

**Fallo presentado por la Sra. Luz Pagano. El sombreado le pertenece.**

**Capacidad. Inhabilitados. Sujetos comprendidos. Disminución de facultades. Síndrome de Down. Tutela compartida. Inconstitucionalidad de los arts. 478 y 386 primer párrafo C.Civ.  
Tribunal de Familia n. 2 de Mar del Plata**

*26 de diciembre de 2006*

---

**N., D. A. s/Inhabilitación**

**Tribunal de Familia n. 2 de Mar del Plata**

Mar del Plata, 26 de diciembre de 2006

Y VISTOS :

Estos autos caratulados N., D. A. s/ Inhabilitación , expediente N° 1121/06, de trámite por ante este Tribunal de Familia N° 2, traídos a despacho para dictar sentencia y de los que;

RESULTA :

I) A fs. 13/18 se presentan los cónyuges en primeras nupcias dn. H.M. N. y dña. A. M. C. de N., con el patrocinio letrado de la Dra. E.E. S., solicitando se declare la inhabilitación del hijo del matrimonio, D. A. N., con el alcance dispuesto por el art. 152 bis del C. Civil, y se otorgue a ambos progenitores de manera conjunta e indistinta (sic) la curatela asistida del hijo habido en común; además, solicitan se conceda el beneficio de litigar sin gastos con relación a la presente causa.

II) A fs. 26 se declara abierto el juicio de inhabilitación del causante y se disponen medidas de protección patrimonial y personal; y a fs.27 la Suscripta resuelve conceder el beneficio de litigar sin gastos requerido en la demanda, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 78 a 81, CPCC; auto que se ratifica a fs. 35, despacho que a la fecha se encuentra firme.

III) A fs.42 se tiene por aceptado el cargo de Curadora Provisoria del causante a la Defensoría Oficial N° 4 Departamental; y a fs. 43 toma intervención la Asesoría de Incapaces N° 1 Departamental.

IV) A fs. 67/68 los Peritos Psiquiatras Oficiales reunidos en Junta Médica producen su dictamen, el que es notificado a los denunciados a fs. 82, a la Asesora de Incapaces a fs. 76, al causante a fs. 80, y al curador provisorio a fs. 70.

V) A fs. 72/74 se expide favorablemente la Trabajadora Social de este Tribunal, dictamen que se encuentra notificado a los denunciados y al causante a fs. 86, a la Asesoría de Incapaces a fs. 76 y a la Defensoría Oficial a fs. 78.

VI) A fs. 84 se encuentra agregada la Planilla de Juicios sobre la Capacidad de las

Personas diligenciada oportunamente, donde se informa que no consta inscripto con anterioridad ningún juicio similar sobre la persona del causante.

VII) A fs. 93 se encuentra agregada en autos el acta labrada con motivo de la entrevista personal mantenida por la Suscripta con el causante y su grupo familiar - su hermano M. N. N., y sus dos progenitores-, en presencia de la Auxiliar Letrada de la Asesoría de Incapaces interviniente.

VIII) Por último, todos los intervinientes en autos solicitan se dicte sentencia: a fs. 88, la Asesoría de Incapaces; a fs. 86 y 93, los progenitores denunciadores; y a fs. 93vta., la Defensoría Oficial. Y a fs. 94 se llaman autos para sentencia, pronunciamiento que se encuentra firme.

Y CONSIDERANDO :

I) Con la documentación obrante a fs. 9 se acredita el nacimiento del causante en la ciudad de Mar del Plata el 12 de noviembre de 1979. Con la documentación de fs. 10 se acredita el matrimonio de los presentantes, celebrado en la ciudad de Mar del Plata el 7 de mayo de 1964 ( arts. 80 y 197 del C. Civil); así como el nacimiento de los otros hijos de los denunciadores - hermanos del causante -, a saber: D. O. N. y M. N. N. - ambos mayores de edad- y G. L. N., esta última menor de edad.

II) Con la documentación obrante a fs. 9/10 se acredita el cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 152 bis y 144 del C. Civil .

III) De los informes médicos agregados en autos a fs. 5/6 y de la pericia psiquiátrica de fs. 67/68 se acredita que el causante padece **Síndrome de Down con retraso mental moderado**. En relación a su capacidad residual funcional, la pericia oficial informa que el causante "...realiza actividades recreativas. Necesita mantenerse bajo el cuidado de un tercero responsable. No se maneja solo, ni conoce el valor del dinero; indicándose, además, en dicho informe pericial que la fecha aproximada de la enfermedad se manifiesta desde el nacimiento, con un pronóstico reservado. Finalmente, los peritos médicos oficiales destacan en sus observaciones que el encuadre de la enfermedad es compatible con insania .

