



REVISTA DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN
INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

REVISTA Nro 11 – AÑO 7

DIRECCIÓN

Alicia Beatriz Rajmil
Pedro Eugenio Marzuillo

SECRETARÍA

Natalia Andrea Echecury
Marianela Rosana Graizzaro
Romina Andrea Rajmil

COMITÉ DE REDACCIÓN

Enrique Jorge Arévalo
María Eugenia Boretti
Erika Silvana Bramatti
Lilia Graciela Castelan
María Mercedes Córdoba
Stella Maris Myriam Estelrich
Gloria Argentina Gover
María Claudia Torrens

COMITÉ REFERATO

María Isolina Dabove
Pedro Federico Hooft
Luis Rogelio Llorens

Córdoba 1852 - Córdoba 1852 – (2000)
Rosario – Santa Fe – Argentina - Tel. +54
341 4257075/76/78.- Fax. +54 341 4257077
e-mail: idei@colescribanosros.org.ar – www.escribanos-stafe2da.org.ar

Publicación Científica de Carácter Anual

© Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción

Editada por el Instituto de Derecho e Integración

ISSN N° 1852-2319.

Foto de Tapa: Fachada Este del ex Palacio de Tribunales Provinciales, actual Facultad de Derecho, ciudad de Rosario (Autoría Enrique Jorge Arévalo- IDeI)

Las opiniones emitidas en esta revista pertenecen exclusivamente a sus autores.

Podrá acceder libremente a la revista del IDeI en formato PDF en www.escribanos-stafe2da.org.ar

Registro de la Propiedad Intelectual Nro 918625



Miembros del Instituto de Derecho e Integración

Directora

Alicia Beatriz Rajmil

Sub-Director

Marcelo Daniel De Laurentis

Secretario

Enrique Jorge Arévalo

Miembros Plenos

María Eugenia Boretti
Lilia Graciela Castelan
María Mercedes Córdoba
Silvia Beatriz Di Boscio
Stella Maris Myriam Estelrich
Gloria Argentina Gover
Pedro Eugenio Marzuillo
Alejandro Toguchi
María Claudia Torrens

Miembros Adherentes

Dariel Oscar Barbero
Erika Silvana Bramatti
Natalia Andrea Echeury
Marianela Rosana Graizzaro
Romina Andrea Rajmil

Miembros Honorarios

Luis Rogelio Llorens
Leonardo Bernardino Pérez Gallardo

Colaboradores

Verónica Pelegrina
Ramiro Paulo Tulián
Iris Nidia Vallortigara



*Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe
2ª Circunscripción*

Consejo Directivo

Presidente

José Alejandro Aguilar

Vicepresidente

Emma Herminia Parma

Secretario

Andrés Gustavo Brelich

Pro-Secretaria

María Verónica García

Tesorero

Gabriel Gustavo Barat

Vocales Titulares

Alejandro Toguchi

Ricardo Daniel Pasquinelli

Carlos Alvaro Gómez Tomei

Cecilia Carla Moreno

Georgina Mabel Todeschini

Mariana Blanco

Vocales Suplentes

Raquel Guadalupe Monti

Silvia Maela Massiccioni

Iñaki Barrandeguy

Andrea Esther Orsetti

Mercedes María Romano

Síndicos de la Caja Notarial

Patricia Prioti

Gonzalo Jorge Sánchez Almeyra

SUMARIO

Volumen 1 – Nro 11 – Septiembre Año 2015

I Editorial	pág.	11
--------------------------	------	----

II Doctrina

El notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: Crónica de un protagonismo anunciado	pág.	17
---	------	----

Not. Leonardo Bernardino PÉREZ GALLARDO

Régimen de capacidad de las personas humanas y de los derechos Personalísimos en el Código Civil y comercial (Ley 26.994). Aspectos Notariales	pág.	113
--	------	-----

Not. Luis Rogelio LLORENS

Not. Alicia Beatriz RAJMIL

III Legislación

Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación	pág.	179
---	------	-----

Not. Natalia Andrea ECHECURY

Not. Marianela Rosana GRAIZZARO

Dra. Romina Andrea RAJMIL

IV Jurisprudencia

Sentencia del Juzgado en lo Correccional N° 4 del Departamento Judicial de Mar del Plata	pág. 227
Comentario a Fallo: La intervención judicial y el Derecho a la Auto- Determinación.....	pág. 255
<i>Not. E. Jorge Arévalo</i>	
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	pág. 261
Comentario a Fallo: Algunas Reflexiones sobre el Derecho a la Dignidad hasta el final de la vida.....	pág. 293
<i>Not. María Mercedes CORDOBA</i>	

V Jornadas y Congresos

Cuadragésima primera Convención Notarial “Capacidades sus limitaciones”	pág. 305
--	----------

VI Práctica Notarial

Apoderamiento especial otorgado por adolescente.....	pág. 317
<i>Not. María Mercedes CORDOBA</i>	
Un Acto de Autoprotección.....	pág. 323
<i>Not. Luis Rogelio LLORENS</i>	
<i>Not. Alicia Beatriz RAJMIL</i>	

VII Instituciones Notariales

Los Archivos de Protocolos Notariales en la
provincia de Santa Fe

Génesis de la actividad archivística,

Evolución y estado actualpág 335

Not. E. Jorge AREVALO.

Pautas para Publicación de Trabajospág. 347

EDITORIAL

El presente número de nuestra revista ve la luz en un escenario jurídico conmocionado por la vigencia, desde hace pocos meses, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. No se trata sólo de una profunda reforma de nuestro régimen vigente, lo cual de por sí es trascendente, sino también de la incorporación de principios y normas constitucionales e internacionales que impactaron rotundamente el tradicional sistema jurídico argentino, a pesar de una considerable resistencia de los operadores jurídicos a su reconocimiento.

El nuevo régimen jurídico de capacidad de las personas, que afecta aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como los menores de edad y las personas con discapacidad, objeto de estudio permanente de nuestro instituto, impone la necesaria aceptación de nuevos paradigmas, que dejan atrás historias de discriminaciones y prejuicios.

Sin embargo este proceso presenta sus dificultades. Las nuevas normas reconocen importantes progresos, pero también retrocesos, dudas y conflictos. El trabajo de la Doctrina y la Jurisprudencia asumirá ribetes sobresalientes en su interpretación y aplicación adecuadas a los grandes principios que garantizan la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas, más allá de sus circunstancias. Aunque es una tarea que nos compromete a todos.

EDITORIAL

Desde estas páginas y a través de las actividades del instituto, venimos sosteniendo desde hace tiempo, los grandes cambios operados en nuestro Derecho a partir de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. No solo las grandes Convenciones marcan el rumbo, también las Observaciones de los Comité de seguimiento e interpretación de dichas convenciones, y las sentencias de las Cortes Internacionales, que obligan a los Tribunales Argentinos.

Como no podía ser de otra manera, desde este número de nuestra revista, intentamos generar el necesario debate e intercambio de ideas sobre las nuevas normas vigentes, a fin de promover su estudio profundo. En ese sentido, el planteo de las preguntas adecuadas, suele ser más importante que las respuestas.

La sección Doctrina presenta un trabajo del notario Leonardo Pérez Gallardo cuyo título ya despierta nuestro interés: “El notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: Crónica de un protagonismo anunciado”. En un recorrido por las diferentes legislaciones de la región, el autor logra desgranar de manera clara la relevante función social del escribano como garante de los derechos fundamentales de las personas. Y, según nuestro criterio, expone magistralmente, quizás sin advertirlo, la razón de ser del IDeI. El segundo trabajo que se publica, consiste en un breve análisis de los puntos de mayor interés notarial en cuanto al nuevo régimen jurídico de capacidad jurídica de las personas, el planteo de dudas y errores, y el ensayo de posibles respuestas adecuadas.

EDITORIAL

En reuniones quincenales el instituto viene realizando, desde principios de año, talleres de estudio sobre el nuevo código. En un ámbito distendido y coloquial, se procede a la lectura de los artículos y a su interpretación entre todos los presentes. Frecuentemente el debate deriva en el planteo y análisis de casos prácticos alcanzados por las disposiciones en estudio. Así como también propuestas de modelos para receptor y volcar los cambios operados en los instrumentos notariales. Consideramos oportuna la publicación de una síntesis de dichos debates y conclusiones, circunscripto al tema “capacidad”.

En la sección Jurisprudencia se publican dos fallos y sus comentarios vinculados a derechos personalísimos. El primero nos presenta una reciente sentencia del Doctor Pedro Federico Hooft, de larga trayectoria en los temas referidos a la protección de los derechos fundamentales de las personas, en este caso referido al derecho de autoprotección. El magistrado es pionero en la recepción judicial y análisis del instituto en nuestro país, por lo cual ya se han publicado en estas páginas señeras sentencias de su autoría.

El segundo fallo de la CSJN se expide sobre un caso que conmovió profundamente la opinión pública y generó un gran debate en la sociedad, vinculado a la llamada “muerte digna”.

Consideramos de interés, si bien no concordamos mayormente con ellas, publicar las conclusiones de la Convención Notarial celebrada en la ciudad Autónoma de Buenos Aires del 24 al 26 de junio de 2015, en lo que refiere a los temas que incumbe a nuestro instituto.

EDITORIAL

En Práctica Notarial se presentan dos proyectos adecuados al Código Civil y Comercial de la Nación, con breves explicaciones y comentarios. El primero, un poder otorgado por persona menor de edad, el segundo un acto de autoprotección, acompañado de algunas pautas generales.

Finalmente se incorpora una nueva sección referidas a Instituciones Notariales, con un ameno relato del origen y desarrollo de los Archivos de Protocolos.

Invitamos a todas las personas interesadas a participar y hacernos llegar sus inquietudes, críticas, dudas y propuestas, para continuar avanzando en este camino que recorremos desde hace más de 7 años, con el propósito de promover la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de todas los seres humanos, en una sociedad más justa y solidaria.

DOCTRINA

**EI NOTARIO ANTE LAS RECIENTES O POSIBLES
REFORMAS A LOS CODIGOS CIVILES Y DE
FAMILIA LATINOAMERICANOS EN MATERIA
DE AUTOPROTECCION: CRONICA DE UN
PROTAGONISMO ANUNCIADO**

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO¹

*“Aquello que pesa más de todas las cosas es la falta de amor.
Pesa no recibir una sonrisa, no ser recibidos.
Pesán ciertos silencios.
A veces, también en familia,
entre marido y mujer,
entre padres e hijos,
entre hermanos.
Sin amor el esfuerzo se hace más pesado, intolerable.
Pienso en los ancianos solos,
en las familias que tienen que fatigar porque no reciben ayuda para sostener,
a quien en casa tiene necesidad de atención especial y cuidados”.*

Franciscus, P.P.

