogado como curador debido al conflicto entre los hijos. El hijo menor apeló la resolución y el juez de segunda instancia estableció que para poder declarar la curatela cuando exista un contrato de tutela voluntaria, el juez de primera instancia debe determinar el bienestar superior del discapacitado tomando en cuenta los siguientes elementos: 1. El alcance del poder de representación del tutor voluntario. 2. La cuantía de la remuneración del tutor voluntario. 3. Cuando se trate de personas a las cuales la ley les impide ser tutores (menores de edad, personas sometidas a un proceso de quiebra, individuos exentos por orden judicial, individuos o familiares de individuos que hayan demandado al tutelado). Debido a que el Juez de primera instancia no estudió dichas causas, la corte de segunda instancia regresó el caso al juzgado de primera instancia para que emitiera fallo tras realizar dicho análisis.

Finalmente, en un caso de 2012, la hija, quien vivía con la madre, firmó y registró un contrato de tutela voluntaria del tipo traslado con la madre en el año 2010.<sup>21</sup> En mismo año, la madre presentó problemas con su memoria a corto plazo lo que le impedía recordar su dirección y otra información de igual importancia. Después de someter a su madre a un examen médico en 2012 el hijo solicitó la constitución de la tutela legal. El juez de primera instancia designó el protutor voluntario, dando inicio

---

Yasushi Hirayama, *“Hosa kaishi no shinpan nit suite no doi no umu oyobi nin’i keiyaku to hosa kaishi no shinpan to no kankei”*, Jissen Seinen Koken No.21–2007, p. 105.

<sup>20</sup> Corte Superior de Osaka, Sentencia de 5 de junio de 2002, Kagetsu 51-11-54.

<sup>21</sup> Corte Superior de Osaka, Sentencia de 6 de septiembre de 2012, Kagetsu 65-5-84.

a la tutela voluntaria, pero el Juez de segunda instancia, basándose en la administración inadecuada de los bienes por la hija, nombró a un abogado como tutor legal sobreponiéndose a la tutela voluntaria. Esta sentencia aborda la figura del interés superior del tutelado puede enfocarse desde la perspectiva de la administración de sus bienes. Sin embargo, casos como el anterior son raros ya que en la práctica instituciones bancarias han establecido sistemas que permiten al tutor o guarda administrar los bienes mediante figuras similares al *trust* a fin de evitar abusos.

### III. LIMITACIONES DEL SISTEMA

La implementación ha resultado en la simplificación de los trámites necesarios para establecer la guarda. De acuerdo con los datos del Órgano Judicial japonés, de 2012 a 2016 se recibieron alrededor de 35 mil solicitudes por año.<sup>22</sup> De estas, 95% fueron concedidas, 0.04% fueron rechazadas y 4.1% fueron retiradas o terminaron por la muerte del individuo o fueron retiradas por el peticionario. En cuanto a los solicitantes, los hijos del discapacitado lideran la lista (29%), seguidos por organizaciones municipales (18.8%), otros familiares (12.8%), el propio discapacitado (12.6%), hermanos (12.6%), cónyuges (5%). La fiscalía cierra la lista con solo 3 casos. Las solicitudes son tramitadas con prontitud: 45% de los casos son resueltos en un mes, 31.9% de los casos duran de 1 a 2 meses. De allí el porcentaje disminuye, de 2 a 3 meses (12%), de 3 a 4 meses (5.3%) de 4 a 5 meses (2.4%) de 5 a 6 meses (1.2%) y solo un 1.7% de los casos demoran más de 6 meses.

No obstante, tanto la doctrina como gremios profesionales relacionados tanto a la interpretación como aplicación de la ley. Yabumoto señala que parece existir una contradicción dentro del sistema basado en el respeto a la autodeterminación y la protección del individuo, puesto que un individuo cuya capacidad de juzgamiento se encuentra sesgada mal puede ejercer su autodeterminación.<sup>23</sup> Por ende, las normas dividirse en aquellas que buscan la protección del individuo y aquellas que

---

<sup>22</sup> Saiko Saibansho Jimu Kyoku Katei Kyoku (2016): “*Seinen Koken Kankei Jiken no Gaikyo*”. [en línea]. [http://www.courts.go.jp/vcms\\_lf/20170324koukengaikyoku\\_h28.pdf](http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20170324koukengaikyoku_h28.pdf). Consulta: 9 de enero de 2019.