IV) De la pericia social-ambiental de fs. 72/74 se acredita que el causante - con 26 años de edad- convive con sus dos progenitores -A. M. C. y H. M. N.-, su hermano M. N. N. - de 28 años, también con Síndrome de Down-, y su hermana G. N. - de 20 años, adoptada, quien ha estudiado Estimulación temprana durante un año, y trabaja -. Asimismo, aunque no convive, el causante cuenta con un hermano mayor, de 40 años, casado y con dos hijos. D. A. N. cuenta con una pensión de Nación desde 1996, por la que percibe mensualmente \$145, dinero que administran sus padres. El joven **concorre diariamente** a la Asociación Síndrome de Down en Mar del Plata (ASDEMAR), en la que **prosigue su capacitación y mantiene una fluida actividad social, trabajando allí en la talabartería y marroquinería**. En síntesis, del

diagnóstico social- ambiental se advierte que el grupo familiar más próximo del causante se encuentra muy comprometido e integrado con la vida del joven D.A. N.; brindando en favor de este último, buena contención además de constante estimulación y educación especial.

V) Con el expediente conexo que se tiene a la vista -autos "N., M. N. s/Inhabilitación" Expte N° 1114/06 , de trámite por ante este mismo Tribunal, y con la Infrascripta como Juez de trámite- se acredita que ese hermano del causante tiene similar situación jurídica que este último, por padecer también Síndrome de Down según pericia médico- psiquiátrica producida en esos actuados (fs. 65/66 de los mencionados autos) y sentencia dictada en el día de la fecha a fs. 95 y siguientes.

VI) A fs. 93 se encuentra glosada en autos el acta labrada con motivo de la audiencia personal mantenida por la Suscripta con el causante, su hermano M. N., los progenitores de ambos - pretensos curadores-, la letrada patrocinante Dra. E. E. S. y la representante del Ministerio Pupilar interviniente, Dra. María Guillermina Krebs.

VII) Calificación jurídica de la dolencia psíquica :

Entrando a considerar esta cuestión, debo señalar que en relación a la conclusión de la pericia médica - "retardo mental moderado", "enfermedad compatible con insania" - entiende la Suscripta que con la sumatoria de pruebas rendidas en autos, el dictamen pericial no alcanza la fuerza suficiente - en los términos del art. 474 del CPCC - para determinar la declaración de insania del joven causante. Por el contrario, considera que sus conclusiones resultan extremas en el caso sub-examine ; y que, en cambio, el caso podría encuadrar en la declaración de inhabilitación como medida de protección adecuada respecto de la persona y bienes del joven D. A. N. Ello así, toda vez que de la propia pieza pericial surge la calificación de la dolencia psíquica como retardo mental "moderado" . Y, por otra parte, la estimulación y contención que desde su niñez ha recibido el joven del contexto familiar que lo rodea, así como de las escuelas y asociaciones especiales a las que ha concurrido y concurre, resultan muy significativas para la decisión final relativa a la capacidad del causante.

En efecto, del informe social obrante en autos a fs.72/74 - ya mencionado en el Considerando IV- y de la entrevista personal mantenida por la Suscripta con el joven causante y sus progenitores (fs.93), se reúnen suficientes pruebas y elementos de convicción que permiten sostener - desde la sana crítica - una calificación jurídica más favorable a la persona del causante. Lo contrario, sería presuponer que la prueba pericial psiquiátrica basta por sí sola, erigiendo al criterio de los peritos como opinión vinculante para el juez; fin no querido por la ley, a

tenor de lo dispuesto por el art. 474 CPCC (Cifuentes- Rivas Molina-Tiscornia, "Juicio de insania" , Ed. Hammurabi, 2ºed., p.392). Resolver jurídicamente de conformidad con la opinión médica sin evaluar el resto de la prueba reunida, sería reducir al magistrado a un mero actor que acuerda legitimidad a los actos de los psiquiatras; y limitar al sistema judicial, cuya finalidad primordial debe ser la de garante del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de los pacientes con dolencia psíquica (Alfredo J. Kraut, Salud mental. Tutela jurídica , Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p.65).

Dentro de las posibilidades que le determina su dolencia, el joven causante tiene un adecuado manejo de su persona y puede desarrollar una activa vida familiar y social, así como el desempeño de algunas tareas laborales dentro del taller protegido.

Por estas últimas consideraciones, estima la Suscripta que el mejor remedio jurídico para el caso de marras es el previsto por el art. 152 bis del C.Civil; considerando adecuado al caso, la declaración de inhabilitación judicial respecto del joven causante. Ello así, en tanto se conserven vigentes las condiciones actuales de contención familiar y estímulos afectivos constantes favorables al joven D. A. N., y la evolución del beneficiario de esta medida se mantenga en forma satisfactoria.

VIII) Curatela y pretensos curadores:

Los progenitores del causante presentados en autos, solicitan en su demanda ser designados curadores conjuntos de su hijo. Con relación a esta cuestión particular - planteada por el matrimonio, en el sentido de ejercer tales cargos de manera conjunta e indistinta -, adelanta la Suscripta su postura favorable a tal propuesta.