¹ Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Notario. Miembro Honorario del Instituto de Derecho e Integración (IDeI).

Sumario: 1. Lectura y exégesis del artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en clave notarial. 2. Brevísimas visión panorámica de los actos de autoprotección en el Derecho comparado Iberoamericano, tras las recientes o inminentes reformas a los códigos civiles y familiares. 3. Los cambios de paradigmas que la Convención impone en el ámbito competencial del notario. 3.1. El consejo y el asesoramiento a las personas con discapacidad, con especial referencia, a la discapacidad intelectual y a la psíquica. 3.2. El juicio notarial de capacidad según el dictado de la Convención. 3.3. La comparecencia en el instrumento público de quienes apoyen o asistan a la persona con discapacidad: ni por sí, ni por representación. 3.4. Concurrencia de los testigos de asistencia como apoyos de los comparecientes con ciertas discapacidades sensoriales y físico-motoras. 3.5. Concurrencia del intérprete en el lenguaje de señas como facilitador de la comunicación del notario con comparecientes con discapacidad sensorial auditiva. 3.6. La firma en el instrumento público de personas con ciertas discapacidades físico-motoras. Pautas formales. 3.7. La forma documental notarial como reservorio idóneo para instrumentar los actos de autoprotección. 4. Ideas conclusivas.

RESUMEN

La interpretación y aplicación de los principios enarbolados en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad constituye un reto para los operadores del Derecho, en primer orden para los notarios, quienes en la labor educativa, preventiva, cautelar,

tienen un gran peso, a la vez que una gran responsabilidad profesional y social. Hablar de discapacidad y Derecho, es hablar de notariado, de fe pública, de notario, de documento público, de garantías jurídicas, de solemnidades, de cautela preventiva.

ABSTRACT

The interpretation and application of the principles found in the Convention on Human Rights of Persons with disabilities, implies a real challenge for legal professionals, in the first place for notaries, who in their educational, and preventive role, have a great professional and social responsibility. When it comes to issues as disabilities and law, we have to refer to the Notary profession, public faith, notaries, public documents, legal guarantees, procedural formalities and principles of precaution and preventive action.

PALABRAS CLAVE

Notario, discapacidad, juicio de capacidad, Convención de los derechos de las personas con discapacidad, derechos humanos, instrumento público.

KEY WORDS

Notary, disabilities, capacity judgment, Convention on Human Rights of Persons with disabilities, human rights, public instruments..

1. Lectura y exégesis del artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en clave notarial

El artículo 12 de Convención de los derechos de las personas con discapacidad abre los derroteros hacia un nuevo enfoque de la capacidad jurídica, sobre todo al concebirse esta desde una visión unitaria, o sea, sin el necesario desprendimiento en el que tradicionalmente se ha concebido, a saber: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, lo cual a la postre no dejar de ser difícil de superar.

La Convención, que ha recibido el beneplácito de la gran mayoría de la doctrina civilista, hace un giro copernicano en la manera en que tradicionalmente se ha enfocado la discapacidad. De una discapacidad medicamente asistida², el tratamiento se vuelca hacia una discapacidad con un enfoque social y de derechos. “Desde un enfoque de derechos, se integra la salud, pero se concibe la persona con discapacidad como un sujeto multidimensional al cual deben garantizárseles sus derechos humanos y el acceso a los servicios públicos en términos de igualdad y de inclusión social: desde el enfoque de derechos la salud es solo una parte y la persona con discapacidad entendida desde su dignidad y autonomía

² Desde esta visión, la educación especial se convierte en una herramienta de las personas, la asistencia social y el empleo protegido son los principales medios de manutención. Hay una actitud paternalista y de subestimación de las personas con discapacidad, de ahí la búsqueda de instituciones jurídicas cuya finalidad es la sustitución en la toma de decisiones. *Vid.* OLMO, Juan Pablo, “Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (Argentina), año 4, No. 6, julio, 2012, p. 341.

pasa a ser el centro de atención”³. De este modo, la Convención persigue proteger a las personas con discapacidad de las más diversas barreras, que –según dice el propio artículo 1– “*puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

Como se ha sostenido, se trata del más importante tratado de derechos humanos aprobado en lo que va de siglo, de ahí los retos que depara para el Derecho civil cuyo centro de atención es, sin dudas, la persona. Empero, el análisis que pretendo ofrecer en esta oportunidad se centra en dar una lectura pausada, con la mirada puesta en el ejercicio de la función notarial ¿Qué supone para el notario el que la Convención en su artículo 12 consagre lo que se ha dado en llamar el derecho humano a la capacidad jurídica? La capacidad y el discernimiento son las piezas claves para apreciar la voluntad de un sujeto, nervio central de los actos y negocios jurídicos de la más diversa naturaleza, una buena parte de los cuales tienen como reservorio una forma solemne instrumental, cuyo artífice es el notario. La Convención propicia la toma de decisiones por las personas con discapacidad, incentiva un modelo en el que las personas, cualesquiera sean sus potencialidades, puedan tomar decisiones *per se*, de modo independiente y autónomo, o con un sistema de apoyos y de salvaguardias reconocidos por el Derecho, pero que en todo caso no le anulen o le excluyan de sus decisiones. La Convención se fundamenta en los principios de dignidad, libertad, igualdad y autonomía

³ CORREA-MONTOYA, Lucas, “Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia”, en *Universitas*, Bogotá, No. 118, enero-junio 2009, p. 135.

o autogobierno de la persona. No caben dudas de que “La libertad y la igualdad, son los principios de naturaleza dinámica, que garantizan a la persona el desarrollo de su personalidad, proceso que consiste en actuar y decidir por sí misma, y en los supuestos en los que no puede hacerlo por carecer de facultades para asumir responsablemente los efectos y consecuencias de sus actos, entrará en juego el principio de protección de carácter subsidiario, con el fin de que esa persona en circunstancias especiales, no experimente una merma en las posibilidades de ejercicio de sus derechos fundamentales”⁴.

La aprobación de una Convención internacional como la comentada, ha supuesto la necesidad de una conciliación de intereses muy diversos, máxime cuando estos atañen a un atributo esencial de la persona, como lo es capacidad. La manera diversa en la que se entiende y se aplica el Derecho en ordenamientos tan disímiles como los que se adscriben al Derecho continental, bajo la influencia de la codificación, inspirada en el modelo francés, impuesto por el *Code* de 1804, o los que forman el *Common Law*, o países árabes, musulmanes, o asiáticos como China, o incluso en la misma Europa como Rusia, ha llevado a la necesidad de formular en la Convención, principios de alcance general, que llevan a que la comunidad internacional que la ratifique ajuste, en lo que resulte pertinente, sus leyes internas a dichos postulados, de modo que den respuesta al reclamo contenido en este tratado de derechos

⁴ MELÉNDEZ ARIAS, María del Carmen, “La autoprotección de las personas con capacidad modificada”, *Tesis doctoral*, bajo la dirección de Ignacio Serrano García, Vallolid, 2012, p. 25, enu <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/1763>, consultada el 12 de febrero de 2014.

humanos, pero lo den en el sentido sustantivo, y también adjetivo, que se reclama, y no a partir de lo que una buena parte de la doctrina civilista que ha estudiado el tema, se afana, que es en los giros lingüísticos y el empleo de expresiones, que de modo ilustrativo, palpable y señero, demuestre, al menos eufemísticamente la recepción de la Convención en el Derecho interno de cada Estado. Me explico mejor, la clave del éxito no creo que esté en remover las instituciones reguladoras de la incapacitación, o interdicción para algunos ordenamientos jurídicos, y las instituciones de guarda y protección clásicas, como la tutela o la curatela, sino en redefinirlas, en encauzarlas con un sentido y alcance diferente y educar a protectores y a protegidos, a apoyadores y a apoyados en lo que implica convivir en una sociedad plural, con cabida para todos, en ese sentido inclusivo de las personas, cualquiera sea su grado y poder de autonomía y de decisión, con respeto a su voluntad, a su proyecto de vida y a su autogobierno y autogestión, sin perder de vista, en todo caso, que el ejercicio de la capacidad jurídica, debe limitarse o restringirse, solo en casos excepcionales⁵. El derecho a ejercer la capacidad jurídica, es un derecho humano, inalienable del ser humano, no obstante, el Derecho,

⁵ A juicio de la profesora española PEREÑA VICENTE, “Entendemos que su objetivo es que el sistema que en cada país exista o se apruebe en el futuro, sea respetuoso con la dignidad y promueva la autonomía de las personas con discapacidad. Es decir, obliga a que se cumplan sus objetivos pero no impone un único modelo universal llamado «sistema de apoyos». Esta terminología flexible y genérica utilizada por la Convención (...) consagra un concepto muy abierto o genérico de discapacidad en el que se incluyen tanto las personas en las que concurre causa de incapacitación porque no pueden gobernarse por sí mismas, como las personas dependientes o las que sufren una discapacidad física que en nada afecta a la capacidad cognitiva y volitiva de la persona”. *Vid.* PEREÑA VICENTE, Monserrat, “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?”, en *Diario La ley*, No. 7691, Doctrina, 9 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial La Ley, p. 16.

solo excepcionalmente lo podrá restringir, modulando su graduación en proporción a las potencialidades del sujeto, que pueden llegar incluso a un mínimo en casos excepcionalísimos, para lo cual el diapasón de medidas de apoyo o de ayuda y de salvaguardias será conectado con tales potencialidades, de manera que aquellas no excluyan o vedan el ejercicio de estas. Sin embargo, en todo caso, ese sistema de ayudas o apoyos, no tiene por qué reñir con las figuras tradicionales. La tutela no es rechazable como signifiante, sino por el significado que históricamente se le ha atribuido. La tutela ha ido de la mano de un sistema de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, de ahí el rechazo que ha concitado en los últimos tiempos por los partidarios de la interpretación revolucionaria que preconiza la Convención. Adpero nada se logrará si el cambio de paradigmas del cual tanto se habla queda en el terreno de los conceptos, el daño social no está necesariamente en los conceptos legales ni en las instituciones sin más, sino en la interpretación y aplicación de estas, en la rigidez de los fallos judiciales y en la cuadratura perfecta con la que, en ocasiones instituciones públicas, incluido algunos notariados –sobre todo de este lado del Atlántico–, ha encarado el tema de la discapacidad.

