

El curador y los intereses de la persona con discapacidad en materia de salud sexual y reproductiva²⁴⁶

Por Julieta Salomé Rodríguez²⁴⁷

I. Introducción

El propósito de este trabajo es analizar el instituto de la curatela y su evolución desde el derecho romano a la actualidad, en el marco de un fallo judicial en el cual se pone en evidencia la importancia de respetar el derecho a la libertad individual y a la autodeterminación personal de las personas con discapacidad, así como también el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, que integran el derecho personalísimo a la salud integral.

²⁴⁶ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación” que se desarrolla en UFLO Universidad bajo la dirección de la Profesora Mirta Beatriz Álvarez.

²⁴⁷ Estudiante de la carrera de Abogacía de UFLO Universidad.

II. Antecedentes y fundamentos del fallo

El fallo bajo análisis es una resolución del 26 de mayo de 2015 de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Provincia de Buenos Aires, en los autos caratulados A., V. A. s/Insania y Curatela (Expte. 4449-2007).²⁴⁸ En el mismo, el juez de primera instancia, Dr. Rodolfo Sheehan, rechazó el pedido efectuado por la Curadora Oficial, referente a la realización de una intervención de contracepción quirúrgica a una persona con discapacidad.

En sus fundamentos, expuso que la práctica quirúrgica solicitada conlleva a la esterilización, motivo por el cual no es posible llevarla a cabo por razones eugenésicas; sino que, atento a la trascendencia de la misma para la salud y la integridad física de la causante, resulta judiciable cuando median razones terapéuticas, o bien, cuando la incapacidad de la misma le impida ejercer de modo adecuado sus derechos sexuales y reproductivos.

Sostuvo, además, que no habían quedado probadas las razones terapéuticas que justificaran la realización de la intervención solicitada, la que entendió “constitucionalmente inadmisibles”, y fundamentó que la falta de contracción al cuidado de su propia salud por parte de V., no podía ser considerada como una razón suficiente para autorizar la práctica, puesto que no aparece como la única alternativa posible, ya que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) exige optar por las medidas menos gravosas y restrictivas de la libertad, dignidad y autonomía de la persona, en lugar de la realización de prácticas invasivas para la persona con discapacidad, lo que llevó a disponer la colocación de un dispositivo intrauterino (DIU) a V.

Es de destacar que el juez de primera instancia emitió su resolución sin oír a V., lo que implica una violación de la garantía del debido proceso en cuanto al derecho a ser oído. En todo proceso judicial siempre debe oírse la opinión de la persona interesada, aun tratándose de una persona incapaz de ejercicio, respecto de todo aquello que hace al ejercicio de sus derechos personalísimos. Los representantes implementan acciones para que la persona tutelada ejerza sus derechos, pero no los ejercen por ella. No oír las opiniones y deseos de la persona incapaz de ejercicio es efectuar una discriminación que contraría derechos fundamentales y humanos.

²⁴⁸ A.V.A s/Insania y Curatela - Cámara Civil y Comercial de Junín 26/05/2015. Thomson Reuters. Cita Online AR/JUR/17768/2015.

La Curadora Oficial de Alienados, Dra. Lorena Raquel Sarquís, en su rol de curadora definitiva de V. A. A, interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en relación, y cuestionó inicialmente en su memorial que el *a quo* haya considerado que la ligadura de trompas de Falopio requerida importara una práctica inconstitucional.

Sostuvo también que se vulneró el derecho a ser oído, en cuanto V. no fue escuchada por el juez en forma previa al dictado de la decisión, lo que impidió conocer su opinión, pedido, deseos y necesidades.

Además, destacó que el *a quo* agregó requisitos no contemplados en la Ley 26.130 (ley que regula el régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica) al exigir, para conceder la autorización requerida, razones terapéuticas o una incapacidad de tal grado que impida el ejercicio de los derechos sexuales o reproductivos.