El derecho positivo argentino dispone que tanto la tutela como la curatela, deben ser ejercidas en forma unipersonal; ello así, a tenor de lo dispuesto por los arts. 386 primer párrafo, 478 y concordantes del Código Civil. Como el art. 475, segunda parte, del Código Civil dice que las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces, en ambas figuras legales prevalece el imperativo jurídico de la unipersonalidad en el ejercicio de representación legal de todos los incapaces, sin distinción alguna en caso de supuestos especiales. Por tanto, el juez se ve forzado a designar a una sola persona como tutor o curador.

Ya en otras oportunidades, la Suscripta opinó en favor de una modernización de las figuras de la tutela y de la curatela, sobre todo en situaciones particulares como las que se presentan en estos actuados (Loyarte, Dolores, "Necesidad de regular el sistema de autoridad compartida en casos especiales: Tutela de nietos - Curatela de hijos", ponencia presentada en el XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia "Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI", celebrado en Sevilla y Huelva -España- del 18 al 22 de octubre de 2004, Libro de ponencias, Sección 6º,

Tema 11, pág.199; Loyarte, Dolores, "Tutela y Curatela: una tarea compartida", trabajo publicado por la Revista de la Asociación Síndrome de Down de Mar del Plata - ASDEMAR , Año 1, nº2, 2004, pág. 7).

En tales oportunidades y de "lege ferenda", la abajo firmante sostuvo la necesidad de "aggiornar" aquellas dos figuras legales mediante una reforma legal que contemple el ejercicio compartido e indistinto de la tutela y de la curatela en supuestos especiales - ejercicio similar al que hoy se encuentra legislado en la patria potestad -; sobre todo, cuando el desempeño de funciones tutelares a cargo de los ascendientes en relación a sus descendientes, resulta más beneficioso para estos últimos: por ejemplo, tutela compartida por abuelos respecto de nietos habidos de hijos menores de edad no emancipados o de nietos habidos de hijos declarados incapaces o inhabilitados, y curatela compartida por ambos progenitores respecto de hijos mayores de edad declarados judicialmente inhabilitados o incapaces.

A aquellas propuestas inicialmente tratadas para una reforma legal, podrían sumarse otras hipótesis más beneficiosas para las personas asistidas: por ejemplo, hijos mayores a cargo de sus padres incapacitados; hermanos mayores en ejercicio compartido de la tutela de hermanos menores o de la curatela conjunta de un hermano incapacitado; tíos ejerciendo en forma conjunta la tutela o curatela de sobrinos, etc.

Aunque la ley actual sólo habilita a la designación de tutores y curadores en ejercicio individual del cargo, prevé en forma excepcional la posibilidad de nombramiento de otros colaboradores para el ejercicio de funciones determinadas, convocados para el desempeño de tareas específicas, sin que por ello cesen en el cargo los tutores o curadores generales: son los llamados tutores o curadores especiales (arts. 397, 475 segunda parte, 485 y siguientes, C.Civil). Empero, lo corriente es el ejercicio de la tutela o curatela unipersonales. Sin embargo, los cargos formalmente atribuidos a una persona no son en la práctica ejercidos de forma individual sino conjunta, por obvias razones de convivencia con otros miembros de la familia; razón por la cual, la imposición legal para aquel ejercicio no se condice con la realidad familiar que gira en torno de la persona asistida. Por ejemplo, en caso de tutela de niños ejercida por los abuelos de éstos, el juez debe elegir a uno de ellos como tutor, aunque en los hechos ese cargo se ejerza simultáneamente - de manera conjunta e indistinta- por la abuela y el abuelo de los niños, especialmente si éstos conviven con sus nietos (arts. 390, 391, C.C.). Con mayor razón ocurre ese ejercicio simultáneo, cuando dicha tutela se ejerce en relación a nietos habidos por hijos menores de edad sobre quienes sus ascendientes todavía ejercen la patria potestad (art. 264 bis, C.C.). Otro tanto

ocurre con la curatela de hijos con discapacidades mentales; ya que, aunque la ley señala que el ejercicio del cargo corresponde a uno de los progenitores (478, C.C.), ambos realizan en los hechos las tareas designadas legalmente a uno de ellos. Similar situación se plantea en caso de hijos emancipados a cargo de sus padres, en caso de hermanos mayores a cargo de otro hermano menor o incapacitado, o de tíos a cargo de sobrinos; ya que la designación judicial recaerá en uno de aquéllos, aunque en la vida corriente se repartan entre varias personas las responsabilidades propias del cargo.

En la práctica tribunalicia abundan las decisiones judiciales que convalidan guardas conjuntas; decretadas así por el magistrado debido a razones asistenciales, previsionales, preadoptivas, etc. En los casos de guarda pluripersonal, los guardadores ejercen naturalmente sus cargos -los que conllevan abundantes responsabilidades y escasos derechos para éstos- de manera conjunta e indistinta, según los casos; sin que exista disociación entre la designación judicial y la realidad familiar. Es relativamente pacífico, en este punto y hasta el presente, el pensamiento jurídico que aborda la problemática de la guarda judicial (José Ignacio Cafferata, "La guarda de menores", Astrea, 1978, pág.36 y sgts.).

