



**Curatela conjunta. Inconstitucionalidad de los art 386 primera parte y 478 del Código Civil, los cuales rezan que la curatela debe servirse por una sola persona y que el padre o la madre son curadores de sus hijos solteros mayores de edad.**

### **L. A. D. s/ Curatela**

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Buenos Aires) SALA III -

En la ciudad de Mar del Plata, a los 24 días del mes de febrero del dos mil once, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "L., A. D. s/curatela "habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Pedro D. Valle.//-

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES:

1))¿Es justa la sentencia de fs. 20/21?

2)¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZA DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I.-Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, rechazando la petición de curatela conjunta solicitada por la hermana -S. E. L.- y la actual curadora y madre del insano - E. H. G. -, sostiene para



ello que el artículo 386 del Código Civil prevé que la tutela, y en forma analógica la curatela, debe servirse por una sola persona.-

II.-Dicho pronunciamiento es apelado, y fundado el recurso, a fs. 24/27 por las Sras. S. E. L. y E. H. G.; con el patrocinio letrado del Dr. R. A. G..-

A fs. 29/35 apela y funda, la Dra. Silvia E. Fernández, Asesora de Incapaces titular de la Asesoría Nro. 1 Departamental.-

III. a.- Agravios de la madre y hermana del insano:

Agravia a las recurrentes que, en la sentencia apelada, el a quo no hizo lugar al pedido de curatela conjunta. Sostienen que del escrito liminar surgen claramente la razones que le asiste a la única hermana del insano - S. L.- de resultar designada, en forma conjunta con su madre, como curadora de su hermano.-

Señalan que atento a que en la actualidad el ejercicio de la curatela del insano es ejercida por la madre de este, quien ya posee una edad avanzada lo que genera el peligro inminente que frente a episodios de salud que pueda atravesar su hijo insano se quede sin curador oficial hasta tanto se le designe uno nuevo, lo que conllevaría a colocarlo en un estado de indefensión.-

Manifiestan que "...la posibilidad de que la curatela se ejerciera en forma conjunta por parte de madre y hermana, brindaría una seguridad por demás importante a los fines de que el insano quedara a resguardo de un acontecimiento imprevisto que impedirá a la actual curadora poder seguir ejerciendo dicha misión..."

Que encontrándonos en el presente caso con un insano cuyo padre ha fallecido y su única familia



son su madre y su hermana, quienes en forma conjunta lo acompañan en su rehabilitación para poder lograr su inserción en la sociedad, entienden que el decisorio en crisis debe ser revocado otorgándoles, en consecuencia, la curatela conjunta.-

Sostienen que los arts. 478 y 386, 1era. parte del Cód. Civil plantean una incongruencia con las disposiciones constitucionales de los arts. 14 bis, 16, 19, 33, 75 inc. 22, 23 y concordantes de la Constitución Nacional, como así también de los arts. 11, 12, 15, 25 y 36 de la Constitución Provincial e incongruencia con la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.-

Entienden que impedirle que ambas ejerzan en forma conjunta la curatela implica cierto grado de discriminación, dejando de lado el principio del interés superior en el respeto de los derechos humanos en especial en la personas en estado de vulnerabilidad, como en el que se encuentra un insano. Citan las Convenciones Internacionales donde se contempla dicho interés superior.-

### III. b.- Agravios de la Sra. Asesora de Incapaces:

En primer término se agravia que el juez de grado al fundar el rechazo de curatela conjunta solicitada haya invocado como único sustento jurídico lo dispuesto por el art. 386 del Código Civil, el cual determina que el cargo de curador debe ser ejercido por "una sola persona". Manifiesta que sin perjuicio que los peticionantes y éste Ministerio no ( ) han desconocido la existencia de la citada norma, lo que cuestiona es su aplicación literal al caso concreto, pues en virtud de las particulares circunstancias del caso y en función del mejor interés de la persona incapaz resulta ajustado a derecho el apartamiento de lo establecido en el citado artículo.-