Explicó que, en su carácter de representante legal de V. A., no debía sustituir la voluntad de la misma por su criterio personal acerca de que es lo que más le conviene a ella, sino que debía escucharla, brindarle las explicaciones necesarias, evacuar sus dudas y oficiar de apoyo en su propia decisión de requerir la intervención contraceptiva. Añadió que la solicitud de autorización judicial para la ligadura de trompas de Falopio fue consecuencia de un pedido espontáneo de V. y de su progenitora, y que este pedido fue sostenido por V. ante los profesionales del equipo interdisciplinario del juzgado de familia.

Además, manifestó que V, a pesar de todas sus limitaciones intelectuales, familiares y sociales, entendía que no podía sostener la crianza de un hijo. Y luego de hacer referencia a las condiciones de vida de V. sostuvo que no se le podía pedir mayor acto de conciencia que el de solicitar la medida, que demostraba el entendimiento de su situación.

Por último, recalcó que la colocación de un dispositivo intrauterino dispuesta por el juez de primera instancia, en modo alguno dejaba a V. a resguardo de un embarazo, debido a que la falta de controles médicos adecuados conspiraba contra la eficacia anticonceptiva del mismo.

La Alzada, luego de escuchar a V. y de realizar un informe interdisciplinario, hizo lugar al recurso y autorizó la ligadura de trompas de Falopio a V., dejando a salvo que la práctica médica debía realizarse de forma tal que asegurara la posibilidad de una reversión posterior.

Los jueces de Cámara fundamentaron su postura principalmente en lo dispuesto por las leyes 26.130 y 26.657 y por la Convención sobre Personas con

Discapacidad (CDPCD). En estas fuentes se destacan las siguientes definiciones:

La Ley 26.130, que establece el régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica, define su objeto, el cual consiste en que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “vasectomía” en los servicios del sistema de salud y los requisitos para acceder a las mismas; que debe tratarse de persona capaz, mayor de edad que requiere formalmente la práctica y brinde de forma previa e inexcusable su consentimiento informado. Establece en su artículo tercero la excepción referida a las personas con discapacidad, declarada judicialmente, para las cuales fija como requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquella.

Esta última exigencia se verifica en los hechos del caso bajo análisis. Y, además, en esta instancia, se pudo comprobar que el pedido respondía a la voluntad de V., que entendía que la práctica tenía como consecuencia la imposibilidad permanente de procrear.

Por su parte, la Ley 26.657, ley nacional de Salud Mental, establece en su artículo primero que uno de sus objetivos es asegurar el pleno goce de los derechos humanos de las personas con padecimiento mental.

Esta legislación sigue los lineamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD), plexo normativo que adquirió jerarquía constitucional con la sanción de la Ley 27.044 y cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno, y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, por parte de todas las personas con discapacidad, y además, promover el respeto de la dignidad inherente a ellas.

De esta exposición, concluye el primer juez opinante, Dr. Castro Durán, se manifiesta claramente que la finalidad perseguida en el reconocimiento del derecho a la esterilización anticonceptiva a las personas con discapacidad, no radica únicamente en evitar embarazos, sino también en remover todo obstáculo que les impida a las mismas el efectivo goce del derecho a la salud sexual, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Por su parte, en el desarrollo del voto realizado por el segundo juez, Dr. Guardiola, este indica que la ley 25.673, de Salud Reproductiva, reconoce a las personas con discapacidad los mismos derechos que al resto de las personas y destaca que en la Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad se les reconoce el derecho a mantener su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás personas.

En consecuencia, introduce en su voto, que es en igual sentido que el juez preopinante, la propuesta de que se incluya en la notificación a cursarse a las autoridades sanitarias que la intervención de ligaduras de trompas, sin afectar su efectividad, se realice de forma tal de asegurar en la medida que la buena praxis médica recomienda, la posibilidad de una reversión ulterior.

La tercera jueza votó en el mismo sentido, por lo que se hizo lugar al recurso de apelación, se revocó la sentencia de primera instancia y se autorizó la ligadura de trompas solicitada por la Curadora Oficial de Alienados, con la salvedad mencionada en el párrafo anterior.