Pero, aunque respecto de las guardas conjuntas no existen mayores dilemas doctrinarios y jurisprudenciales, no ocurre lo propio con las resoluciones judiciales sobre tutelas y curatelas, las que siguen manteniendo el criterio de respetar el imperativo legal de la unipersonalización del cargo de tutor o curador. Por ello, en muchos casos se profundiza la disociación entre el ejercicio efectivo de la guarda conjunta -de hecho o judicialmente dispuesta- y las tutelas o curatelas unipersonales así discernidas por el magistrado interviniente.

El quiebre entre la figura de la guarda -que puede ser conjunta- y las de la tutela y curatela ocurre, no ya en los hechos sino en el derecho. Ello así, porque respecto de las guardas no existe imperativo legal alguno que determine que deban ser unipersonales; para las tutelas y curatelas, en cambio, la redacción de los arts. 386 primera parte, 475 y 478 del Código de fondo transmiten de forma clara el pensamiento del codificador a la luz del contexto social de su época. En efecto, Vélez Sarsfield mantuvo una postura de neto corte patrimonialista al legislar sobre la tutela y la curatela, acentuando las regulaciones que atendieran aquellas cuestiones - eso, en su aspiración de prevenir todo conflicto económico en torno al patrimonio de la personas asistidas -; transluciendo así, la visión paternalista que primaba por entonces en la organización familiar, visión que ahora ha quedado vetusta.

A su vez, también se produce un quiebre ideológico en el Código Civil a raíz del cambio profundo operado por la ley en relación a los deberes y derechos de los

progenitores derivados de la patria potestad; ya que el ejercicio de ésta, ha sido modernizado regulando la responsabilidad conjunta de ambos progenitores para la protección y formación integral de sus hijos no emancipados. En cambio, llegados éstos a la mayoría de edad, la curatela respecto de un hijo vulnerable debe ejercerla sólo uno de los progenitores (trasladándose esa misma intransigencia a otros supuestos en los que podrían darse tutelas o curatelas compartidas; por ejemplo, de abuelos, de hermanos, etc.); eso así, porque las figuras de la tutela y de la curatela no han sido aún actualizadas legalmente.

¿Por qué, para los hijos menores de edad, se regula una especial preferencia con un sistema de representación legal conjunta a cargo de ambos progenitores; y, en cambio, para los hijos con discapacidad, no?

Es incoherente, hoy, no equiparar el sistema legal de protección de los discapacitados mentales, con el que se aplica desde hace décadas respecto de los menores de edad; ya que, tanto éstos como aquéllos, requieren de la asistencia y cuidado de ambos progenitores. Efectivamente, es incoherente que exista una doble protección superlativa cuando la persona vulnerable reviste los caracteres de niño y discapacitado; y, en cambio, no se pueda prorrogar o conceder legalmente esa doble protección preferente a cargo de ambos progenitores cuando el hijo cumple la mayoría de edad. ¿Por qué debe mantenerse la rigidez legal que hace perder la doble co-responsabilidad de los padres cuando el niño discapacitado alcanza la mayoría legal, si en realidad su vulnerabilidad psíquica no varía?

Igual disociación legal entiendo se produce, cuando ambos progenitores en ejercicio de la patria potestad de su hijo menor de edad, deben ser elegidos tutora o tutor de los hijos de ese hijo a su cargo; o sea, de sus nietos. ¿Por qué para los hijos, doble autoridad y protección; y para los nietos de esos mismos hijos, sólo una? ¿Por qué se debe preferir a un abuelo y dejar al otro de suplente para ser tutor, cuando ambos resultan aptos para el ejercicio de la patria potestad de su hijo menor de edad? ¿Por qué - al faltar los padres- se debe preferir a un hermano y no a dos, para el ejercicio de la tutela o de la curatela respecto de otro hermano? ¿Por qué no pueden dos hijos ejercer en forma conjunta la curatela de los padres; o dos tíos, la tutoría o curaduría de sus sobrinos de manera compartida?

**En la hora actual, el pensamiento social y jurídico en relación a la protección de las personas vulnerables y con capacidades diferentes, es muy distinto al que imperaba en la época de la sanción del Código Civil; ya que, en la actualidad, estas cuestiones son motivo de honda preocupación mundial, la que se expresa a través de las nuevas normas internacionales y constitucionales que consolidan los derechos humanos de todos los hombres por igual. Como dice Bidart Campos, aquella preocupación genera la necesidad de un "dinamismo creativo que opere**

sobre la realidad adversa a fin de que el sistema global de derechos... no se atrofie ni se castre en el anquilosamiento de la letra ... de la ley" (Germán Bidart Campos, "El derecho constitucional humanitario", Ed. Ediar, 1996, pág 24; ver también: Gil Dominguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, "El derecho constitucional de familia". Ed. Ediar, 2006, T.II, pág. 965).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 incs. 22 y 23 de nuestra Constitución nacional - con el bloque de contitucionalidad que aportan los Tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (inc.22) y con la promoción del goce efectivo de las normas por aquéllos contenidas (inc. 23)-, se otorga preeminencia al principio del interés superior en el respeto de los derechos humanos; en particular, respecto de las personas en situación de vulnerabilidad : niños, mujeres, ancianos, y personas con discapacidad. Principio cuya aplicación prevalente se refuerza instando al Estado a efectuar acciones positivas en garantía de la tutela y el ejercicio efectivo de tales derechos.