Resalta, en este punto, que en relación a las personas con disfunción mental hoy en día existen dos normas sustanciales como lo son las Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) y la ley 26.657 que declara como integrante de la norma los



documentos y principios internacionales en materia de salud mental (art. 2) a las que debe ajustarse la interpretación del Código Civil, obligando al intérprete a efectuar una exégesis integradora, la que - a su entender- no ha efectuado el a quo.-

En segundo término se agravia de que el Juez de grado haya declarado inaplicable al caso de autos el antecedente jurisprudencial del Tribunal de Familia Nro. 2 Dptal. ("N., D. A. s/inhabilitación"), citado por los peticionantes, pues entiende que entre ambos precedentes contienen tres puntos en común, el primero es que en ambos procesos se esta frente a personas que por determinada patología mental poseen una disminución en sus facultades mentales, el segundo punto de coincidencia es que no se encuentra justificada la aplicación en sentido literal del art. 386 del Cód. Civil, por devenir perjudicial para la persona que se pretende beneficiar y finalmente que en ambos supuestos la mejor solución es que los asistidos cuenten con la curatela de ambas solicitantes.-

Sostiene, como tercer agravio, que en el decisorio en crisis se ha omitido la consideración particular del mejor interés y protección de la persona incapaz, en razón que ante la petición conjunta de curatela de las peticionantes mantener, como lo ha hecho el judicante, la curatela unipersonal en cabeza de la madre, mayor de edad avanzada ello no beneficia al insano ya que se desplaza a una de las dos personas que en los hechos actúa como referente asistencial y de acompañamiento para el causante, su hermana.-

Finalmente se agravia que el magistrado de grado entienda que el caso de autos no resulta de gravedad institucional como para declarar la inconstitucionalidad del artículo 386 del Código Civil. Manifiesta que en el sub lite "...sin recurrir a la declaración de inconstitucionalidad, la petición formulada por los peticionantes -y a la que adhiera este Ministerio - resultaría viable mediante una interpretación armónica y razonada de la norma bajo estudio y su consecuente aplicación en el caso concreto...". Cita los Pactos Internacionales que entiende aplicables al supuesto de autos.-

IV.-En primer término y antes de analizar los agravios planteados entiendo que resulta oportuno desarrollar los antecedentes de la presente causa;



A fs. 11/14 de los autos "L., A. D. s/Insania" (Expte. Nro. 39.029; que tengo a la vista) la Sra. E. G. inicia el proceso de insania de su hijo, el Sr. A. D. L., con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial Nro. 4;

A fs. 92/93 de los mencionados autos se dicta sentencia declarando incapaz de hecho por insania al Sr. A. D. L., designando como curadora definitiva del misma a su madre la Sra. E. H. G.;

A fs. 10/11, de los presentes actuados, se presentan las Sras. S. E. L. y E. H. G., hermana y madre del causante respectivamente, promoviendo formal demanda de curatela conjunta de A. D. L.. Fundan dicho pedido en que ambas son las personas que se encuentran asistiendo personal y patrimonialmente al causante y que la Sra. G. se encuentra atravesando un delicado problemas de salud;

A fs. 19/vta. se presenta la Sra. Asesora de Incapaces, titular de la Asesoría Nº 1 Departamental, Dra. S. E. F., dictaminando a favor del acogimiento de la curatela conjunta a favor de la madre y de la única hermana del causante.-

A fs. 20/21 el Juez de primera Instancia dicta sentencia.

V.a.- Tratamiento de los agravios de la madre y la hermana de la causante:

En primer término, entiendo que debemos preguntarnos si en el sub lite existen circunstancias particulares que ameriten el apartamiento de las limitaciones legales - unipersonalidad de la representación- que estable el art. 386, 1era. parte, del Código Civil.-

Veamos. Del escrito liminar de fs. 10/11 surge que las Sras. S. E. L. y E. H. G., única hermana y madre del causante, respectivamente, solicitan la curatela conjunta por dos razones, la primera de



ellas es que ambas son la única familia de sangre de A. L. y quienes, en consecuencia, se ocupan de representarlo y asistirlo tanto personalmente como patrimonialmente.-