<sup>23</sup> Tomoji Yabumoto, “*Seinen koken seido ni okeru bonin ishi no soncho ni tsuite*”, Academic Archives of Yamaguchi Prectural University N° 8–2015, p. 8.

protejan su derecho a la autodeterminación. En la práctica la discusión se centra en el nivel de capacidad necesario para celebrar el contrato de tutela voluntaria, en particular si la capacidad de entendimiento necesaria para firmar el contrato es la misma a la que hace referencia el código civil y que sirve como base para determinar la constitución de la guarda legal. En realidad, es un problema de graduación de la capacidad del individuo. Arai considera que estas dos capacidades son diferentes, puesto en guarda legal el Juzgado de Familia designa el asistente, guarda o tutor, ejecutando una labor de supervisión sobre los mismos<sup>24</sup>. Diferimos con Arai por lo menos en lo que a la tutela legal se refiere, por cuanto que en los casos en que el individuo pudiera ser sometido a la tutela legal su capacidad de entendimiento habría disminuido hasta tal punto que le resultaría imposible celebrar el contrato. En los casos de una disminución cognitiva que solo sean objeto de asistencia el asistido conserva un grado de discernimiento elevado, por lo que puede aducirse que conserva la capacidad de celebrar un contrato de esta naturaleza. El caso de la curatela es más complicado, pero basados en el hecho de que el código civil le permite al sometido a curatela asumir la representación de negocios ajenos en ciertos casos puede argumentarse que dependerá de la circunstancia del caso.

Fuera de estas discusiones doctrinales, este problema se refleja en la práctica no desde la perspectiva del mandante, sino desde los requisitos legales para la celebración del contrato de tutela voluntaria. Si bien la ley requiere que el contrato se perfeccione frente a notario público, la norma no requiere que el mandante demuestre que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales ni le permite al notario solicitar pruebas para tal fin. La función del notario se limita únicamente a verificar que el contrato cumpla con las formalidades legales y que el mandante lo firmó personalmente, sin que pueda negarse a dar fe pública de estos hechos aun cuando tenga serias dudas sobre la capacidad del mandante. El colegio de abogados de Japón ha propuesto que el mandatario tenga la obligación de determinar el estado de salud mental del mandante y que solicite al Juzgado de Familia el nombramiento del protutor voluntario una vez se constate una disminución de la capacidad de entendimiento

---

<sup>24</sup> Makoto Arai, “*Nin’i Koken Seido wo Kangaeru*”, Jissen Seinin Koken No. 71–2017, p. 11.

del mandante, sin embargo a la fecha no ha habido cambios a la ley.<sup>25</sup> Por otra parte, si en el curso del proceso de declaración de la tutela surgen dudas en cuanto a la capacidad del mandante al momento de firmar el contrato Juzgado de Familia no cuenta con la facultad de juzgar sobre la validez del contrato, siendo necesario recurrir a la jurisdicción civil ordinaria para resolver cualquier controversia sobre este punto, negándose el principio de celeridad que se erige como pilar del sistema.

La aplicación del principio de superioridad de la tutela voluntaria también ha sido objeto de discusiones doctrinales. Por ejemplo, Nishihara considera que cuando el contrato de tutela voluntaria se firma de manera posterior al inicio del proceso de declaración de la tutela legal el principio de superioridad debe aplicarse con prudencia.<sup>26</sup> Yamada considera que hay dos situaciones en las cuales resulta necesario anteponer la tutela legal a la voluntaria para salvaguardar los intereses del interesado: cuando el discapacitado busque anular el contrato de la tutela voluntaria y cuando el abogado designado como tutor voluntario se vea incapacitado para llevar su labor, física o mentalmente.<sup>27</sup> Por su parte, Kamiyama propone cinco factores para determinar las situaciones en las que la constitución de la tutela legal resulta más útil para salvaguardar los intereses del tutelado: 1. Las atribuciones del tutor voluntario son insuficientes para proteger el tutelado. 2. El contenido del contrato es injusto. 3. El tutor voluntario no es apto para llevar a cabo sus funciones. 4. Existen sospechas sobre la validez del contrato. 5. Cuando el propio tutelado, al momento de juzgar la relación preferente entre la tutela legal y la tutela voluntaria, elija

---

<sup>25</sup> Nihon Bengoshi Rengokai (2009), Nin'I koken seido ni kansuru kaizen teigen. [en línea]. [https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/090716\\_3.pdf](https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/090716_3.pdf). Consulta: 9 de enero de 2019.