II. La curatela en el derecho romano²⁴⁹

El curador es la persona que tiene la potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden administrar sus negocios, de tal modo que se da más en relación con el cuidado de los bienes que con el de la persona.

La Ley de las XII Tablas organizaba la curatela, únicamente para remediar a los incapacitados accidentales: la de los *furiosi* y la de los pródigos. Más tarde y a título de protección, fue extendida a los *mente capti*, a los sordos y mudos y a las personas atacadas de enfermedades graves, acabando también por aplicar la curatela a una incapacidad de otro orden, a los menores de veinticinco años.

El derecho romano hizo distinción entre el *furiosi* y el *mente capti*. El primero era el completamente privado de razón, tuviera o no intervalos lúcidos, en tanto que el segundo era el poseedor de un poco de inteligencia o de facultades intelectuales escasamente desarrolladas. Pero al ocuparse la ley decenviral únicamente del *furiosus sui iuris* y púber (sin la protección, consecuentemente, de un *pater familias* o de un tutor), determinó que quedara sometido a la curatela legítima de los agnados y, en subsidio, de los gentiles, quedando claro que desde el momento mismo de la manifestación de la locura en el púber *sui iuris* se abrían las puertas a la curatela sin la necesidad de previo decreto de interdicción judicial. En la época clásica, a falta de curador

²⁴⁹ Esta sección está basada en una síntesis de la ponencia presentada en el XI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morón (1998), por Mirta Beatriz Álvarez con el título de "Las Relaciones Familiares y el amparo a los miembros de la familia. La Curatela."

legal, o en el caso de que fuera inepto, se proveía curador por nombramiento del magistrado.

Al curador del *furiosus* le asistía la obligación tanto de administrar los bienes de este como de velar por su curación, sin que el pupilo, mientras durara la locura, pudiera ejecutar acto jurídico alguno, por lo que, contrario *sensu*, al recobrar toda su capacidad intelectual, podía obrar por sí solo como si nunca hubiera estado loco.

En suma, tratándose del *furiosus*, el curador debía limitarse en cuanto a los bienes a administrarlos sin llegar a la *auctoritas*, quedando con la obligación de rendir cuentas al concluir la curatela e, incluso, en todas las ocasiones en que el pupilo, por recobrar la cordura, reclamaba la administración de sus bienes.

Debido a los pretores la curaduría en mención se extendió a personas urgidas de protección por padecimiento de enfermedades permanentes, como los *mente capti*, los sordos, los mudos, y, en general, todos aquellos que a raíz de enfermedades graves y, pese a ser púberes *sui iuris*, no estaban en condiciones de velar personalmente por sus intereses.

Antes de comenzar su gestión, los curadores debían cumplir las mismas formalidades que los tutores. Así pues, debían dar *satisfatio* (fianza). Dadas las características de la institución, no se puede saber con antelación por qué daños y por qué monto podrá ser responsabilizado el curador. Por ello, la *satisfatio* no se puede cumplir dando algo en prenda, o depositando dinero, ni oro ni plata, sino que se necesitan fiadores que se comprometan personalmente a responder por la responsabilidad del curador.

Hay dos excepciones, la primera respecto de los curadores dados por testamento, que se explica por cuanto la *fides* y la *diligentia* están aprobadas por el testador.; la segunda, respecto de los curadores nombrados por el magistrado previa *inquisitio* (investigación), por cuanto mediante ella se los ha elegido como idóneos u honestos.

El curador administra y no da *auctoritas*. Obra mediante la *gestio* (como un mandatario del pupilo, pero no es un contrato sino un *quasi ex contractu*) pues en la persona del pupilo no hay insuficiencia jurídica sino fáctica que cubrir.

En cuanto a la forma de nombrar curador, primero se atendía a la voluntad del testador (dativa), en defecto de ella, la Ley de las XII Tablas consagraba que se nombrara a los agnados (legítima); pero si aún no se lograba un curador, se permite al pretor y al *Praefectus urbis* en Roma y a los gobernadores en las provincias, nombrarlo.