El segundo motivo por el cual efectúan dicho pedido es que la madre del causante, Sra. E. G., padece problemas de salud como consecuencia de su edad avanzada (73 años), que conlleva que resulte necesario la colaboración de la atención del insano por parte de su hija y única hermana.-

De la información sumaria producida a los fines de determinar la idoneidad como curadora de la Sra. S. L., surge que siempre está al lado de su hermano acompañándolo en su rehabilitación, ayudándolo en sus quehaceres domésticos y hasta llevándolo de vacaciones consigo (ver fs. 15 - Sra. M.-, fs. 16 -Sra. R.- y fs. 17 -Sra. P.-; arts. 384 y cc. del C.P.P).-

Ahora bien, como he señalado precedentemente, el derecho positivo dispone que la curatela debe ser ejercida en forma unipersonal; ello así, a tenor de lo dispuesto por los arts. 386, 1er. parr., 475 2da. parte, 478 y cc. del Cód. Civil.-

El art. 386 establece que "La tutela debe servirse por una sola persona...". Aquí debemos señalar que las normas sobre la tutela de menores resultan aplicables a la curaduría de incapaces atento a que el art. 475, 2da. parte, establece que "...las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces...".-

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el curador definitivo es nombrado por el juez, atendiendo el interés del incapaz, pero la designación no queda librada a su arbitrio, ya que el Código Civil establece un orden de preferencias en los arts. 476, 477, y 478, encontrándose este orden legal fundado en la presunción de que quienes tienen vínculos familiares con el incapaz cuidarán con mayor esfuerzo su persona y sus bienes (Cfr. Cifuentes, S.- Rivas Molina, A.- Tiscornia, B.; "Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados", Edit. Hammurabi, 1997, pág. 406/407).-

En consecuencia de todo ello, se puede afirmar que nuestro derecho positivo establece el carácter



unipersonal de la institución, con expresa prohibición de nombramiento de curadores conjuntos no efectuando una distinción según los casos concretos y las necesidades particulares que puedan presentarse -como en el sub lite-, por lo que de atenerse a la letra de la ley el juez siempre estará obligado a designar a una única persona para el ejercicio de la función.-

Sin embargo, la regla del art. 386 sufre algunas limitaciones; así en los casos de los inc. 7 y 8 del art. 397 se admite la designación de un tutor especial -sin perjuicio de la tutela general- cuando el incapaz tuviese bienes fuera del lugar de jurisdicción del juez de la tutela, o cuando hubiese negocios o se exijan conocimientos especiales o una administración distinta. También se suma a estos supuestos el caso del tutor procesal (tutor ad litem), dado a los hijos ante el conflicto de intereses con su representante necesario.-

Por otra parte, en la curatela de incapaces durante el proceso de insania pueden coexistir representaciones conjuntas: el curador provisorio y el curador a los bienes (ad bona), designado el primero para la representación y defensa del causante en el proceso y el segundo para el cumplimiento de actos y representación en procesos de contenido patrimonial en que se encuentre interesado el presunto incapaz. Debiendo resaltar que dichas designaciones no han de recaer necesariamente y siempre en idéntica persona.-

De lo expresado, arribo a la conclusión que en determinados supuestos, y por razones de conveniencia del incapaz la ley admite dualidad de representación (artículos citados del Cód. Civil).-

Además de ello, debo remarcar que en mi tiempo en que ejercía el cargo de Defensora Titular de la Defensoría Oficial Nro. 3 observe de manera muy frecuente que en la práctica diaria el cuidado, la atención y la responsabilidad de las personas con padecimiento mental no eran ejercidos en forma exclusiva y excluyente por el único curador, sino que por el contrario siempre más de un familiar coparticipaba y gestionaba diariamente los actos que tienen que ver con el incapaz.-



También, hay que tener en cuenta que las reglamentaciones vigentes en materia de pensión, de obras sociales o prepagas exigen para la inclusión del beneficiario incapaz "estar a cargo" del peticionante, extremo a cuyo fin se requiere muchas veces la acreditación de ser el curador del incapaz, que en la mayoría de los casos resulta ser el sostén económico de la familia, es decir el padre, siendo la madre del incapaz quien se ocupa del cuidado y la atención del insano.-