<sup>26</sup> Jun Nishihara, "Hosa kaishito shinpan moshitate no doi tekkai to nin'I koken keiyaku no teiketsu touki", Hanrei Taimusu, No.1076-89- 2002, p. 89.

<sup>27</sup> Maki Yamada, "*Hosa kaishi no shinpan no moshitate go, bonnin ga nin'i koken keiyaku wo teiketsu shi, katsu, sono touki mo sareta jian ni oite, nin'i koken keiyakuno muko gen'in wo ukagau koto ha dekinai baai niba, hosa wo kaishi suru tame ni babonnin no reiki no tame tokuni hitsuyo ga arukoto wo yosuru nimo kakawarazu, genshin ni oite, konotenn no bandan wo shimesazu, sekkiokutekina shinrichosa ga tsukusaretamo mitomerarenai toshite, hosa kaishi no genshinban wo torikesita ue, sashimodosita jirei*" Hanrei Taimusu, No. 1125-2003, p.113.

someterse a la tutela legal.<sup>28</sup> Hoshino considera que la tutela legal prima sobre la voluntaria en caso de que existan conflictos entre los familiares del mandante, particularmente cuando la tutela voluntaria sea utilizada para evitar que se descubra la administración inadecuada de los bienes del tutelado por parte del tutor voluntario.<sup>29</sup>

No queda claro a que se refiere Nishihara con prudencia en estos casos. Podría entenderse que aboga por la determinación del estado mental del mandante al momento de firmar el contrato y, en caso de que el mismo no resulte satisfactorio, aplicar la tutela legal. De ser así, nos parece la solución mas practica al problema de la validez del contrato, en tanto que el tiene la facultad Juzgado de Familia de declarar la nulidad del mismo. La propuesta de Yamada pareciera abordar el tema desde el respeto a la voluntad del individuo, sin embargo, la ley faculta al mandante para rescindir del mandato en cualquier momento antes de la declaración de la tutela por lo que se convierte en una situación similar a la de la validez del contrato, en cuanto surge la interrogante de si el mandante conserva esta facultad aun después de que su capacidad cognitiva ha disminuido. El caso en el que el tutor pierda la capacidad de llevar a cabo la tutela resulta mas interesante y consideramos que puede dividirse en dos: causas absolutas y causas relativas. Causas absolutas son aquellas por las cuales el tutor no puede, en ninguna circunstancia, llevar a cabo la tutela, por ejemplo, muerte o una enfermedad que lo deje en estado vegetativo. Causas relativas serian aquellas bajo las cuales el tutor puede, en principio, servir de tutor, pero a simple viste surgen dudas sobre su capacidad, como puede ser que el tutor que se encuentre sometido a la asistencia, o que sufra una discapacidad que le impida desenvolverse con libertad. Si bien estas no condiciones no le impiden ejercer la tutoría, si pueden configurarse en un obstáculo que el juez debe tomar en cuenta al momento de decidir si declara la guarda legal o la tutela voluntaria.

Un argumento a favor de la supremacía de la tutela voluntaria puede encontrarse en la figura de un supervisor a la labor del guardador que recibe el nombre de proasistente, procurador o protutor dependiendo

---

<sup>28</sup> Yasushi Kamiyama, *“Nin’i koken keiyaku no yuetsutekichii no genkai ni tsuite”*, Tsukuba Ro- Janaru No. 11–2012, pp. 115-116.