Aquel interés prevalente también está presente en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala el 8 de junio de 1999, aprobada en nuestro país por la Ley N° 25.280/2000 (B.O. N°29.455, del 04/08/2000). Dicha convención señala en su art. I: "Para los efectos de esta Convención... 2-b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado Parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación". A su vez, el art. VII de la misma Convención dice: "No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados Parte limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado Parte está obligado". Entonces, ese principio de preferencia - o discriminación positiva- importa una especial consideración del interés superior de los discapacitados ante la posible vulneración de sus derechos. Este Tratado, conforme el "leading-case" de la CSJN "Ekmekdjian c/Sofovich" (LL 1992-C-540), reviste mayor jerarquía normativa que las leyes de fondo (Julio César Rivera, El derecho privado constitucional , en Revista de Derecho Privado y Comunitario N°7, Rubinzal-Culzoni, 1994, pág.35). Por tanto, en el caso y siguiendo ese precedente judicial, las normas de este Tratado deben



primar por sobre las reglas específicas del Código Civil; en particular, por encima de las controvertidas normas sobre tutela y curatela arriba señaladas .

También la Constitución bonaerense, en sus arts. 12, 36 y concordantes, se dedica con especial consideración a las personas con discapacidad.

Existe hoy en nuestro derecho cierta incoherencia -como ya se explicó antes-, no sólo entre la guarda conjunta y las figuras de la tutela y curatela; sino, especialmente, entre estas últimas y la figura de la patria potestad; sobre todo, en los supuestos más evidentes arriba señalados: abuelos tutores de sus nietos, y progenitores curadores de sus hijos; sin que por eso, se soslayen los otros supuestos también asimilables a aquellos dos más injustos.

**Mientras el ejercicio de la patria potestad** (arts. 264 y sgtes. C.C., conforme la reforma de la Ley N° 23.264/85 ) se ha visto modernizado en sintonía con los principios de equiparación de los derechos entre la mujer y el hombre, y entre éstos y sus hijos incapaces - en un proceso de democratización de las relaciones de familia, y al amparo de las normas emanadas de los Tratados internacionales suscriptos y ratificados por este país -, **permitiendo que el ejercicio de la patria potestad se ejerza de manera conjunta cuando los hijos son menores de edad; ocurre lo contrario en los casos de discapacidad, resultando discriminatorio que la curatela deba ser ejercida de forma unipersonal por uno de sus progenitores cuando el hijo discapacitado es reputado legalmente mayor de edad.** ¿Por qué la vulnerabilidad en razón de la menor edad goza del reconocimiento legal amplio en favor de los asistidos, garantizando el ejercicio conjunto de la autoridad parental; y, por el contrario, si el origen de la vulnerabilidad es una dolencia mental nuestro sistema legal **no admite el ejercicio de co- responsabilidades por parte de ambos progenitores?** ¿Por qué, si estos últimos no pueden hacerse cargo de tales cargos, no se admite que dos hermanos o dos hijos de la persona asistida, ejerzan conjuntamente la curatela? ¿Por qué, si el ejercicio de la patria potestad es conjunta, no es conjunta la tutela de nietos cuando éstos son descendientes de hijos menores de edad o mayores incapacitados?

¿Es justa esta discriminación legal? A juicio de la Suscripta, indudablemente no lo es; pues en los casos particulares arriba indicados, **se produce un quiebre ideológico profundo entre las normas tutelares de la patria potestad y de la guarda -que admiten el ejercicio conjunto de los deberes y derechos derivados de aquéllas, para progenitores y guardadores-, respecto de las relativas a tutelas y curatelas.**

Parece justo, entonces, **reconocer en el derecho lo que en los hechos se ejerce:** si los guardadores pueden ejercer sus cargos en forma conjunta e indistinta; si la dedicación y la protección de los progenitores que ejercen la patria potestad sobre sus hijos es también solidaria; si es cada vez más creciente el reconocimiento

jurídico de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia; el derecho debe hacer un esfuerzo por reconciliarse con esa realidad concreta, cediendo su rigidez formal para dar entrada a un derecho proteccional más adecuado y funcional. Y jerarquizar en un pie de igualdad a ambos progenitores como co-curadores de sus hijos. También la ley debería posibilitar que los hijos emancipados puedan ser curadores conjuntos de sus padres incapacitados; que los abuelos puedan ser en conjunto representantes legales de los descendientes de sus hijos menores de edad o incapacitados; que los hermanos puedan ocuparse de sus hermanos vulnerables , o los tíos de sus sobrinos en igual caso; etc.