Cuando una familia mantiene los principios de unidad y de solidaridad familiar, como la del sub lite, la función del curador es siempre realizada en forma conjunta por los integrantes de la familia, ello en razón de que en la actualidad los roles familiares tradicionales (madre, padre hijos, hermanos, esposos) y la propia caracterización del hombre han sufrido grandes cambios, resultando la multiplicidad de fenómenos familiares un hecho notorio que desborda el principio de completitud del sistema jurídico, debiendo el derecho responder a esa multiplicidad (cfr. Ciuro Caldani, Miguel A., Bases para la armonización del Derecho de Familia en el Mercosur, pub. en Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados, Edit. LexisNexis, Bs. As., 2007; pág. 18 y ssgtes).-

Como resultado de todo ello, puedo afirmar que la solución normativa brindada por el art. 386 del C.P.C., en muchos casos particulares provoca una clara disociación entre la realidad fáctica y la jurídica, resultando, la "unilateralidad" de la curatela en tales supuestos contraria a la participación dual cotidiana del cuidado, atención y responsabilidad del incapaz.-

Por otro lado, entiendo que la normativa del Código Civil en relación a las personas con capacidades diferentes resulta en muchos casos opuesta con el bloque de constitucionalidad que aportan los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22) y con la promoción del goce efectivo de las normas contenidas en ellos (art. 75 inc. 23).-

Así, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad (de 1999, aprobada por ley 25.280 del 6/7/2000) establece como finalidad la de prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad,



procurando integrarlas plenamente a la sociedad.-

También la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad (de 2006, aprobada por ley 26.378 del 21/5/2008), la cual resulta más amplia que la anterior y cuya finalidad es proteger y asegurar el goce de derechos fundamentales de las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad.-

En su art. 12 apart. 3ero. establece que "...3.- Los estados partes adoptarán las medidas pertinentes para promocionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica..."(art. cit., ley 26.378).-

Sumado a lo dicho, y citando al maestro Bidart Campos, se debe dejar en claro que con independencia del rango que un tratado tenga en nuestro derecho interno:

- a) su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos es obligatoria de acuerdo con el derecho internacional, debiendo sentenciarse la causa en que es aplicable de conformidad con el mismo tratado;
- b) se incurre en violación del tratado tanto como cuando se aplica una norma interna que le es incompatible o contraria, como cuando simplemente se omite aplicarlo;
- c) todo incumplimiento de un tratado -por acción u omisión- por parte de nuestros tribunales engendra para nuestro estado la responsabilidad internacional, y ello aunque acaso la desaplicación de un tratado de rango infraconstitucional se sustente en su inconstitucionalidad (cfr. Bidart Campos, German; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo II-A, Edit. Ediar, Bs. As., 2003; pág. 396).-



Ahora bien, teniendo en cuenta que en el sub lite se encuentran acreditadas las circunstancias particulares que hacen a la necesidad de que el incapaz A. D. L. cuente con una curatela conjunta ejercida por su madre y su única hermana y atento a que dicha cuestión no se encuentra resuelta en la ley de fondo entiendo que la única solución para poder atender dicho pedido es la declaración de inconstitucionalidad de las normas consideradas injusta.-

Por otra parte habiendo planteado las solicitantes el pedido de inconstitucionalidad de las normas del Código Civil al momento de expresar agravios, y atento a que nuestro Máximo Tribunal ha permitido la introducción de la cuestión constitucional al momento de interponerse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, entiendo que el planteo efectuado en autos resulta oportuno (argto. jurisp. S.C.B.A., causa L. 74.615 del 10/12/2003; entre muchas otras).-

Por consiguiente, valorando lo dispuesto por el art. 31 de la Carta Magna y la jurisprudencia citada, entiendo que los artículos 478, 386 1era. parte -por remisión del art. 475- del Código Civil resultan incongruentes con lo que disponen los artículos 14bis, 16, 19, 33, 75 inc. 22 y 23, y ccdtes. de la Constitución Nacional; los artículos 1º, 12, 15, 25 y 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; con las disposiciones de la ley 25.280; Convención Interamericana para la Eliminación de todas la formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la ley 26.378; Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, como así también los arts. 2, 5, 17, 18 y 30 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1º, 2, 6, 7, 8, 10, 16, 25, 26, 28 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 3, 8, 11, 17, 19, 24, 25, 32 y ccdtes de la Convención Americana de Derechos del Hombre; arts. 10, 11, 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 14, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (argto. y doct. art. 31 de la Constitución Nacional y art. citados del Cód. Civil).-