<sup>29</sup> Takatomi Hoshino, *“Nin’i koken to botei koken no kankei – nin’i kokenin wo meguru futatsu no saiko kettei wo chushin ni –”*, Horitsu Ronso No. 80-1–2007: p. 67.

del caso. Si bien ni el código civil ni la Ley 150/1999 especifican las circunstancias ni los elementos que el juez debe considerar para nombrar un supervisor, la Corte Suprema de Justicia ha preparado una lista a manera de guía para los Jueces de Familia. Bajo este listado el juez debe tomar en cuenta la cuantía y naturaleza de los bienes del sujeto a la guarda, la naturaleza de los negocios a administrar, las opiniones de los familiares, la capacidad e idoneidad del guardador, etc. Si bien en muchos casos el supervisor se nombra para ayudar al guardador en su gestión su función principal es la de asegurarse de que el guardador administre correctamente los bienes y negocios del sujeto a la guarda. El cónyuge del guardador o sus parientes consanguíneos no pueden ser nombrados supervisores y la facultad de solicitar el nombramiento recae en los familiares o del individuo sometido a la guarda, pudiendo el juez decretarla de oficio. En la práctica es común que un abogado, contador o una institución bancaria sean nombrados supervisores, dependiendo de la naturaleza del negocio a administrar.

De esta manera aun cuando existan dudas sobre la posible administración que el tutor pueda darle a los bienes del tutelado, la facultad del juez de elegir a la persona que fungirá como supervisor. Aunado a esto, el hecho de que instituciones independientes como lo son bancos o firmas de abogados ofrecen el servicio de manera profesional, sirven como fundamento para respetar la voluntad del mandante cuando existan dudas sobre es conveniente ignorar el contrato de tutela voluntaria en favor de la tutela legal.

Tanto el órgano judicial como instituciones privadas han desarrollado herramientas que permitan al individuo elegir la persona que se hará carga de sus negocios, y a la vez se han implementado sistemas que le faciliten a los guardas su tarea. Por ejemplo, en la práctica es común que un abogado, contador o una institución bancaria sean nombrados supervisores, dependiendo de la naturaleza del negocio a administrar. Las instituciones bancarias por su parte, y con ayuda de las cortes de familia, han desarrollado un sistema de *trust* para los casos en el guardador tenga dudas sobre su capacidad de administrar los bienes del individuo sometido a la guarda. Mediante este sistema el administrador del trust transfiere una cantidad de dinero todos los meses y se hace cargo de la administración de negocios especiales de individuo bajo guarda, permitiéndole al guardador dedicarse al cuidado de aquel.



## **CONCLUSION**

La reforma de 1999 puede considerarse exitosa desde varias perspectivas. Primero, logró cambiar positivamente la percepción de la ciudadanía en cuanto al sistema de guarda de mayores, eliminando los estigmas sociales relacionados al mismo e incentivando su uso. Segundo, el sistema ha tratado de encontrar, y en efecto puede decirse que ha alcanzado un balance entre el deber del Estado de proteger a individuos con una disminución cognitiva y el respeto al derecho que tienen estos mismos individuos de autodeterminar varios aspectos de su vida. La razón de esto no se encuentra únicamente en el texto de las normas legales, sino que es el resultado de la colaboración de las distintas instituciones, tanto públicas como privadas, se ha traducido en un sistema expedito con muy pocos conflictos. Como cualquier creación humana el sistema no está exento de fallas, sin embargo, y como lo demuestra los pocos casos reportados a nivel judicial, estas fallas no son más que vacíos legales que afectan a una cantidad minúscula de casos y que se convierten únicamente en puntos que requieren de correcciones mínimas que no afectan el engranaje total ni las bases ideológicas del sistema.