Sólo así, se consulta el mejor interés de las personas en situación de vulnerabilidad; salvo que, en casos especiales, lo contrario fuera más beneficioso para el sujeto protegido, por razones que deberían ser especialmente fundadas. Así también se consulta en mayor grado el interés familiar; permitiendo que las decisiones adoptadas en familia respecto de algún miembro de ésta en situación de vulnerabilidad , sean admitidas como reconocimiento efectivo de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia; principio este último que goza de singular aceptación - según Méndez Costa- en la doctrina, en la legislación vigente, en la jurisprudencia, y en los planteos de "lege ferenda", y que implica el respeto a la libertad familiar sin descuidar la supremacía del interés general -orden público- característico del derecho de familia (María Josefa Méndez Costa, "Los principios jurídicos en las relaciones de familia", Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 239).

IX) Inconstitucionalidad de los arts. 478 y 386, primera parte, C.Civil:

Ahora bien, al no encontrarse por ahora resuelta la cuestión tratada en el punto anterior por la vía legislativa, el único remedio posible para atender el pedido expreso de los progenitores del causante es la declaración de inconstitucionalidad de las normas consideradas injustas para el caso "sub-examine" .

Mas, la petición de los presentantes en autos de ejercer la curatela conjunta ha sido efectuada sin fundarla en la inconstitucionalidad de la ley limitatoria. Por tanto, tal declaración habría que realizarla de oficio.

Como bien dice Gozaíni, declarar la inconstitucionalidad de oficio de una o varias normas atiende al principio de congruencia con el objeto del proceso. En efecto, "...la congruencia de este encuadre es doble: el primer aspecto refiere a las peticiones o pretensiones que se plantean como objeto y causa petendi y su vínculo con la sentencia, íntegramente considerada. Y la restante, recalca en la parte dispositiva exclusivamente, para advertir si el fallo atiende a todas y cada una de esas cuestiones ... Interesa destacar que no importa sentenciar incongruentemente cuando sin mediar petición de parte, se declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, porque ésta es una actividad inserta en el marco de la supremacía

constitucional y, en el orden procesal, se recibe por el brocárdico *iura novit curia* .

Por otra parte es un tema de derecho, donde las alegaciones de las partes en tal sentido no someten al juez ni lo limitan en su interpretación (Osvaldo A. Gozaíni, Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia. de Bs.As., comentado y anotado, La Ley, 1º edición, 2003, T.I, pág. 350).

En suma, el juez es quien tiene el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes, y el ejercicio de ese deber no depende de la voluntad tácita o expresa de las partes (Alberto B. Bianchi, "Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales", Universidad Austral, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1992, pág. 219).

En cumplimiento de tal deber, entiende la Suscripta que los artículos del Código Civil 478 y 386 primera parte -por remisión del art. 475-, plantean una incongruencia con las disposiciones constitucionales de los arts. 14 bis, 16, 19, 33, 75 incs. 22 y 23, y concordantes de la Constitución Nacional; arts. 11, 12, 15, 25 y 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; e incongruencia también con las ya mencionadas disposiciones de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad -ratificada por Ley interna N°25.280-; instrumentos legales que reconocen los derechos y principios de unidad y de solidaridad familiar; de igualdad de los cónyuges entre sí; de igualdad entre las mujeres y los hombres, de los hijos entre sí, y de éstos en relación a sus progenitores; de democratización de las relaciones del grupo familiar; de ejercicio conjunto e indistinto de la patria potestad y co-responsabilidad de ambos progenitores; de no discriminación - en particular, respecto de las personas vulnerables -; de autonomía de la voluntad en las relaciones de familia; de la tutela judicial efectiva, etc. Todos ellos, principios y derechos fundamentales del hombre reconocidos jurídicamente y que exigen operatividad para que sean de ejercicio efectivo.

En relación a los derechos y principios aplicables al caso contenidos en los Tratados internacionales con jerarquía constitucional enumerados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, que se verían vulnerados por la aplicación rígida de los controvertidos artículos del Código Civil (478 y 386 primer párrafo, por la remisión del art. 475, C.C.), se pueden señalar los siguientes: arts. II, V, XVII, XVIII y XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 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 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; arts. 2, 5, 16 - en especial, incs. d) y f)- de la Convención sobre

la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; arts. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 18, 23, 24, 27, 29 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el ámbito internacional, hace escasos días salió a la luz la "Convención Internacional Amplia e Integral para Proteger y Promover los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad" - cuyo texto elaborado por un comité especial de la O.N.U., fue aprobado en Nueva York por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006; Convención que, junto a su Protocolo Facultativo, quedará abierta a la firma en la Sede de las Naciones Unidas a partir del 30 de marzo de 2007. Este instrumento internacional, aunque todavía no se encuentra en vigencia, inspira a los operadores jurídicos a procurar un mayor esmero en la búsqueda de soluciones humanitarias favorables a la personas con discapacidad, para garantizarles: la protección de sus derechos a la dignidad; a la igualdad ante la ley; a la igualdad de oportunidades; a erradicar toda forma de discriminación negativa en relación a ellos; a la integridad personal; a favorecer la inserción social y familiar; el acceso a la justicia; el respeto del hogar y de la familia; y, en general, a gozar de la mejor calidad de vida posible (conforme reza el Preámbulo y los arts. 3, 4, 5, 12, 13, 17, 23 y concordantes de dicha Convención). En síntesis, inspira a realizar acciones positivas que hagan cierto el ejercicio de tales derechos humanos.