Precisamente con este enfoque pretendo ofrecer mis consideraciones. El notario, que es guardián en primera fila de los derechos de las personas, baluarte de su ejercicio, y que precautela no solo el patrimonio, sino también los derechos personalísimos, debe ser el primer aplicador de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, cuyo artículo 12 es un indiscutido catalizador de la

concepción socio-jurídica de la discapacidad. El Derecho notarial ha sido concebido tradicionalmente como un Derecho, en esencia, de formas. Como diría el notario español, GONZÁLEZ PALOMINO, de formas de ser y de formas de valer. El notario actúa como un arquitecto sobre planos supuestos y superpuestos. En esos planos, los actos y negocios jurídicos adquieren las dimensiones de contenido y de continente. El notario es el forjador del continente, hacedor de una geometría en proyección caballera que permite vislumbrar un negocio o un acto jurídico, robustecido de legalidad, autenticidad, legitimidad, veracidad y de una forma solemne que les da un blindaje para navegar por el tráfico jurídico, pero no deja de influir en la validez del contenido, a través de su preventivo asesoramiento.

En ese quehacer artístico que el arte notarial –al que se refería Rolandino PASSAGERI– supone, la Convención de los derechos de las personas con discapacidad introduce cambios que soliviantan las bases estructurales de la función notarial. Analicemos, con alcance general, en qué sentido opera ello.

La Convención rompe el esquema binario con el que simplemente se ha regulado el ejercicio de la capacidad jurídica, si bien es justo reconocer, que no es mérito de la Convención dicha ruptura, pues ya en algunos códigos civiles latinoamericanos decimonónicos se habían introducido cambios en este orden⁶, en tanto que otros, sancionados en el siglo XX, regulan la restricción del ejercicio de la

⁶ Entre otros, en el Código Civil argentino de VÉLEZ SANSFIELD, tras la reforma de 1968.

capacidad jurídica, o modulación de ésta, sin que la combinación binaria capacidad-incapacidad en sede de capacidad de obrar, o ejercicio de la capacidad jurídica haya sido la única alternativa⁷. Claro está, es función de los jueces tal modulación, sustentados esencialmente en un modelo médico de la discapacidad. O sea, compete al médico, en su condición de perito de la justicia, dictaminar según ciertos baremos, en ocasiones más matemáticos que apreciativos o valorativos, el grado de discapacidad del sujeto, haciendo incluso caso omiso al entorno familiar y social en el que la persona con discapacidad se inserta para determinar, más que desde la Medicina Psiquiátrica, el grado de dependencia o vulnerabilidad que tiene la persona. De ahí que como expresa la profesora PEREÑA VICENTE, haya resultado en España letra muerta o “papel mojado”, según su expresión literal, los cambios introducidos en 1983 en el régimen tutelar, que permitió revivir la institución de la curatela, como paradigma de las instituciones de asistencia o acompañamiento a la persona, a la cual tan solo se le restringía el ejercicio de la capacidad jurídica para determinados actos o negocios jurídicos, ya sea en el orden personal, o en el de índole patrimonial⁸. La combinación binaria, aunque ya desfasada en el Derecho español, siguió imponiéndose, de manera que las sentencias de incapacitación no han cumplido en todos los casos, la verdadera función que les compete, o sea, modular o graduar la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica en proporción al grado de discapacidad del sujeto, entendida esta discapacidad, no solo en sus modalidades psíquica o

⁷ Así, los códigos civiles peruano, boliviano, cubano y paraguayo, entre otros.

⁸ *Vid.* PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas...”, p. 4.

intelectual, sino también –aunque en menor medida–, sensorial o físico-motora.

Es cierto que de una primera lectura del artículo 12 de la Convención, pareciera que lo que en él se propugna no le es tan cercano al notario y que cuando se exhorta a los Estados partes en su apartado 2 a que reconozcan *“que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*, ello pudiera incidir en el desempeño de la función notarial a modo de rebote, o sea, por vía indirecta. Sin embargo, un razonamiento de tal índole, estaría equivocado. Si bien, no somos los notarios los que determinamos la incapacitación o interdicción de la persona, en algunos ordenamientos jurídicos como el español o el cubano, nos compete apreciar la capacidad legal del sujeto, en el entendido de capacidad natural o cabal juicio de la persona, tal y como apuntaré *infra*, para el acto, el negocio o el ejercicio de un determinado derecho que pretende sea instrumentado. El juicio de capacidad que hace el notario, no solo trasciende en el orden sustantivo, sino el olvido de la mención instrumental acarrea en algunos ordenamientos notariales, la nulidad en el plano instrumental o formal, aunque exista constancia o prueba incluso del pleno ejercicio de la capacidad jurídica del compareciente. Su no mención puede actuar como una bacteria oportunista que se aloja en uno de los hemisferios cerebrales causando la muerte del paciente, en este caso, lleva aparejada la nulidad del documento, si se ejercita la acción a instancia de parte interesada.

Los ecos de la Convención llegan velozmente al ejercicio de la función notarial. Es cierto que el Derecho sustantivo a través, en primer orden de los códigos civiles, deberá ajustar, en lo que resulte pertinente, la manera en que se tiene concebido el sistema de regulación del ejercicio de la capacidad jurídica, su restricción excepcional y las instituciones de guarda, protección y apoyo, pero ello no será suficiente, y aún sin que se incorporen estos cambios, habría que determinar el valor que tiene la sola ratificación de la Convención para que su aplicación opere por vía de interpretación y autointegración del Derecho, en el cual se inserta la Convención, aun cuando esta no tuviera jerarquía constitucional. Es decir, no hay que esperar la modificación normativa sustantiva, para que el notario –orfebre del Derecho–, tenga que dar respuestas, a modo pretoriano, de las disímiles situaciones que pueden enfrentarse en torno a los actos y negocios jurídicos en los que son protagonistas personas con las más disímiles discapacidades. O sea, de lo que vengo explicando, cabe colegir que el artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad tiene una lectura muy especial en clave notarial, de modo que su exégesis deberá ser lo suficientemente flexible en pos de que esa integración social no tenga como primera barrera, la propia función notarial.

En tal orden, compete al notario procurar por esa integración en el plano jurídico, de modo que se refuerce la idea rectora de la Convención de que las personas con discapacidad se conviertan en hacedoras de su propia vida. Ese cambio de paradigmas, al que de manera tan recurrente se alude en la reciente literatura jurídica, no es otro, que

un redimensionamiento en la escala social, una reversión de roles, una búsqueda del sitio adecuado para cada ser humano. Se trata de abrir cauces que permitan la verdadera identidad personal y social de la persona con discapacidad, sin menoscabo al ejercicio de sus derechos, con respeto a su parecer, a la toma de las propias decisiones, a su participación en cada acto de su vida personal y de aquellos de naturaleza patrimonial en los que resulta también esencial su participación, pero en este orden es que llamo a la reflexión y en ello juega un papel decisivo el notario. Esta nueva lectura que incardina el artículo 12 ha de ser racional, con sentido de la lógica, por ello los apartados 3º y 4º del citado precepto reclaman que los Estados partes brinden los apoyos necesarios y las salvaguardias⁹ pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercitar su capacidad jurídica.

No se trata de que por la Convención, las personas que hasta hoy no podían ejercitar *per se* la capacidad jurídica, mañana sí lo puedan hacer, sin más. Se trata de humanizar la discapacidad, de verla tal cual es: una capacidad diferente, pero la justicia está en esa diferencia. Tal diferencia, no ha de interpretarse como vejamen, discrimen, trato peyorativo. No puede interpretarse el artículo 12 con tremendismos jurídicos. La diferencia existe, y su sola existencia no puede convertir a la persona en

⁹ Señala OLMO, J. P., “Capacidad jurídica...”, *cit.*, p. 343, que “Dichas salvaguardias se proyectan, entre otros, en lo siguientes aspectos: 1) como garantía del debido proceso para el trámite en el cual se determinará la aplicación o no de una medida de apoyo; 2) a los fines de determinar el contenido y alcances de los apoyos y su posible modificación – teniendo en cuenta que deben ser revisados por el mero transcurso del tiempo–, como garantía de proporcionalidad y adecuación, para no dejar desprotegida a la persona ni tampoco sobreprotegerla; 3) en el marco del control del ejercicio del sistema de apoyos, para evitar que haya conflicto de intereses o influencia debida”.

objeto de derecho. La diferencia la marca la discapacidad. El hecho de que existan personas con discapacidad, sustenta la idea de una sociedad plural, no de una sociedad perfecta, clonada sobre la base de personas con una dotación genética idéntica que las haga superiores. Es precisamente lo contrario: se trata de una sociedad donde tienen cabida todos, con plenas posibilidades para ejercitar los derechos humanos. Ahora bien, el Derecho no puede ser ingenuo, ni puede criticársele, como en ocasiones advierto, de que determinadas instituciones de guarda y protección conspiran contra la eficacia plena del artículo 12 de la Convención. Puede que el sistema sueco de salvaguardias y apoyos sea superior, pero no porque haya suprimido la tutela o la curatela, sino por la educación y formación de la población en ese afán de integración social de la persona con discapacidad, por el sentido cívico de cada institución propugnada. Es cierto que hay que redimensionar los cánones establecidos, pero figuras como la curatela pueden perfectamente sintonizar con los principios de la Convención, en el sentido de una curatela asistencial, de apoyo, si se quieren utilizar los mismos términos del apartado 3º del artículo 12. El notariado debe entonces enfilarse sus instituciones en estos derroteros. En la misma medida en que las personas con discapacidad, incluidas las que tienen discapacidades psíquicas o intelectuales, se convierten en artífices de sus propios actos, asistidas por las más diversas figuras de apoyo, ya se trate de un tutor parcial, de un curador, de un guardador, de un administrador, de un consejero, de un asistente, de un ayudante, de un intérprete en el lenguaje de señas. Y aquí marca la diferencia a la que hago alusión. En cualquier caso, se requerirán salvaguardias