## BIBLIOGRAFÍA

- Makoto Arai, “*Nin’i koken seido wo kangaeru*”, Jissen Seinin Koken No. 71–2017, p. 5-13.
- Makoto Arai, Akanuma Yasuhiro y Oonuki Masao (2011), *Seinen koken hosei no batten*, Editorial Nihon Hyoronsha, Tokio.
- Haruko Yamaguchi, “*The adult’s guardian system : an adjustment of the principles of “respecting self-made decision” and of “guardianship”*”, Kenkyu Kiyu No. 15 – 2008.
- Yasushi Hirayama, “*Hosa kaishi no shinpan nit suite no doi no umu oyobi nin’i keiyaku to hosa kaishi no shinpan to no kankei*”, Jissen Seinen Koken No.21 – 2007, pp. 103-107.
- Shigeru Hoshino, “*Nin’i koken keiyaku ho 10 jo 1 ko ni sadameru (bonnin no rieki no tame ni toku ni hitsuyo ga aru) to mitomeru toki ni gaito suru to sareta jirei*”, Shiho Hanrei Rima-kusu No.49 – 2014,: pp. 62-65.
- Yasushi Kamiyama, “*Nin’i koken keiyaku no yuetsutekichii no genkai ni tsuite*”, Tsukuba Ro-Janaru No. 11–2012, pp. 97-132.
- Kanemitsu, Hiroyuki, “*Zaisan kanri no shiten kara: seinen koken seido no genjo to kadai*”, The Japanese Journal of Law and Political Science, N°53(1) – 2017, pp. 287-299.
- Ida Katsumi, “*Treatise on the adult guardianship system*”, Teikoku Tanki Daigaku Kiyu, N°12 – 2001, pp. 61-73.
- Akihiko Kobayashi, *Tasuku Daimon*, *Shin seinen koken seido no kaisetsu*, Editorial: Kinyu Saisei Jijo Kenkyukai, Tokio, 2011.
- Shiro Kumagai, “*Hotei koken seido ni okeru jittaiteki kaishi yoken ni kansuru hanrei no bunseki*”, Journal of Ohara Institute for Social Research, N°622 –2010, pp. 18-32.
- Fukiko Nakayama (2012): “*Nin’i koken seido no kadai*” en 2010 nen Koken Ho Sekai Kaigi Soshiki Iinkai. Editorial Nihon Hyoronsha, Tokio.

Nihon Bengoshi Rengokai (2009), *Nin'i koken seido ni kansuru kaizen teigen*. [en línea].

[https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/090716\\_3.pdf](https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/090716_3.pdf). Consulta: 9 de enero de 2019.

Takatomi Ninomiya, “*Nin'i koken keiyaku touki go ni bosa kaishi shinpan wo suru tame no yoken*”, Minsho Ho Zasshi, No. 128-6 – 2003, pp. 99-103.

Jun Nishihara, “*Hosa kaishito shinpan moshitate no doi tekkai to nin'i koken keiyaku no teiketsu touki*”, Hanrei Taimusu, No.1076-89 – 2002, pp. 89-92.

Saiko Saibansho Jimu Kyoku Katei Kyoku (2016): “*Seinen koken kankei jiken no gaikyo*”. [en línea]. [http://www.courts.go.jp/vcms/lf/20170324koukengaikyou\\_h28.pdf](http://www.courts.go.jp/vcms/lf/20170324koukengaikyou_h28.pdf). Consulta: 9 de enero de 2019.

Takeshi Sakuma Minpo no Kiso 1. Editorial Yuhikaku, Tokio, 2011.

Takatomi Hoshino, “*Nin'i koken to hotei koken no kankei – nin'i kokenin wo meguru futatsu no saiko kettei wo chusbin ni –*”, Horitsu Ronso No. 80-1-2007: pp. 67-83.

Tomoji Yabumoto, “*Seinen koken seido ni okeru honin ishi no soncho ni tsuite*”, Academic Archives of Yamaguchi Prectural University Nº 8 – 2015, pp. 135-141

Maki Yamada, “*Hosa kaishi no shinpan no moshitate go, honnin ga nin'i koken keiyaku wo teiketsu shi, katsu, sono touki mo saretai jian ni oite, nin'i koken keiyakuno muko gen'in wo ukagau koto ba dekinai baai niba, bosa wo kaishi suru tame ni ba honnin no reiki no tame tokuni hitsuyo ga aru koto wo yosuru nimo kakawarazu, genshin ni oite, konotenn no bandan wo shimesazu, sekkiokutekina shinri chosa ga tsukusaretamo mitomerarenai toshite, bosa kaishi no genshinban wo torikesita ue, sashimodosita jirei*” Hanrei Taimusu, No. 1125 – 2003, pp.112-113.

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Superior de Sapporo, Sentencia de 25 de diciembre de 2000, Kagetsu 53-8-74

RUBEN RODRIGUEZ - SHIHO YAMAGUCHI: El respeto a la voluntad del tutelado en el derecho japonés

Corte Superior de Sapporo, Sentencia de 30 de mayo de 2001, Kagetsu 53-11-112

Corte Superior de Sapporo, Sentencia de 25 de diciembre de 2000, Kagetsu 53-8-74

Corte Superior de Osaka, Sentencia de 5 de junio de 2002, Kagetsu 51-11-54.

Corte Superior de Osaka, Sentencia de 6 de septiembre de 2012, Kagetsu 65-5-84.