

Tutela y Curatela, desde el Derecho Romano a su recepción en el Código Civil y Comercial Argentino

Daniel G. Bonjour¹

1. Bonjour, Daniel G. Abogado-Escribano-Procurador. Doctorando Universidad Argentina John Fitzgerald Kennedy (Tesis). Profesor de Derecho Romano Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, Universidad de San Isidro DR. Plácido Marín. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social/Teoría del Derecho/Economía Política/Sujeto y Sociedad (Sociología), Universidad Abierta Interamericana. Profesor de Historia del Derecho, Universidad de San Isidro Dr. Plácido Marín. Especializando en Derecho Social UNLP. Profesor en Docencia Superior, Universidad Tecnológica Nacional. Miembro de la AIDROM (Asociación Iberoamericana de Derecho Romano); Miembro de la ADRA (Asociación de Derecho Romano de la República Argentina. Asesor Letrado de la Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de La Plata. Director Ejecutivo de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Introducción

La presente comunicación tiene por objeto observar los institutos de referencia en cuanto a sus características en el Derecho Romano, su pasaje por el Código Civil velezano que rigiera por aproximadamente ciento cincuenta años en nuestro país, hasta su recepción en el actual Código de fondo vigente en nuestro medio desde el 1 de agosto de 2015, y algunas de sus modificaciones.

El título que hemos escogido para la presente comunicación “Tutela y Curatela desde el Derecho Romano a su recepción en el Código Civil y Comercial”, ya dice un poco del método que también hemos elegido para su desarrollo; como no podía ser de otra manera y para observar las cercanías y similitudes, así como también las diferencias, debemos partir por un recorrido histórico comparativo a la vez que analítico, para llegar a observar aquellas cuestiones.

Noticia desde el Derecho Romano

Es sabido que por el jurista Serbio según nos informa Paulo en D 26.1, se define a la tutela como la “*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem –(vel sexum)–, sua sponte se defenderé nequit, iure civil data ac permissa*”², es decir, fuerza y potestad sobre una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil respecto de aquel que en razón de su edad no puede ejercer los derechos por sí mismo o bien no puede defenderse; y que ello está dirigido a proteger entonces, en principio, a los menores impúberes, es decir, aquellos que no han alcanzado la edad de 14 años o su maduración biológica, a partir de la cual y con el transcurso del tiempo aparecerá la curatela de los menores de 25, ahora con el fin de protegerlos respecto de su inexperiencia para la realización de determinados negocios jurídicos, y con ello, ya adelantamos una de las curatelas de que se dispone en el Derecho Romano, sumándole ahora sí, las que están definitivamente orientadas a la protección de aquellas personas que padecen alguna inhabilidad mental, léase los furiosi o mente capti; es justamente aquí donde nos encontramos con la máxima que surge del D 29.2.47, en donde se refleja que la voluntad del furiosi es nula en estos términos:

“*Qui servum suum heredem institutum adire iusserat, prius quam ille adiret, furiosus est factus; negavit, recte servum aditurum, quonian non nisi voluntate domini acquire hereditas potest, furiosi autem nulla voluntas est*”³;

Es decir, ello surge de un caso en el cual uno determinó que un esclavo suyo aceptase la herencia, pero que antes de ello, se volvió loco y resultó entonces que no la podía aceptar, pues es nula la voluntad del loco.

Ahora bien, en razón de brevedad, no vamos a adentrarnos en el desarrollo de las características de la tutela en cuanto a los distintos tipos de ser designado y sus formas de llevarlo a cabo –esto es, testamentaria, legítima y dativa o magistratual⁴ en el caso

2. Digesto 26.1. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/601/11.pdf>. Pág. 1.

3. Digesto 29.2.47 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/601/18.pdf>. Pág. 24.

4. Guzmán Brito, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo 1. Pág. 377 “El poder de un magistrado para nombrar tutot