Para que sea regular la dación de curador por testamento (dativa) es necesario

que exista la *testamenti factio*, activa y pasiva con aquel que es designado, y que debe ser claramente especificado. No se puede dar curador incierto. Puede ser renunciada mediante la *abdictio*, a diferencia de lo que ocurre en la curatela legítima en que solo puede hacerse uso de la *in iure cessio*.

Tanto el *curator furiosi* como el *curator prodigi* permanecen en el cargo mientras subsistan las particulares condiciones por las cuales se los nombró. En ambos casos, responden frente a la persona liberada de la curatela o ante sus herederos, con una *actio negotiorum gestorum utilis*, que se distingue de la acción normal, en cuanto presupone una gestión no voluntaria sino impuesta como deberes del cargo; y hacen valer las eventuales pretensiones de indemnización con un *indictum contrarium*.

Más tarde, el curador quedó obligado por la *actio negotiorum gestorum directa* (debiendo en consecuencia rendir cuentas) y tuvo para reembolsarse de sus anticipos la *actio negotiorum contraria*.

III. La curatela en el Código Civil y Comercial²⁵⁰

La institución de la curatela no varió demasiado desde el derecho romano al Código Civil de Vélez. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), en su actual redacción, regula la tutela y la curatela en el capítulo 10, denominado “Representación y Asistencia”. En la sección 1° alude a las disposiciones generales, en la sección 2° a la tutela y en la tercera a la curatela, estableciendo como principio general en el artículo 138 que se le aplican a la curatela las reglas de la tutela no modificadas por la sección específica.

A continuación, se declara en el mencionado artículo que la principal función del curador es la de cuidar a la persona incapaz y sus bienes, y tratar de que recupere su salud. A tal fin se destinarán preferentemente las rentas de los bienes de las personas protegidas.

La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Asimismo, los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida. Todas estas designaciones requieren aprobación judicial.

²⁵⁰ Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo 1, Buenos Aires: Infojus, pág. 205 y ss.

A falta de designación, el juez puede nombrar, teniendo en cuenta la idoneidad moral y económica, al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger, según quien tenga mayor aptitud.

Es de destacar que, mediante esta nueva regulación, y la prevista en los artículos 22 a 50 del capítulo 2° del CCyCN, que se titula “Capacidad”, se buscó adecuar el derecho positivo a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). De allí la transformación de un sistema estático de protección, a otro representativo, elástico y proporcional a la extensión de la limitación y a la capacidad del sujeto. Se distingue, de este modo, la capacidad de derecho (aptitud para la mera titularidad de las relaciones jurídicas) de la capacidad de ejercicio (aptitud de ejercer por sí los derechos). Se intenta *aggiornar* las normas referentes a los niños, niñas y adolescentes y a las personas con discapacidad a la cambiante sociedad y a la multiplicidad de realidades. Por ello se hace alusión reiteradamente a términos como “edad y grado de madurez”, “capacidad progresiva” y “derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta”. Asimismo, se da cuenta de que la representación ya no resulta un sistema rígido y hermético, como sí lo era en el Código Civil de Vélez. El representante no puede tomar las decisiones únicamente basándose en su iniciativa, sino que debe atender a los deseos de la persona por quien actúa. El sistema se ha establecido en beneficio exclusivo de la persona representada.

El artículo 101 establece que son representantes de las personas con capacidad restringida el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, estos tengan representación para determinados actos; y de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.

El mencionado último párrafo del artículo 32 se refiere a las personas que se encuentren absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz. En estos casos, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Las funciones representativas del apoyo son excepcionales y deben otorgarse para determinados actos, en beneficio del representado. El juez las establece en la sentencia que restringe la capacidad de las personas.