Asimismo, he de resaltar que en situaciones similares a la de autos ambos Tribunales de Familia de este Departamento Judicial han decretado la inconstitucionalidad de los arts. 478 y 386, 1era. parte del Código Civil con análogos argumentos a los sostenidos en el sub lite(argto. jurisp.



Tribunal Colegiado de instancia nica de Familia Nº 1, "F., N.O. s/insania y curatela", Expte. 14.820 del 30/4/2008; "M., M. del C. y otros s/tutela", Expte. Nº 36.640 del 19/8/2010; Tribunal Colegiado de instancia nica de Familia Nº 2, "N., D. A. s/inhabilitación", Expte. 1121/06 del 26/12/2006, pub. en "Revista Jurisprudencial del Departamento Judicial Mar del Plata", Nº III, pág. 59/67).-

Finalmente, quiero remarcar -en palabras del maestro Bidart Campos- que "...siempre hay que oxigenar a las leyes con el aire que circula en estratos más altos y superiores: la Constitución, sus principios, sus valores, el derecho internacional de los derechos humanos, el paradigma de la justicia..."(Cfr. Bidart Campos, German, citado por Morello, Augusto en El derecho y nosotros, Edit. Platense, La Plata, 2000; pág. 57).-

En conclusión, atento a los principios legales expuestos y conforme a las circunstancias fácticas obrantes en el sub lite, corresponde -en este supuesto en particular- otorgar a las Sras. S. E. L. y E. H. G. la curatela conjunta del Sr. A. D. L., declarando para ello, la inconstitucionalidad de los arts. 386, 1era. parte y 478 - por remisión del art. 475 - del Código Civil, ello en razón de que la solución propuesta satisface la finalidad tuitiva de la curatela de incapaces que es la de garantizar el derecho a la salud y al mejor nivel de vida posible del incapaz, derechos de raigambre constitucional (arts. cit. de la Const. Nacional y de la Const. de la Pcia. de Bs. As.)-.

V. b.- Agravios de la Sra. Asesora de incapaces:

Conforme a la resuelto en el acápite precedente - declaración de la curatela conjunta - los agravios de la Sra. asesora de Incapaces han caído en abstracto lo que así declaro.-

ASI LO VOTO.-

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. PEDRO D. VALLE DIJO:



Si bien coincido con la fundada posición suscripta por la Dra. Nelida Zampini, quiero dejar a salvo mi opinión en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 386, 1era. parte y 478 - por remisión del art. 475- del Código Civil, deberá evaluarse en cada caso en concreto, valorando en cada supuesto la acreditación de necesidades particulares como las probadas en autos (curadora mayor de edad, inexistencias de bienes, etc.).-

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: I) Revocar la sentencia de fs. 20/21, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 386, 1era. parte y 478 del Código Civil y, en consecuencia, otorgar a las Sras. S. E. L. y E. H. G. la curatela conjunta del Sr. A. D. L.; II) No imponer costas atento no mediar controversia (argto "a cont."art. 68 del C.P.C).-

ASI LO VOTO.-

El Sr. Juez Dr. Pedro D. Valle votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.-

En consecuencia se dicta la siguiente;

## SENTENCIA

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se revoca la sentencia de fs. 20/21, declarándose la inconstitucionalidad de los arts. 386, 1era. parte y 478 del Código Civil y, en consecuencia, se otorga a las Sras. S. E. L. y E. H. G. la curatela conjunta del Sr. A. D. L.; II) No se imponen costas atento no mediar controversia (argto "a cont."art. 68 del C.P.C.. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.//-

Fdo.: Nelida I. Zampini - Pedro D. Valle.

Pablo D. Antonini - Secretario.-