de las tutelas y, legítima y dativa en caso de las curatelas, recordando aquí que en Institutas 1.23.1⁵ se dice que “se dan curadores por los mismos magistrados que los tutores. Pero no se dan por testamento, pero una vez dados se confirman por decreto del pretor o del presidente-, ni de las distintas acciones que le corresponden al pupilo en caso de sospechas de fraude de parte de su tutor, etc., pero sí hacer mención que en el mismo D 26. 1.1.3 ya se establecía que el mudo no puede ser designado tutor⁶, a la vez que en D 26.1.1.3 se dice que el tutor no solo debe oír sino también hablar, por lo tanto, allí nos encontramos con restricciones para con estas personas a las que no podemos encuadrarlas dentro de los dementes o débiles mentales, sino que se trata de aquellas que sufrían algún tipo de “discapacidad” –en términos actuales–; respecto de ellos, también en D 26.1.6⁷ nos informa Ulpiano en Comentarios a Sabino que, puede darse tutor respecto de los mudos/as, pero en principio se cuestiona si les puede otorgar autoridad, y asimismo, en D 26.1.6.3 refiere que también al sordo impúber se le puede dar tutor; por otro lado, también sumamos a ello que en Institutas 1.23.4 se dice que a los insensatos, sordos y mudos de enfermedad perpetua, se las da curadores.

Recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield

Es decir, hasta aquí, contamos con algunas de las cuestiones –entre otras–, que muy bien pensaron los romanos en camino de resolver los problemas a los que se veían sometidas estas personas; en honor a la brevedad y omitiendo de propósito otras fuentes en las que se pueden hallar quizás alguna que otra modificación, por ejemplo derivadas del derecho hispano que llegó a nuestras costas, observaremos brevemente el tratamiento que el codificador originario le diera al tema en el Código Civil que redactó allá por 1869 y que supo entrar en vigencia a partir del 1 de enero de 1871, me refiero al Código Civil de Vélez Sarsfield.

El Código Civil definió la tutela en el art. 377 como “el derecho que la ley confiere para gobernar a la persona y los bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”. De ello se infiere que la tutela perseguía como objetivos, que el tutor asuma el deber de guarda del menor y suplir la falta de sus padres, debiendo dar educación y alimentos y, respondiendo en el supuesto de daño causado por el menor; como contrapartida el menor debía al tutor el mismo respeto y obediencia que profesaría a sus padres. Respecto aquí sí, de las formas de ser designado tutor encontrábamos que el art. 382 refería a que “La tutela se da, o por

(ius tutoris dandi que da lugar a una datio tutoris magistratual) fue más tardío. Una lex Atilia casi seguramente del año 210 a. C., creo la figura de un tutor para el caso de que un impúber careciera absolutamente de tutor testamentario o legítimo...”.

5. Instituciones de Justiniano. Edición Bilingüe. Editorial Heliasa. ISBN 950-885-066-3. Pág. 58. <<I. Dantum autem curatores ab eisdem magistratibus quibus et tutores. Sed curator testamento non datur.: sed datus, confirmatur decreto praetoris vel praesidis>>.

6. Digesto 26.1.1.3 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/601/11.pdf>. <<Surdum non posse dare tutorem plerique et Pomponius libro sexagésimo nono ad edictum probant, quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet>>.

7. Digesto 26.1.6 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/601/11.pdf>. <<Muto itemque mutae impuberibus tutorem dari posse, verum est, sed an auctoritas iis accommodari possit, dubitatur; et si potest tacenti, et muto potest. Est autem verius, ut Iulianus libro vicésimo primo Digestorum scripsit, etiam tacentibus auctoritatem posse accommodari>>.

los padres, o por la ley o por el juez”, observando entonces que subsistía aquella modalidad observada por el Derecho Romano en cuanto a testamentaria, legítima y dativa, con cambios de matices vinculados a distintos tiempos y sociedades, obviamente, definiendo en los arts. 383, 389 y 392 respectivamente a las formas de ser designados, y estableciendo en el último de los casos ciertas restricciones en cabeza de los jueces respecto de la imposibilidad de designar tutores a sus parientes, allegados, deudores o acreedores o asimismo en otros jueces, todo ello cuando de lo dicho resulta que pudieren aparecer ciertas incompatibilidades. A su turno, en el art. 397 se establecían determinadas “tutelas especiales”, en una enumeración bastante extensa y que en razón de la brevedad solo haremos mención de algunas 1) Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; 2) Cuando el padre o madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos; 3) Cuando los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres; etc.

En punto a la “capacidad para ser tutor”, en principio, toda persona física capaz puede serlo, amén de lo dispuesto respecto de los establecimientos de beneficencia de carácter público o privado; empero, existen incapacidades específicas determinadas por la ley, contempladas en el art. 398 C. C., siendo, los menores de edad, mudos, privados de razón, quienes no estén domiciliados en la República, los fallidos en tanto no han satisfecho a sus acreedores, los privados del ejercicio de patria potestad, quienes deben ejercer cargo o función fuera del país por largo tiempo o indefinido, quienes no tengan oficio, profesión o modo de vida conocidos, o de notoria mala conducta, y condenados a penas infamantes.