que velen o cautelen el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, pero como propugna el apartado 4 *in fine* del artículo 12 de la Convención, “*asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*”. Y en ello juega un papel principal el notario. Una parte de tales derechos se ejercitan en sede notarial, e incluso, con un afán preventivo o tuitivo, en tiempo presente pero en evitación de circunstancias ulteriores en que el ejercicio de la capacidad jurídica sea mucho más limitado o casi reducido a la mínima expresión, cuando la enfermedad que se padece o que se preveía padecer, haya avanzado a estadios que hagan muy limitado el ejercicio de las facultades volitivas del sujeto (lo que hoy se llama de distintas maneras, como estipulaciones y disposiciones sobre la propia incapacidad, autotutela, autocuratela, o directivas avanzadas). En tales circunstancias, el notario también debe estar educado en esta nueva filosofía que nos enseña la Convención. El Derecho notarial tiene que ofrecer alternativas viables para lograr la certidumbre y garantías legales en el tráfico jurídico. El ejercicio de la capacidad jurídica por personas con discapacidad abre las puertas a nuevas formas de concurrencia al documento público, más allá de la combinación binaria: por sí y por representación. Las distintas vías de asistencia a la persona con discapacidad, supone una concreción instrumental. Así, el asistente, o consejero, actuaría cual si

fuere un curador, y en este orden será su concurrencia al instrumento público. Los intérpretes en el lenguaje de señas también fungen como apoyos de la persona con discapacidad sensorial auditiva. La firma ha de expresar los rasgos propios de su autor, no vinculado directamente con las manos. No ha de hablarse de firma manuscrita, sino de firma a secas. Lo importante es que se externalice con ella, cualquiera sea la parte del cuerpo que se utilice, el asentimiento del autor del acto o negocio con lo expresado en el documento público. Los testigos de asistencia serán otros apoyos de los cuales se cuente para que las personas con discapacidad puedan ejercitar por sí mismas su capacidad jurídica. Precisamente esa es su función, mucho antes de que la Convención hiciera referencia a los distintos apoyos que los Estados partes deberán facilitar para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ya las leyes reguladoras de la función notarial, preveían la figura del testigo de asistencia, como un apoyo ineludible de la persona con discapacidad. Pero donde se hace más necesario que el notariado abra su mente es en la comparecencia al instrumento público de las personas con discapacidad intelectual o psíquica, en la valoración misma que como profesional del Derecho que ejerce una función pública le compete, haga sobre el grado de discernimiento del sujeto, el conocimiento y querencia de los efectos jurídicos del acto que persigue documentar y en el propio asesoramiento y consejo que le compete.

El artículo 12 de la Convención debe ser interpretado en clave notarial con especial ribetes. No es un artículo ajeno a la función notarial, es la piedra angular desde la cual hoy habrá que interpretar la capacidad

jurídica de los sujetos, cualquiera sea su graduación. Es cierto que le competará a los jueces la graduabilidad del ejercicio de la capacidad, la determinación de los actos que podrá concluir por sí, y aquellos en los que necesitará apoyos, así como la determinación concreta de esos apoyos, recabando ante todo la voluntad presente de la persona con discapacidad, quien deberá ser oída en el proceso, o lo que esta ha dejado expresado en etapas anteriores de su vida, en las que expresó su voluntad respecto de aquellas medidas de apoyo que sugirió para su persona, más acorde con sus deseos y voluntad, con su proyecto de vida, con sus inquietudes e intimidad personal, así como la revisión periódica de la resolución judicial en la que se contiene, a los efectos de adecuar la graduabilidad de ese ejercicio de la capacidad jurídica al cambio de circunstancias que puede operar, motivado, entre otras causas, por la evolución de la enfermedad o los estadios por los que esta atraviesa. Pero también es cierto que en estas coordenadas será difícil a un juez determinar con exactitud pautar el comportamiento del sujeto de cara al futuro. El principio enarbolado por la Convención implica que el ejercicio de la capacidad jurídica es consustancial al ser humano, cualquiera sea la discapacidad, o el grado de esta que se tenga, pero aun con carácter excepcional, cabe graduar o restringir el ejercicio de la capacidad jurídica, y de ahí los apoyos y salvaguardias. En esta tesitura deberá actuar el notario, acostumbrado a abstenerse a autorizar una escritura pública cuando el más mínimo asomo de discapacidad pueda oscurecer el crisol con el que se ha bautizado el concepto de “pleno ejercicio de la capacidad jurídica”, a salvo la actuación en intervalos lúcidos en los

que determinados ordenamientos jurídicos permite el otorgamiento de escrituras públicas, incluso bajo dictamen médico. El notario, como sastre del Derecho ha de diseñar el acto o negocio jurídico a la medida del sujeto, según sus potencialidades y facultades, utilizándose los apoyos necesarios para que esa voluntad pueda ser exteriorizada, exenta de vicios, de modo que como preconiza el apartado 5º del artículo 12 se convertirá en guardián de primera fila, celador de los derechos de las personas con discapacidad, de tal forma que estas “*no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*”. Será el notario el primer recurso con el que cuente la persona con discapacidad, incluso en supuestos en que pudieran existir intereses contrapuestos con quienes le apoyen, o le asistan. Competerá al notario deslindar los intereses protegibles, y buscar soluciones que superen la contraposición de intereses, o los conflictos que se puedan derivar, en todo caso, velando por la protección del interés superior de la persona con discapacidad.

2. Brevísima visión panorámica de los actos de autoprotección en el Derecho comparado latinoamericano, tras las recientes o inminentes reformas a los códigos civiles y familiares

En este entorno y con estas claves hermenéuticas del artículo 12 de la Convención, es dable ofrecer una visión –al menos panorámica–, de cómo se ha dado respuesta por algunos Estados que la han ratificado de los reclamos que este artículo impone. Los retos del artículo 12 no son fáciles de alcanzar, más que por los medios de que se dispone para ello, por la visión que se pueda tener de este fenómeno. Es cierto

que los Estados partes, una vez que ratifican un tratado internacional adquieren un compromiso internacional que les compele a ajustar su ordenamiento interno a los principios rectores enarbolados en la Convención internacional.

No considero que sea fácil romper con una manera de pensar arraigada en nuestros países desde hace más de un siglo. En Latinoamérica el proceso de recodificación ha sido muy lento. Una buena parte de las codificaciones latinoamericanas son del siglo XIX o principios del XX. Es cierto que en los últimos años algunas constituciones han incorporado en su plexo de derechos, el de protección integral a las personas con discapacidad¹⁰, e incluso algunos países han sancionado leyes protectoras de las personas con discapacidad, pero de ahí a reformular el sistema de protección a través de la incapacitación o de la interdicción, y de expulsarlos del ordenamiento jurídico conjuntamente con instituciones clásicas de guarda y protección como la tutela y la curatela, va un gran trecho. No obstante, mi parecer, de que no se trata de sustituirlas, sino de adecuarlas a la filosofía de los apoyos que la Convención reclama.

No hay dudas que el lenguaje que utiliza el artículo 12 proviene de países anglosajones, entre ellos Suecia, Inglaterra, y Canadá (aun en la parte francesa de la provincia de Québec) por el desarrollo que han alcanzado en el tema. Pero la filosofía que encara el Derecho de personas en estos países es distinta a la de los países latinoamericanos.

¹⁰ *Vid.* artículo 75, apartado 23, de la Constitución de Argentina, artículos 23.3, 47, 50.3, 53, 57, 60, 66 y 82 de la Constitución de Ecuador, artículo 47 de la Constitución de Colombia, artículo 7, 16 y 23, primer párrafo de la Constitución de Perú, artículo 81 de la Constitución de Venezuela.

Aun cuando un sector de la doctrina resulta crítico con los pasos que se han dado en el continente, no puede perderse de vista que la Convención pretende un giro copernicano del asunto en una región en la que los cambios no pasaban el vértice de un ángulo de 30°.

Analicemos algunos países del entorno en los que se han propugnado cambios interesantes. El derecho de autoprotección en el entendido –como opinan RAJMIL y LLORENS en la doctrina argentina– de aquel “derecho que tiene todo ser humano a decidir acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno”¹¹, por cuya razón toman vidas los actos de autoprotección, conceptuados por los mismos autores como aquellos en el cuales “una persona deja plasmada su voluntad en ese sentido, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro, en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma”¹², ha prendido en algunos países del continente, pero en la fecha de hoy en la mayoría de los países se conserva hasta el lenguaje peyorativo para hacer referencia a las personas con discapacidad.

Así, en Uruguay el Código Civil emplea el término “dementes” para referirse a las personas con discapacidad psíquica e intelectual, a quienes se les excluye de ser tutores (artículo 352.5), no puede dar su asentimiento a la adopción, sino sus representantes legales (artículo 247,

¹¹ *Vid.* RAJMIL, Alicia B. y Luis R. LLORENS, “Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas”, en *MJ-DOC-6019-AR | MJD6019*, 17 de octubre de 2012.

¹² *Idem.*

segundo párrafo), respecto de los cuales, además, se les somete a curatela, aun cuando tengan intervalos lúcidos (artículos 432 y 435), y a solicitud de su curador, previa autorización judicial, podrían ser trasladados a casas llamadas de “dementes”, o incluso encerrados o atados, en los casos en que causen daño a sí mismos o causen molestias a terceros (artículo 447). Además se les considera absolutamente incapaces (artículo 1279)¹³. No obstante, respecto de las personas con ciertas discapacidades sensoriales como la sordera y la mudez, se ha matizado, en relación con su prístina redacción que los sordos y los mudos se someterán a curatela (artículo 472), si no se pueden comunicar con el exterior por escrito, o por lenguaje de señas, constituyendo el intérprete uno de esos apoyos a los que hace referencia el artículo 12.3 de la Convención. En tal orden, establece el artículo 1279 que para decidir la incapacidad de una persona sordomuda será preceptiva la intervención del intérprete en el lenguaje de señas, según lo establecido en la Ley 17378 de 25 de julio de 2001, precepto modificado (el 1279) en su redacción por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 17535 de 27 de agosto de 2002. Destaca en el panorama uruguayo la aprobación el 3 de abril de 2009 de la Ley 18473 de voluntades anticipadas, dirigida a posibilitar que toda persona, psíquicamente apta,

¹³ Explica HORMAIZTEGUY, Gabriela, *Directivas anticipadas. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2012, p. 61 que si bien el Código Civil uruguayo resulta demasiado rígido en la materia, de modo que se es capaz o incapaz, este régimen se flexibilizó con la entrada en vigencia del artículo 447.2 del Código general del proceso, que introduce un régimen de inhabilitación (similar al que se regula en el ordenamiento argentino), sin embargo, a criterio de la autora, “las medidas previstas en este artículo son una opción dentro del proceso de incapacitación y no un procedimiento diverso, independiente (...) para aquellas personas con capacidad restringida”. No obstante, resulta un elemento evolutivo a destacar en el contexto del Derecho uruguayo.

en forma voluntaria, consciente y libre pueda oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos, salvo que con ello pueda afectar la salud de terceros, y de igual manera “*tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible*” Manifestación de voluntad que tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural (*vid.* artículo 1). Esta expresión de voluntad debe hacerse por escrito, ante la presencia de testigos, o también ante notario público¹⁴, por escritura pública o por acta, de modo que la forma es libremente elegida por el autor de la declaración de voluntad, debiéndose incorporar en todo caso, el documento, a la historia clínica del paciente. La misma es esencialmente revocable y, en caso de no existir, y el afectado no esté en condiciones de adoptarla, la decisión estará a cargo del cónyuge o concubino, o de los familiares en primer grado de consanguinidad. Si hubiera concurrencia de varios parientes, se requerirá unanimidad en la decisión (*vid.* artículos 2, 4 y 7, respectivamente)¹⁵.