En el caso del curador, su función es representativa y sustitutiva de la voluntad de la persona; no obstante, debe promover la autonomía personal

y la posibilidad de recuperar en ella la interacción con su entorno y la exteriorización de su voluntad. El juez debe fijar en la sentencia la extensión de la incapacidad de la persona y, asimismo, el alcance de la función representativa del curador, que debe ser proporcional a la extensión de la incapacidad del representado.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) elaboraron en conjunto un informe titulado “Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”,²⁵¹ en el cual hacen referencia al nuevo régimen de apoyos que introdujo el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) y enumeran los principios para una interpretación armónica de los diversos institutos del CCyCN y la CDPD. Entre ellos se destacan los siguientes:

-La función del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona titular del derecho a la capacidad jurídica. El sistema de apoyos se diferencia de la curatela, básicamente, porque el primero propicia que la persona titular del derecho a la capacidad jurídica decida sobre las cuestiones de su vida y no lo haga un/a tercero/a en su lugar. Si se admitiese que quien debe prestar apoyo puede tener funciones de representación, se estaría legitimando la sustitución de la voluntad, cuya erradicación es el objetivo principal del modelo de apoyos. Esto es exactamente lo que ocurriría con el antiguo sistema y es lo que debe evitarse. En definitiva, la función del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona titular de la capacidad jurídica ni derogarla. Por el contrario, debe coadyuvar para que se respete y promueva la autonomía de su voluntad (de acuerdo con el artículo 3, inciso a), de la CDPD).

-La única circunstancia en que una persona designada como apoyo puede actuar en representación de la voluntad de quien es titular del derecho es que medie representación voluntaria, por ejemplo, un acto expreso de mandato.

-En ningún caso la sentencia podrá restringir el ejercicio de la capacidad jurídica sobre:

²⁵¹ <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretacion-del-modelo-de-capacidad-juridica-y-del-sistema-de-apoyos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

- a) derechos personalísimos: vida, dignidad, salud (artículos 51 a 61 del CCYCN);
- b) derechos políticos: especialmente el derecho a votar (artículo 29 de la CDPD);
- c) derecho al nombre (artículo 62 del CCYCN);
- d) derecho a contraer matrimonio (art. 62 del CCYCN);
- e) derecho a estar en juicio;
- f) responsabilidad parental

IV. Conclusiones

Luego de haber hecho la exposición de la evolución del instituto de la curatela desde el derecho romano, el Código de Vélez y el Código Civil y Comercial de la Nación, se pone claramente de manifiesto que la redacción actual ha incorporado ampliamente los lineamientos establecidos por la Convención sobre las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

En el caso judicial que se analizó, se destaca que el reconocimiento del derecho a la esterilización anticonceptiva a personas con discapacidad no se funda únicamente en evitar embarazos, sino también en remover todo obstáculo que impida el efectivo goce del derecho a la salud sexual en igualdad de condiciones con las demás personas.

Y este tipo de práctica no genera ninguna clase de conflicto entre el nuevo esquema relativo a los derechos sobre el propio cuerpo establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley 26.130, dado que la contracepción quirúrgica no implica necesariamente una disminución permanente de la integridad del cuerpo humano. Y aun en el caso de interpretarlo de esa manera, resultaría de aplicación el artículo 19 de la Constitución Nacional que protege el derecho a la autodeterminación personal.

Por último, y a la luz del nuevo paradigma establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación que tiene a la capacidad como regla, crea el sistema de apoyos y propone a la curatela como excepción, cabría proponer una relectura del artículo 3° de la Ley 26.130 y permitir que sea la persona interesada quien solicite judicialmente la medida contraceptiva, acompañada por su apoyo.

V. Bibliografía Consultada

CELS. “Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Consultado el 13/10/2019. <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretacion-del-modelo-de-capacidad-juridica-y-del-sistema-de-apoyos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Fallo A., V. A. s/insana y curatela. Thomson Reuters. Cita online: AR/JUR/17768/2015

Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo 1, Buenos Aires: Infojus, pág. 205 y ss.

Ley 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica

Ley 25.673 Salud Pública

Mielnicki, Diego y Roitman, Facundo (2015). “Los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos de las Personas Incapaces de Ejercicio”. En *Jurisprudencia comentada*. Erreius Online.

Monasterio, Rodrigo. “La relación entre la discapacidad intelectual y el derecho a la salud”. Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/3199/2015.