Otros países consagran normas más acordes con la cuestión que aquí se ventila. Por ejemplo, en la legislación española - por citar sólo a uno de los países jurídicamente más afines al nuestro-, el Código Civil regula la posibilidad de ejercicio de curatelas y tutelas conjuntas. En relación a los hijos incapaces, se prevé la prórroga de la patria potestad sobre los hijos incapacitados al llegar éstos a la mayor edad, prórroga que opera de manera automática; o la rehabilitación de la patria potestad que antes ejercieron los padres si la incapacitación del hijo se produce con posterioridad a la fecha en que alcanzó su mayoría de edad.

En cambio -lamentablemente- en el proyecto de reformas del Código Civil argentino, el ejercicio compartido de la tutela y la curatela es negado, ya que se reafirma la tendencia de cargo unipersonal e intransferible, manteniendo el viejo esquema paternalista antes mencionado (arts. 49, 82 y concordantes, Proyecto de Código Civil de 1998).

Para quedar ahora a tono con el moderno derecho internacional, reinterpretar correctamente a las ya mencionadas normas civiles en crisis - arts. 478 y 386 primera parte del C.C.-, y resignificarlas en sintonía con los preceptos constitucionales y supraleales de nuestro país, se "...impone..." -según Méndez Costa- "...una exégesis coordinada, anticonflictiva, equilibrada, coherente consigo misma, útil... ". Ya que toda reflexión final, cuando están en conflicto los principios,

exige que se respete el "...contenido esencial de los derechos fundamentales, particularmente en su vertiente axiológica, penetrando lo más profundo posible en su real sentido y en su incidencia en la configuración de los intereses para los que han sido reconocidos (Méndez Costa, ob. cit., pág. 27).

Como bien señalan Lloveras y Salomón, los derechos humanos ofrecen una perspectiva obligatoria al Derecho de Familia; y, en particular, concluyen lo siguiente: "...e) El Poder Judicial como principal custodio del control de constitucionalidad del sistema jurídico argentino debe repensar la solución que aplica a cada caso, a la luz de la integridad del derecho de familia que incluye inexorablemente los principios que surgen de los Tratados Internacionales de derechos humanos, no limitándose a la aplicación de las normas de segundo grado. F) Es exigible salvaguardar en las relaciones de familia, los derechos humanos presentes en los Tratados Internacionales que han recibido rango constitucional. g) Los instrumentos existen a disposición de los jueces para resolver conforme a la Constitución Nacional, ésta es la perspectiva diferente que debe imponerse, conforme a la fuerza normativa de la Carta Magna (Nora Lloveras - Marcelo Salomón, "El derecho de Familia y los derechos humanos: una perspectiva obligatoria", en obra colectiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Edición Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 2001, p.215).

Del conjunto de preceptos normativos supranacionales, constitucionales y legales que regulan en nuestro país el tema de la discapacidad, surge evidente la pretensión argentina de lograr un sistema jurídico integral, cuyos lineamientos generales se asientan sobre tres principios generales: no discriminación, prevención, y sistema de protección integral ( Mónica E. Vicchio - Patricia A. Levaggi, "La jerarquía constitucional de la Convención...y la protección integral del niño discapacitado..." , en obra colectiva Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad, Cecilia Grosman- Directora, Ed. Universidad, 1998, págs. 219/222)

En base a tales principios legales, y conforme la prueba rendida en estos actuados, considera la Suscripta corresponde -en el caso de marras- fallar en favor de la aspiración de los progenitores presentados en autos en el sentido de ejercer ambos el rol de curadores conjuntos de su hijo; declarando para ello, la inconstitucionalidad de los arts. 386 primera parte y 478 - por remisión del art, 475- del Código Civil; ya que tal pretensión consulta el superior interés del causante y el mejor interés familiar , adecuando la realidad de este grupo conviviente al espíritu de la legislación constitucional y supralegal vigente. Ello así, por entender aplicable al caso el concepto de justicia que señala Farina: "...el juzgar es un arte excesivamente delicado que debe actuarse bajo la inspiración de

los más elevados principios humanistas" (Juan M. Farina, Justicia. Ficción y realidad , Abeledo-Perrot, 1997, pág. 8).