En Costa Rica, conforme con las normas del Código Civil, el abandono de un causante “loco” o “demente”, por sus parientes, comprendidos entre sus herederos *ab intestato*, es causa de indignidad para

¹⁴ Como expone en la doctrina uruguaya HORMAIZTEGUY, G., *Directivas anticipadas...*, *cit.*, p. 79, resulta la forma más aconsejable precisamente por las garantías que ofrece la actuación notarial. La autora sostiene el criterio que deberían instrumentarse por acta notarial, e incorporadas al Registro de protocolizaciones.

¹⁵ Uruguay firmó la Convención el 3 de abril de 2007 y la ratificó el 11 de febrero de 2009.

sucedder (artículo 523.4), en tanto que quienes no estén en su perfecto juicio no tiene capacidad para testar (artículo 591.1). No obstante, el artículo 36, reformado mediante Ley 7600 de 2 de mayo de 1996, permite restringir o limitar el ejercicio de la capacidad jurídica, pero también admite la incapacitación. Ello demuestra que esta última disposición normativa actualizó el componente binario: capacidad-incapacidad al cual también se aferraba el legislador costarricense, pero no logró una sintonía en todo el Código, al dejar preceptos como el 523.4 de un lenguaje verdaderamente peyorativo hacia las personas con discapacidad. Es dable apuntar que si bien Costa Rica firmó la Convención (el 30 de marzo de 2008), aun no la ha ratificado.

En Honduras, el Código Civil mantiene el lenguaje de los códigos decimonónicos, si bien este Código es de inicios del siglo XX. El artículo 556 reconoce como incapaces para ser tutores o curadores, en sus dos primeros apartados, a los ciegos y a los mudos y a “*Los locos, imbéciles y dementes, aunque no estén bajo interdicción*”. Los infantes y dementes son incluso incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, ya sea para sí, o para terceros (artículo 740, segundo párrafo). Y a los dementes, conjuntamente con los impúberes y personas sordomudas se les considera incapaces absolutos, a tal punto de que sus actos no producen ni obligaciones naturales (artículo 1555, primer párrafo). El Código de Familia regula la figura de la tutela en los artículos 263 y siguientes y la de los mayores de edad, declarados en interdicción a partir del artículo 271, sin novedades en este orden.

El Código Civil de Guatemala que es de 1963, tiene un lenguaje más moderado, pues se apropia de una terminología más moderna, si bien el legislador mantiene la combinación binaria: capacidad-incapacidad. Según el artículo 9 la enfermedad mental que priva de discernimiento lleva consigo la interdicción. En iguales circunstancias pueden estar incurso los toxicómanos. Ambos quedarán sujetos a tutela, previéndose el sistema de sustitución de la voluntad (artículo 293). El ordenamiento jurídico guatemalteco no ha introducido cambios en este orden, a pesar de que Guatemala, no solo ha firmado y ratificado la Convención, sino también ha hecho lo mismo con el protocolo facultativo¹⁶.

Tampoco en Bolivia se ha avanzado sobre el tema¹⁷. El Código Civil, que se inserta en el proceso de recodificación latinoamericana de las últimas décadas del siglo XX, no obstante, regula la capacidad jurídica con un enfoque que supera al binario decimonónico. El mayor interés que reporta es su regulación en el artículo 3 como el primero de los derechos inherentes a la personalidad, a partir del postulado esencial de que *“Toda persona tiene la capacidad jurídica. Esta capacidad experimenta limitaciones parciales sólo en los casos especialmente determinados por la ley”*, lo cual resulta loable en la fecha de su promulgación. Sin embargo, de su texto no se colige la manera en que se limita parcialmente el ejercicio de la capacidad jurídica, ni el principio de proporcionalidad de acuerdo con las potencialidades o facultades del sujeto. Por su parte, el Código

¹⁶ Guatemala firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 7 de abril de 2007.

¹⁷ Bolivia firmó la Convención y el protocolo facultativo el 13 de agosto de 2007 y los ratificó el 16 de noviembre de 2009

de Familia, aprobado en los inicios de la década de los años 70 del pasado siglo, regula en los artículos 283 y siguientes la figura de la tutela, reservándose los artículos 343 y siguientes a la regulación de la tutela de los mayores de edad y menores emancipados, cuando unos u otros adolezcan “*de enfermedad habitual de la mente*” que les incapacite para el cuidado de su persona y bienes, previa declaración de interdicción, “*aunque tenga intervalos lúcidos*”. De sus preceptos ni tan siquiera se colige que el interdicto pueda tener participación alguna en el proceso de su interdicción, pudiéndose incluso internar en un manicomio (expresión del legislador), dependiente del Estado, cuando el interdicto no cuente con recursos propios para su curación (artículo 348).

Tampoco se ofrecen avances en el Derecho chileno en este orden¹⁸. Al igual que los códigos que se han inspirado en él, el Código de Andrés BELLO excluye a los ciegos, a los mudos y a los “dementes”, de la posibilidad de ser tutores (artículo 497.1, 2 y 3). De igual manera, según el artículo 723, segundo párrafo, “*Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros*”. En tanto, el artículo 1147, primer párrafo, cataloga como incapaces absolutos a los “dementes”, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. En este orden ni tan siquiera se ha modificado el precepto, en el sentido de admitir que las personas con discapacidad sensorial auditiva que puedan comunicarse por el lenguaje de señas, no se les restringirá el ejercicio de su capacidad jurídica. El Código Civil

¹⁸ Guatemala firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 29 de junio de 2008.

chileno se afilia a un sistema binario de capacidad-incapacidad, de modo que al declarado incapacitado, se le representa, sustituyéndose su voluntad.

El Código Civil de El Salvador, sigue el modelo chileno y reproduce los preceptos a los que hecho referencia¹⁹. De este modo se sigue aún empleando el término demente (artículos 762 *in fine*, relativo a la adquisición de la posesión y el artículo 1318, primer párrafo, que se exply en los mismos términos que el artículo 1147, primer párrafo, de su Código inspirador, a saber: el Código Civil chileno). Por su parte, el Código de Familia de El Salvador, que ha sido fuente de inspiración de otros códigos familiares del continente, regula la incapacitación en el artículo 293, incluyendo como causas de estas, la enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos y la sordera, salvo que la persona con tal discapacidad pueda entender y darse a entender de manera indudable. Al incapaz se le somete a tutela. El Código en materia de menores, sí que llega a regular la autoridad parental prorrogada y la restablecida, siguiendo así el modelo español. Como un signo distintivo, se regula en el artículo 294 el internamiento de las personas con discapacidad psíquica, para lo cual se requerirá autorización judicial previa, salvo que se trate de supuestos de urgente necesidad, *“en cuyo caso, el titular del centro que aceptare el internamiento dará cuenta inmediatamente al juez, y a la familia de aquél o a su representante si fueren conocidos, y en todo caso al Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales,*

¹⁹ El Salvador firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 14 de diciembre de 2007.

so pena de incurrir en responsabilidad el mencionado titular". De todos modos el precepto no prevé que el "enfermo mental", denominación que utiliza o emplea, tenga participación alguna en su proceso incapacitación, ni mucho menos en su internamiento en un hospital.

El Código Civil de Paraguay, Código sancionado en la década los 80s del pasado siglo, toma como referencia en la regulación de la interdicción y de la inhabilitación el modelo argentino, introducido tras la modificación al Código velezano, en 1968. Se trata de un Código que rompe con el esquema binario de capacidad-incapacidad. En él se enfoca el ejercicio de la capacidad jurídica, en dos direcciones, una la interdicción en la que se sustituye la voluntad del interdicto, y otra, la inhabilitación, en la que no hay sustitución, y sí asistencia. Este Código se aparta de los estudiados y ofrece en el panorama latinoamericano, uno de los modelos más logrados, al igual que el argentino, previo a la Convención. No quiero decir con ello que el Derecho paraguayo recepte los postulados de la Convención, pero sí que su regulación dulcifica el trato dado a las personas con discapacidad psíquica e intelectual. Conforme con su artículo 73, la declaración de incapacidad atañe a los mayores de edad y a los menores emancipados, que por causa de enfermedad mental, expresión empleada por el codificador, *"no tengan aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes, así como los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito u otros medios, que se hallen en las mismas circunstancias"*. Se regula la figura del defensor de incapaces. Al menos su artículo 76 permite que el juez examine al presunto incapacitado, en presencia de un médico. El curador que se le nombre (con funciones de

representación, no de asistencia), tendrá el deber de “*cuidar que el interdicto recupere la salud y capacidad, y a tal fin aplicará preferentemente las rentas de sus bienes. Si se tratare de un sordomudo, procurará su reeducación*”, extremos que en los códigos decimonónicos se obviaba, acentuando el tratamiento de objeto dado a las personas incapacitadas. El propio interdicto, tiene legitimación *ex* artículo 83 para solicitar que la interdicción quede sin efecto, cuando hayan desaparecido las causas que motivaron su establecimiento. La inhabilitación está prevista en el artículo 89 para “*quienes por debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, u otros impedimentos psicofísicos, no sean aptos para cuidar de su persona o atender sus intereses*”. No obstante, esta formulación legal resulta verdaderamente imprecisa pues qué entender por debilidad de la facultades mentales, quién la determina, bajo qué criterios, en qué circunstancias. Las consecuencias de la declaración judicial de inhabilitación las establece el artículo 90. Así, “*El inhabilitado no podrá disponer de sus bienes ni gravarlos, estar en juicio, celebrar transacciones, recibir pagos, recibir ni dar dinero en préstamo, ni realizar acto alguno que no sea de simple administración, sin la autorización del curador que será nombrado por el juez*”. O sea, el curador sustituye la voluntad del interdicto y asiste al inhabilitado. Como se constata, el Código Civil paraguayo se inscribe entre los códigos más flexibles en la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica, pero sin que en los últimos años haya introducido en su preceptiva, novedades a tono con la Convención²⁰.