Asimismo, se establecían la obligación de hacer “inventario” previo al ingreso en el ejercicio de la tutela y naturalmente la obligación de “rendir cuentas” hacia la finalización de la misma, aunque se observaba también que el Ministerio Público –representante de todos los incapaces–, pudiera exigirla en cualquier momento.

En punto a la “curatela”, “es la representación legal del mayor de edad incapaz de administrar sus bienes”, conforme lo prescripto en el art. 468 del C. C.; así entonces, se hallan comprendidos “el demente” (aun teniendo intervalos de lucidez), arts. 141, 469 C. C., los “sordomudos que no saben darse a entender por escrito”, arts. 143 y 469 C. C., y el “condenado a penas privativas de la libertad que supere tres años”, art. 12 del Código Penal Argentino.

Tratándose de “inhabilitados judicialmente” que contemplaba el art. 152 bis del C. C., el instituto cumplía una función de asistencia, más particularmente respecto de los denominados “pródigos”, es decir aquellos que pudieran poner en peligro su patrimonio por tendencia a la dilapidación –además de contemplar también los casos de los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos y “los disminuidos en sus facultades mentales sin llegar al supuesto de demencia que establecía el art. 141 del C. C.–.

El nuevo Código Civil y Comercial y la Ley de Salud Mental

Ahora bien, a partir del Código Civil y Comercial que ha entrado en vigencia desde 1 de agosto de 2015, se receptan otras visiones; primero creemos necesario decir que se observa como una característica que se trata de un código que según se ha expresado

tiende a la “Constitucionalización de los derechos civiles”,⁸ e incluso y en ese orden de ideas a partir de su art. 1 amplía las fuentes de las que podrá valerse el juez al momento de dictar su sentencia; segundo, con posterioridad a la reforma del año 1994 de la Constitución Nacional se han incorporado Tratados de DD. HH en el art. 75 inc., 22 que según ha entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen igual jerarquía que la Constitución y superior a las leyes; tercero, en ese marco, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 75 inc. 23 de dicha Constitución, “Corresponde al Congreso... “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”...

Por lo tanto, en ese orden de ideas es que, en el año 2000 por ley 25.280 se recepta la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,⁹ y en el año 2010 se ha sancionado la “Ley de Salud Mental” que lleva por número ley 26.657, es decir, atendiendo aquello dispuesto en el art. 75 inc. 23, el Estado vino a adecuar su legislación a los instrumentos internacionales oportunamente suscriptos.

Conclusión

Aquella máxima a la que referimos al inicio se ha morigerado, en atención a que la actual legislación ha seguido el camino de adecuarse a los instrumentos jurídicos internacionales, y que del Código Civil y Comercial resulta que, respecto de las personas con alguna discapacidad, el art. 41 dispone:

Particularmente respecto de la Internación:

La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección.

En particular

a) Debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;

b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;

c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente.

d) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y

8. Alegre Marcelo. A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la Constitucionalización del derecho privado. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf>

9. Ley 25280 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=63893>

periodicidad de la revisión,¹⁰ entre otras cuestiones tratadas.

Todo ello, y mucho más, configura una mayor protección de las personas, reconociéndose a las personas con padecimiento mental el derecho a recibir una atención sanitaria, social, integral y humanizada, con acceso gratuito a prestaciones e insumos necesarios tendientes a recuperar la salud y/o preservarla, como asimismo, el derecho de conocer y preservar su identidad, poder tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento dentro de sus posibilidades, de no ser sometido a investigaciones clínicas sin su consentimiento, no ser considerado el padecimiento mental un estado inmodificable, etc.¹¹

Tanto la ley de salud mental, como su decreto reglamentario, en consonancia con el Código Civil y Comercial, se hallan en un camino de propender a la mayor protección de los derechos de la persona humana y a garantizar el cumplimiento efectivo de esos derechos.

10. Código Civil y Comercial (Ley 26994). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>

11. Ley Nacional de Salud Mental (Ley 26657) y Decreto Reglamentario (Dec. 603/2013). <http://iah.salud.gob.ar/doc/Documento224.pdf>