En síntesis, estima procedente designar como curadores definitivos del joven Damian Ariel Nyville -en razón de su discapacidad mental, de conformidad con las habilidades propias de su dolencia, que le permiten gozar de una vida familiar en plenitud, y atento el encuadre legal de la inhabilitación judicial que le resulta aplicable-, a los progenitores de aquél, los cónyuges A. M. C. y H. M. N. (art. 632 y conchs. del CPCC; 152 bis y concordantes, 264, 264 quater y concordantes, 468 y siguientes del Código Civil). Para ello, el ejercicio de tales cargos deberá asimilarse a la modalidad descripta legalmente para el ejercicio de la patria potestad respecto de los menores de edad, aplicándose por analogía las disposiciones de esta última, a las que se añadirán las que conciernen a la figura de la curatela (arts. 16, 17 y concordantes del C.Civil). Así, **este ejercicio será, en los hechos y en el derecho, similar al que los progenitores-curadores ejercen hoy respecto de su hija menor de edad G. N., y de la forma como lo han ejercido oportunamente respecto del causante cuando éste era menor de edad** (ejercicio que en los hechos continúan realizando hasta el presente).

POR ELLO, habiéndose cumplido con las disposiciones procesales pertinentes, de conformidad con lo dictaminado por la Asesoría de Incapaces y la Defensoría Oficial intervinientes; y por aplicación de las normas, principios legales, pronunciamiento judicial del Máximo Tribunal nacional y doctrina arriba indicadas, FALLO :

I) Hacer lugar a la demanda y, en consecuencia declarar la inhabilitación judicial de D. A. N. (DNI ..., nacido en la ciudad de Mar del Plata el 12 de noviembre de 1979), por su Síndrome de Down con retraso mental moderado, dolencia que lo inhabilita para el pleno ejercicio de sus derechos civiles y la administración de sus bienes (art. 152 bis, inciso 2, Código Civil).

II) Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 478 y 386 primer párrafo (por remisión del art. 475) del Código Civil, en tanto sólo admiten la designación de una única persona para ejercer el cargo de representante legal de incapaces (curador-tutor). Ello así, por entender - de conformidad con lo explicado en el Considerando IX- que tales normas vulneran los derechos y principios legales consagrados en los arts. 14 bis, 16, 19, 33, 75 incs. 22 y 23, y concordantes de la Constitución Nacional; arts. 11, 12 inc. 3, 15, 25 y 36 incisos 1 y 5, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Y por entender, asimismo, que tales normas del Código de fondo resultan para el caso de autos, incongruentes también con las ya mencionadas disposiciones de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad - compendio de normas de jerarquía superior a las del Código Civil-, Convención

ratificada por Ley interna N° 25.280. Esta y aquéllos, son instrumentos legales vigentes que reconocen los derechos y principios de unidad y de solidaridad familiar; de igualdad de los cónyuges entre sí; de igualdad entre las mujeres y los hombres, de los hijos entre sí, y de éstos en relación a sus progenitores; de democratización en las relaciones del grupo familiar; de ejercicio conjunto e indistinto de la patria potestad y co-responsabilidad de ambos progenitores; de no discriminación - en particular, respecto de las personas vulnerables -; de autonomía de la voluntad en las relaciones de familia; de la tutela judicial efectiva; etc. Todos ellos, principios y derechos fundamentales del hombre reconocidos jurídicamente, y que exigen operatividad para que resulten de ejercicio efectivo; los que se refuerzan con el articulado y el espíritu de la reciente Convención Internacional Amplia e Integral para Proteger y Promover los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad -según texto aprobado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la O.N.U., que quedará abierto a la firma a partir del 30 de marzo de 2007-; Convención que, que a pesar de no estar aún vigente, reafirma la vocación internacional de consolidar con medidas efectivas el máximo respeto a las garantías y derechos inalienables de las personas con discapacidad.

IV) Designar en el carácter de curadores definitivos del joven causante a los progenitores de éste, Sra. A. M. C. (DNI...) y Sr. H. M. N. (DNI ...); a quienes, previa aceptación de sus cargos ante la Actuaría, se les discernirán éstos por disposición judicial (arts. 468 y concs. del C. Civil).

V) Declarar que el ejercicio de tales cargos de curadores definitivos deberá asimilarse a la modalidad descripta legalmente para el ejercicio de la patria potestad respecto de los menores de edad; aplicándose por analogía las disposiciones de esta última, a las que se añadirán las que conciernen a la figura de la curatela, en tanto éstas resulten compatibles (arts. 16, 17 y concordantes, 152 bis y concordantes, 264, 264 quater y concordantes, 468 y siguientes del Código Civil).

VI) Eximir totalmente del pago de las costas al causante (arg. art. 68, segundo párrafo, y 84 del CPCC), atento haberse concedido el beneficio de litigar sin gastos de conformidad con lo resuelto oportunamente en autos.

VII) Firme, comuníquese al Registro de Capacidad Civil de las Personas y Registro de Juicios Universales. REGISTRESE Y NOTIFIQUESE a las partes, Asesoría de Incapaces y Defensoría Oficial intervinientes, con habilitación de días y horas inhábiles (art.153 CPCC).

DOLORES LOYARTE

Trib. Familia Mar del Plata, n. 2, 26/12/2006.- N., D.A. Lexis N° 35010953.