²⁰ Paraguay firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 3 de septiembre de 2008.

El Derecho civil peruano ha sido de los pocos del continente que han regulado en materia de discapacidad, modificando el vigente Código Civil. He ahí la peculiaridad. En una buena parte de los ordenamientos jurídicos de este lado del Atlántico se han sancionado leyes protectoras de las personas con discapacidad, pero en todo caso con un enfoque más público que privado.

El Código Civil peruano de 1984 también clasifica entre los “más avanzados” en materia de capacidad jurídica, aun cuando no supera el test que impone la Convención²¹, cuyo listón resulta demasiado alto para los ordenamientos latinoamericanos. En efecto, como expresa el profesor ESPINOZA ESPINOZA, el Código Civil peruano regula tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio, haciendo referencia a las restricciones que esta última puede tener. El Código distingue entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa (en este caso entendiendo los supuestos de restricción a la capacidad de ejercicio)²². Según el artículo 42, la capacidad de ejercicio puede limitársele a las personas naturales por razón de la edad, la salud física o mental, los actos de disposición patrimonial y como consecuencia de la aplicación de una medida civil, derivada de una sanción penal. El artículo 43, entre otros supuestos, regula como incapaz absoluto para el ejercicio de la capacidad jurídica a quien por cualquier causa se encuentre privado de discernimiento.

²¹ La cual fue firmada por Perú, junto con el protocolo facultativo el 30 de julio de 2007 y los ratificó el 30 de enero de 2008.

²² ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 5ª edición, Rhodas, Lima, 2006, p. 630.

Y en tal sentido, según el parecer del profesor ESPINOZA ESPINOZA, el discernimiento es uno de los dos elementos constitutivos de la voluntad (el otro es la volición), “que hace al hombre para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese ‘algo’ es bueno o malo”²³, “Por consiguiente, en el caso de aquella persona privada de discernimiento, que no puede expresar su verdadera voluntad, lo que se realiza es un acto carente de una valoración subjetiva”²⁴. Por su parte, el artículo 44 regula como relativamente incapaces de ejercicio, a los menores de edad, mayores de 16 años, o sea, a los que en otros ordenamientos se les llama menores adultos, a los retardados mentales, calificados como sujetos que carecen de la libre determinación de la voluntad, al no comprender el significado de sus manifestaciones ni de obrar en consecuencia, y a aquellos sujetos que sufren de deterioro mental que les impida expresar su voluntad, o sea, aquellos que padecen de un daño progresivo en sus facultades intelectuales o físicas, a los pródigos, a quienes incurren en una mala gestión, y a los ebrios habituales y toxicómanos, entre otros. Es dable destacar la aplicación del principio de proporcionalidad en sede de curatela (en el entendido de lo que en otros ordenamientos jurídicos se le llama tutela). El artículo 581, primer párrafo, deja establecido que la interdicción o incapacitación la declara el juez, y que en la resolución judicial en que se contenga *“se fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél”*. En mejor técnica, el codificador debió establecer que el juez fijaría la extensión y límites de la curatela conforme

²³ *Idem*.

²⁴ *ibidem*, pp. 630-631.

con el grado de restricción de la capacidad jurídica del sujeto. Con ello se invertiría la regla de que en sede de capacidad jurídica prevalece su existencia, y que las limitaciones o restricciones son excepcionales, pero siempre dejan subsistente al menos en principio, la capacidad de ejercicio.

En el 2010 el Código Civil peruano tiene una modificación importante que le convierten en el primer Código latinoamericano que regula la autotutela –autotutela en otros ordenamientos jurídicos como el español–, en el cual sin dudas abreva²⁵. A pesar de que el Código Civil en su prístina redacción no dimensiona la discapacidad desde un enfoque social, no deja de ser meritoria la modificación operada en sede de curatela al permitir a la persona, eso sí, “*con capacidad plena de ejercicio*”:

- a) nombrar a uno o varios curadores;
- b) designar sustitutos;
- c) prever la autotutela negativa, o sea, qué personas deberían quedar excluidas de la delación de la curatela (por supuesto entre los parientes y el cónyuges, reconocidos en los órdenes prelatorios previstos para la tutela legítima –artículo 569–); y
- d) la determinación del alcance de las facultades que ostentará quien a la postre resulte designado curador.

²⁵ Sobre el tema en la doctrina nacional, *vid.* DE VETTORI GONZÁLEZ, Jessica, *La autotutela como una nueva institución de amparo familiar*, Gaceta Notarial, Lima, 2013, *passim*.

Como expresé, la norma calca la regulación de la autotutela prevista en el artículo 223, segundo párrafo, del Código Civil español, tal y como ha quedado redactado por la modificación que introdujera en el texto español la Ley 41/2003 de protección patrimonial a las personas con discapacidad. Se trata de una autocuratela que no suprime la curatela de autoridad judicial prevista por el codificador peruano. La Ley 29663 de 14 de diciembre de 2010, Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor, se limita a incluir la figura en un artículo, el 568-A y luego a modificar el orden de prelación establecido en el artículo 569, abriendo paso en primer orden a la persona nombrada por quien luego podría serle restringido el ejercicio de la capacidad jurídica, al punto de ser declarado judicialmente interdicto. Mientras, en el artículo 2030 se incorpora entre los actos y resoluciones inscribibles en el Registro personal de la superintendencia nacional de registros públicos, el nombramiento de tutor o curador, si bien la facultad prevista en el artículo 568-A es relativa al nombramiento de curador. No cabe duda que tal disposición ante la desolación que ha supuesto el tema en los códigos civiles del continente deviene en indudable paso de avance en el fortalecimiento de la autonomía y del poder de decisión de las personas, pero no puede perderse de vista, que tal y como ha sido regulada la figura, el acto de autoprotección que ello lleva insito, solo es atribuido a las personas adultas en pleno ejercicio de la capacidad jurídica, de lo cual cabría colegir que los relativamente incapaces, según el dictado del artículo 44 del Código Civil peruano no pueden dictar estipulaciones previas para su propia interdicción o incapacitación, pues no le resultaría de aplicación,

ya que se diseña como un acto personalísimo, al cual no puede acudir un incapaz relativo, asistido de su curador, cuando la restricción del ejercicio de la capacidad no alcanzare a actos de esta naturaleza ¿Cómo entender entonces la expresión “*capacidad plena de ejercicio*” a que alude el artículo 568-A, incorporado en el Código Civil?

En el orden formal, una vez más el notario acude como garante de la seguridad jurídica. En tal sentido, se impone una forma *ad solemnitatem* para la declaración unilateral de voluntad, a través de la escritura pública, con el añadido, a mi juicio innecesario, de la presencia de dos testigos, en un momento en que su inclusión en el testamento notarial está en tela de juicio, y ordenamientos como el mexicano y el español ya lo han suprimido. Suficiente la fe pública notarial para garantizar la veracidad de la manifestación de voluntad, su autenticidad interna y externa, sin que los testigos lleven consigo un plus de legitimidad en el documento que contiene el nombramiento del propio curador.

Los primeros comentaristas de la norma peruana le dieron el beneplácito. Para CÁRDENAS RODRÍGUEZ “se trata de una respuesta adecuada, aunque no completa ni suficiente, frente a los problemas surgidos con el aumento de la esperanza de vida, con la crisis del modelo de familia patriarcal amplia y con la mayor movilidad geográfica”²⁶. Sigue apuntando dicho autor que “La autotutela es una de las vías

²⁶ CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis, Editorial: “Curatela por voluntad anticipada”, en *Revista Jurídica del Perú*, No. 119, enero 2011.

ensayadas como reflejo de la tendencia a privilegiar la autonomía personal y como salida idónea ante la lentitud y sobrecarga judicial”²⁷. MEJÍAS ROSASCO, quien ha estudiado el tema con extremo detenimiento en el Derecho peruano, ha expresado con toda razón que “La ventaja de la nueva normativa se revela asimismo, en que antes, el juez, con toda la carga judicial, y la incertidumbre que todo proceso conlleva, decidía sobre un tema, sin haber conocido previamente a la persona, ni sus relaciones familiares, de tal suerte que actuaba, por decirlo así, a ciegas. Ahora se termina por reconocer que es el interesado el más idóneo para tomar las mejores decisiones en previsión de su futura incapacidad, ya que nadie mejor que él para aquilatar las relaciones y los vínculos afectivos que mantiene con sus familiares o con personas distintas de las consideradas en la lista taxativa de la curatela legítima”²⁸. Para un observador externo, como BARREIRO PEREIRA, “Facilitar el tránsito progresivo de la autonomía personal a la dependencia de tercero y hacer que el propio afectado sienta que gobierna el desarrollo de este proceso coadyuva a su bienestar personal, reduce angustias y tiene un indudable calor terapéutico (...)”²⁹. Se trata de una figura sustentada en el legítimo derecho de autodeterminación del sujeto. Con ella –apunta VARSÍ ROSPIGLIOSI–, se reconoce “el derecho para que una persona

²⁷ *Idem*.

²⁸ MEJÍAS ROSASCO, Rosalía, entrevista: “Tenemos el privilegio de ser el primer país latinoamericano que ha dejado atrás el modelo de curatela exclusivamente judicial”, en *Revista Jurídica del Perú*, No. 119, enero 2011, p. 14.

²⁹ BARREIRO PEREIRA, Xosé Antón, “Comentarios a la Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor”, en *Revista Jurídica del Perú*, No. 119, enero 2011, p. 19.

escoja y designe a un curador concediéndoles las atribuciones que tenga a bien”³⁰. En fin, como en su día dijo CANALES TORRES “... ahora puede designarse a personas que tengan mayor cercanía y afecto por el incapaz y disponibilidad para su cuidado, que sean más idóneas para el cargo, y que no necesariamente se encuentren mencionadas en la referida lista que tiene carácter cerrado, taxativo o numerus clausus”³¹, “la autotutela plasmada en esta nueva norma se constituye en una opción legislativa interesante para que en vida podamos designar o vetar respecto de quien cuide de nuestra persona y bienes”³².

Más interesante en el panorama del Derecho comparado del continente ha sido la posición de Colombia, uno de los pocos países que han intentado poner a tono el Código Civil con los postulados de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y que ha tenido una prolífera producción jurisprudencial en el ámbito constitucional³³. En efecto, “...la jurisprudencia constitucional colombiana en relación con los derechos de las personas con discapacidad no ha jugado un rol pasivo, por el contrario, la Corte Constitucional Colombiana (sic) ha protegido ampliamente a las personas con discapacidad y se ha referido a sus derechos en numerosas ocasiones, los

³⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Nombramiento personal de curador”, en *Revista Jurídica del Perú*, No. 119, enero 2011, p. 22.

³¹ CANALES TORRES, Claudia, “La voluntad anticipada *versus* la curatela legítima. La autotutela introducida por la Ley No. 29633”, en *Revista Jurídica del Perú*, No. 119, enero 2011, pp. 28-29.

³² *Idem*, p. 29.

³³ Colombia firmó la Convención el 30 de marzo de 2007, pero no la ha ratificado, ni ha firmado su protocolo facultativo.

ha ampliado, ha garantizado y en general ha redignificado a la persona con discapacidad y recalca la posición privilegiada que le otorga el texto constitucional”³⁴.

³⁴ CORREA-MONTOYA, L., “Panorama...”, *cit.*, p. 118. Entre tales sentencias de la Corte Constitucional colombiana, cabe resaltar, y solo a modo ejemplificativo, la Sentencia C065/03, recaída en el expediente D-4185 (ponente Beltrán Sierra), en demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1068, numerales 5, 6, 7 y 13, del Código Civil, relativo a las prohibiciones para concurrir como testigo en los testamentos abiertos, de los ciegos, sordos, mudos y el cónyuge del testador.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de los tres primeros apartados que excluyen de la condición de testigos a personas en razón de sus discapacidades sensoriales y al tal efecto dejó sentado que: *“Encuentra la Corte que le asiste razón al demandante por cuanto los numerales acusados al establecer la inhabilidad para ser testigos de un testamento solemne a las personas ciegas, sordas y mudas, creuna discriminación inaceptable a la luz de la actual Carta Política. En efecto, el artículo 13 superior dispone que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y recibirán el mismo trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades”, sin que sea posible establecer discriminación alguna por razones de “sexo, raza, origen nacional o familiar lengua, religión, opinión política o filosófica”; e impone al Estado la obligación de promover las condiciones para que dicha igualdad sea efectiva y real. Establece igualmente la disposición superior citada, que ‘El Estado protegerá a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometen’.*

“Se impone entonces al Estado la obligación de proteger a quienes por sus condiciones físicas, entre otras razones, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como puede ser el caso de las personas que padezcan de limitaciones como las que consagran los numerales acusados.

“Esa obligación del Estado, se traduce en la necesidad de adelantar políticas ‘de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la ‘atención especializada que requieran’ (art. 47 C.P.), así como en la imposición, no sólo del Estado sino de los empleadores de ‘ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud’ (art. 54 C.P.).

“... la Constitución no solo establece el deber de evitar todo tipo de discriminaciones, sino que impone al Estado la obligación de protegerlos especialmente y de desarrollar políticas específicas que les permitan su rehabilitación e integración social, de suerte que puedan vincularse a la sociedad en igualdad de condiciones a fin de que puedan gozar de todos los derechos constitucionales.

“Evidentemente, cuando la norma fue expedida encontraba una finalidad legítima, por cuanto en dicha época no se contaba con el avance científico y tecnológico que le ha permitido a quienes padecen ese tipo de limitaciones desarrollar plenamente sus capacidades y, por ello, consideró entonces el legislador que dichas personas no podían testimoniar sobre el otorgamiento de un acto solemne como lo es el testamento. Pero, precisamente ese avance científico y tecnológico que les ha permitido a las personas ciegas, sordas y mudas, actuar con la plenitud de sus atributos dentro de la sociedad, ha promovido a su vez el reconocimiento pleno de sus derechos en el ordenamiento jurídico (...).

En el orden normativo, destaca la Ley 1306 de julio de 2009, que intenta ajustar de alguna manera el Derecho civil colombiano con la Convención, si bien los resultados no caben catalogarse de halagüenos³⁵. La norma citada en su artículo 2, establece que el término “demente”

En otra sentencia, la T-553/11, recaída en el expediente T- 2.980.40, ponente Pretelt Chaljub, la Sala Séptima, de Revisión de tutelas, conoció de un caso de un abogado, con discapacidad física cuyos derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana, acusó que estaban siendo violados debido a que no podía ejercer su profesión de abogado litigante con plena autonomía porque el Complejo Judicial, sitio al que debe acudir con frecuencia, no contaba con condiciones de accesibilidad para personas en situación de discapacidad.

A tal fin, dejó dicho la Corte Suprema que *“Específicamente, en el caso de las personas en situación de discapacidad, esta Corporación ha referido que pueden constituir actos de discriminación contra esta población: ‘la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad.”* (Subrayado fuera de texto)

“El acto discriminatorio puede originarse en una acción deliberada o un resultado no previsto, lo cual en todo caso (...) implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.” (Subrayado fuera de texto)

“Ahora bien, para que un trato diferente esté justificado esta Corporación ha encontrado que deben observarse los siguientes parámetros: ‘primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada.’

“Los actos discriminatorios pueden originarse en el lenguaje de las normas o en las prácticas de las instituciones o de la sociedad que de manera injustificada llegan a constituirse en una forma de vida y son aceptados con naturalidad, lo cual conlleva que las personas que sufren este tipo de exclusión tengan que soportar cargas infundadas desde el punto de vista moral y/o jurídico.

“A la luz de las consideraciones precedentes, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de las personas en situación de discapacidad puede devenir no sólo por acción sino también por la omisión de acciones afirmativas de que son titulares lo cual mantiene la estructura de exclusión social e invisibilidad a la que han sido sometidas históricamente, y que obstaculiza el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.”

³⁵ Sobre la citada ley y los cambios introducidos en el Derecho colombiano *vid.* PARRA BENÍTEZ, Jorge, *El nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano. Ley 1306 de 2009*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, Depalma, Bogotá- Buenos Aires, 2011, *passim*; SERRANO GÓMEZ, Rocío, “Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, volumen 40, No. 113, julio-diciembre 2010, pp. 314-319 y MONTOYA OSORIO, María Elena y Guillermo MONTOYA PÉREZ, *Las personas en el Derecho civil*, 3ª edición, Leyer, Bogotá, 2010, pp. 277-315

que aparece en los textos legales colombianos será sustituido por la expresión “persona con discapacidad mental absoluta”. Así mismo, el artículo 32 indica que son personas con discapacidad mental relativa aquellas que padecen deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, pueden poner en serio riesgo su patrimonio. Define la ley a las personas con discapacidad mental absoluta como aquellas que “*sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o deterioro mental*” (artículo 17).

Aunque esta ley se presentó como un avance para los derechos de las personas con discapacidad, en realidad no atiende a los postulados de la Convención de Naciones Unidas y tanto su proceso de elaboración, como su contenido, dista mucho de la apuesta que en materia de capacidad jurídica quiere hacer este importante instrumento internacional. Una reforma central en la vida de las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial, como la que introduce la Ley 1306 de 2009, no puede alejarse de los postulados del instrumento internacional más importante en materia de discapacidad. En tal sentido se le objeta que la aprobación de la norma se realizó sin la participación activa y eficaz de las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial, sus familias y las organizaciones que traban por y con ellos, que son sus principales destinatarias, se estructura bajo la idea de sustitución de la toma de decisiones de las personas con discapacidad, lo cual se contrapone con los planteamientos de la Convención que a la luz del artículo 12 exige como regla general proveer apoyos en la toma de decisiones para permitir la dignificación de las personas con discapacidad

como sujeto de derechos, la igualdad, la inclusión y su participación plena en la sociedad, la Ley regula defectuosamente los tipos de discapacidad a la luz de los estándares internacionales fijados por la Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF) y la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Según la Convención, la discapacidad se clasifica en cuatro tipos: física, sensorial, intelectual y mental (*vid.* artículo 1). La Ley no distingue con claridad la discapacidad mental de la intelectual y en diferentes artículos las asimila, de manera discriminatoria, a otras condiciones como la “prodigalidad” o “la inmadurez psicológica”. De hecho, incurre en el grave problema de asimilar la discapacidad a minoría de edad. Tampoco aborda la discapacidad como una condición humana diversa, objeto de la especial protección por parte de la Constitución de 1991 (*vid.* artículos 13, 47, 54 y 68) sino como una enfermedad, o como una condición de anormalidad que debe ser protegida, normalizada y homogenizada. Esta forma de entender la discapacidad no corresponde al modelo social y al modelo de derechos humanos que a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debe servir como parámetro para abordar la discapacidad. La regulación legal de la capacidad jurídica debe responder a esa condición diversa y dar apoyos uno a uno en función de esa misma diversidad. La Ley refuerza la tradición civilista-romana según la cual la principal preocupación del régimen de la capacidad jurídica es el manejo del patrimonio y la conservación de la seguridad del negocio jurídico. Contrario a la Convención cuyas prioridades son: la realización de los derechos

humanos, la vida autónoma e independiente, la igualdad, la inclusión social y la plena participación pública y política. La ley implica una especial atención por las decisiones patrimoniales, perdiendo de vista que las decisiones más importantes de la vida cotidiana no son necesariamente del orden patrimonial. Aquello que protege principalmente el artículo 12 de la Convención es la capacidad de tomar decisiones autónomas, de forma libre y en condiciones de igualdad. La protección patrimonial es importante, pero el centro es la persona con discapacidad y su capacidad para decidir. El desarrollo legal que se ofrece de la Ley 1306/2009 está mediado fuertemente por el modelo médico-rehabilitador que considera a las personas con discapacidad como pacientes, a la discapacidad como una enfermedad que se padece y frente a la cual la habilitación y la rehabilitación son lo más importante. El apoyo en la toma de decisiones y la regulación de la capacidad jurídica no debe versar en función, como lo hace la Ley 1306/2009, de la severidad de la patología o del deterioro de la salud. Por el contrario, deben ser las capacidades concretas, los niveles de discernimiento y las posibilidades reales de la persona, entre otros, a los que el juez debe acceder, no sólo por medio de los profesionales de la medicina, sino de familiares, amigos y en general por medio de las redes sociales de la persona con discapacidad, para proveer los criterios para el apoyo en la toma de decisiones en cada caso concreto, esta protección debe dar cuenta de la diversidad y de la amplitud de necesidades de la persona. La Ley integra una clasificación estricta entre incapacidad absoluta y relativa, la cual se deriva de una mezcla desafortunada de los conceptos de discapacidad y del tratamiento civilista de la incapacidad

que no responde ni a la realidad de las personas con discapacidad, ni a los conceptos de la Convención, ni a los estándares internacionales para la clasificación de la discapacidad establecidos en la CIF. A la luz de la Convención no existe la discapacidad absoluta, todas las discapacidades implican necesidades relativas y diversas en función de las capacidades especiales de las personas con discapacidad. La Ley acertadamente contiene menciones a un amplio espectro de derechos humanos de los cuales son titulares las personas con discapacidad, en algunas disposiciones parece entender y desarrollar de forma efectiva el modelo de derechos humanos para abordar la discapacidad. Sin embargo, la mayoría de los contenidos de dichos derechos no son desarrollados al interior de la ley por cuando exceden el objeto del régimen de la capacidad jurídica. La Ley implica una la periodicidad de la revisión de la medida de protección, dicha disposición (*vid.* artículo 29) acertada a la luz del Convención, sin embargo, es necesario tener en cuenta las posibilidades reales del juez de llevarla a cabo y al mismo tiempo es necesario no exigir únicamente una valoración médica, sino tener en cuenta a un grupo de personas cercanas más ampliado, así como a las persona con discapacidad en concreto.

En el Derecho cubano, el Código Civil de 1987 en el artículo 31 incluye entre las personas carentes de ejercicio de la capacidad jurídica (las que son considera radas incapaces): a los menores de diez años y a los mayores de edad, declarados judicialmente incapacitados. Como apunta VALDÉS DÍAZ al comentar este precepto, “Se trata de un pronunciamiento legislativo de alcance general, que abarca a todos los actos en los que pueda involucrarse un sujeto, de manera que toda

su actuación queda vetada y corresponderá al representante legal del incapacitado obrar en nombre de aquél”³⁶. No podría decirse que dicho cuerpo normativo se adscribe a aquellos homólogos en los que el binomio capacidad-incapacidad es la pieza clave en la que se dimensiona la capacidad jurídica. El artículo 30, si bien con poca aplicación práctica en nuestros predios, regula supuestos de restricción de la capacidad jurídica, matizando el tema. En el entorno cubano la capacidad restringida ha de entenderse como el reconocimiento de potencialidades en el sujeto de derecho. La persona, en principio, puede realizar todos los actos jurídicos civiles, salvo aquellos para los cuales la resolución judicial de incapacitación así lo ha previsto. Por ese motivo ha de verse como lo que es: una excepción al pleno ejercicio de la capacidad de obrar del agente, solamente restringida, con las garantías procesales, cuando al efecto así ha sido probado ante el órgano judicial. Lo que es de lamentar es la tendencia que existe en nuestra práctica judicial de declarar judicialmente incapacitada a la persona en supuestos en los que no se explora las posibles potencialidades del sujeto, ello impulsado además por la carencia de instituciones de guarda y protección que tengan por finalidad solo la asistencia de las personas con discapacidades psíquicas o intelectuales, y no el régimen de suplencia del ejercicio de dicha capacidad a través de la figura de la tutela. Como expone la profesora VALDÉS DÍAZ, ante esta situación de anomia en el régimen de asistencia de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, “lo común, ante la ausencia de otras

³⁶ VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Comentarios al artículo 31”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo I – *Disposiciones preliminares, Libro I Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2013, pp. 516-517.

figuras más idóneas, es reconducir al sujeto con capacidad restringida a las normas del Código de Familia en sede de patria potestad o tutela, en franca contradicción con el pretendido objetivo de ofrecer mayores posibilidades de actuación a las personas que encajan en los supuestos del comentado artículo 30 del Código Civil³⁷.

Esta posición denunciada por la mencionada profesora —a la que me afilío—, va en franca contradicción con el espíritu y la letra del Código Civil y con la de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, igualmente ratificada por Cuba³⁸. Esa visión reduccionista de las potencialidades de la persona con discapacidad psíquica o intelectual, va en desmedro del ejercicio de sus derechos. El discernimiento o voluntad del sujeto no puede medirse en términos matemáticos, concretamente en ese lenguaje binario importado de las ciencias de la computación, de modo que se es capaz o incapaz, menor o mayor de edad. Nada más lejos de la verdad que seguir estos derroteros³⁹.

³⁷ VALDÉS DÍAZ, C. del C., “Comentarios al artículo 30”, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 497.

³⁸ Cuba firmó la Convención el 26 de abril de 2007 y la ratificó el 6 de septiembre de 2007, pero aún no ha firmado el protocolo facultativo.

³⁹ Expone el profesor PARRA BENÍTEZ en su estudio sobre la Ley 1306 de 31 de julio del 2009, ya citada en este estudio que ha intentado adaptar el Derecho interno colombiano (Código Civil) a los retos que ha impuesto la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo un nuevo régimen jurídico de los incapaces, que en el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la mencionada Ley se dijo:

“Se abandona la antinomia entre ‘capacidad’ jurídica enfrentada ‘incapacidad’ que han tenido las legislaciones precedentes, a efecto de reconocer y hacer eficaz la voluntad de la persona en aquellos temas y campos en que se desenvuelve con ventaja en la sociedad, las cuales van desde unas pocas actuaciones que lo pueden beneficiar, en las personas gravemente afectadas, hasta prácticamente todos los campos del Derecho en los que tienen su intelecto sano, pero actúan de manera descontrolada en el manejo de su patrimonio, reconociendo que se trata de un espectro de discapacidad considerablemente amplio”. *Vid.* PARRA BENÍTEZ, Jorge, *El nuevo régimen de*

El proceso judicial de incapacitación sigue el modelo médico-rehabilitador (*vid.* artículos del 586 al 588 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico), el presunto incapacitado es examinado por el tribunal, pero no tiene participación, ni derecho a ser escuchado, siendo esencial el dictamen del médico de asistencia y la valoración de otros dos médicos (médicos legistas, presumiblemente especializados en psiquiatría forense, aunque no es preceptivo ello). Los trámites del proceso son los de la jurisdicción voluntaria, lográndose así celeridad, pero no todas las garantías que ofrece el proceso ordinario, como paradigma del proceso de conocimiento. La propia persona no puede iniciar el proceso judicial de incapacitación, sino terceros. Nada se establece sobre los internamientos psiquiátricos involuntarios. Además, aunque el Código de Familia al regular la tutela de los mayores de edad establece en el artículo 153.3 que corresponde al tutor *“procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad”*, rara vez se interpone en los tribunales demandas interesando la rehabilitación del declarado judicialmente incapacitado. Existe un consenso tácito entre los operadores del Derecho, muy a pesar, de que la declaración judicial de incapacitación tiene efectos definitivos, aunque jurídicamente así no sea. A diferencia del Código Civil español que precediera al vigente, no se admite la validez de los actos jurídicos del incapacitado en intervalo lúcido. La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que, declarada judicialmente incapacitada

incapaces en el derecho colombiano. Ley 1306 de 2009, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, Depalma, Bogotá- Buenos Aires, 2011, pp. 97-98.

una persona, sus actos carecen de total validez, con independencia del grado de lucidez y discernimiento que tenga el sujeto⁴⁰.

De *lege ferenda*, el anteproyecto del tan anunciado nuevo Código de Familia (en su última versión de 2010), le da una nueva dimensión a las personas con discapacidad desde el Derecho privado (tómese en cuenta que en Cuba no se ha promulgado una ley de protección a las personas con discapacidad), pero no a tono con los principios rectores de la Convención de las Naciones Unidas de 2006. El artículo 1.3 proyectado contiene entre los objetivos del Código el respeto del principio de no discriminación, entre otros criterios, por discapacidad. Incluye entre las instituciones de guarda y protección la curatela, en el sentido que hoy le atribuye el Código Civil español, como institución de asistencia a las personas cuyo ejercicio de la capacidad jurídica ha sido restringido, la cual coexistirá con la tutela, esta enfocada como institución de sustitución de la voluntad de las personas declaradas judicialmente incapacitadas. Así, el artículo 247 propone la inserción de la curatela como *“la autoridad que con carácter transitorio se confiere, a una persona mayor de edad para que complemente la capacidad de obrar de otra persona o la asista, atendiendo a la intensidad de su*

⁴⁰ Así, y a modo de ejemplo la Sentencia No. 714 de 31 de octubre del 2003, en su cuarto Considerando, y la Sentencia No. 669 de 30 de septiembre del 2004, en su Segundo Considerando, ambas de la ponencia de Arredondo Suárez, a cuyo tenor se deja dicho que “... la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, ello determina que mientras una persona no éste declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la aludida declaración judicial, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna (...)”. Pronunciamento reiterado también en la Sentencia No. 220 de 31 de julio de 2009, segundo Considerando (ponente Acosta Ricart). Sentencia No. 220 de 31 de julio del 2009. Segundo Considerando. Ponente Acosta Ricart

deficiencia por razón de su capacidad restringida o discapacidad, sustentadas por edad o enfermedad". El principio de autonomía privada toma auge con la posibilidad de inserción de la autotutela y la autocuratela, tanto positiva como negativa (*vid.* artículos 212, 225.1 y 249.1)⁴¹. Básicamente se siguen

⁴¹ Es justo expresar que en Cuba, si bien la figura no está regulada, se ha entendido posible su instrumentación en sede notarial, al amparo del principio de autonomía privada y de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, derechos estos último, que han de ser garantizados por el Estado, según el artículo 9 a) de la Constitución. En tal sentido, se carece de las ventajas que ofrecería su regulación jurídica, al modo en que se propone insertar en el nuevo Código de Familia. No obstante, en la práctica notarial cubana se han autorizado escrituras públicas contentivas de actos de autoprotección, e incluso cabe apuntar un fallo judicial de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de la capital (Sentencia No. 120 de 30 de septiembre de 2008 de la que fue ponente la jueza Alfaro Guillén), recaído en un proceso contencioso sobre delación legítima de la tutela, en el que se valoró por la Sala de segunda instancia la escritura pública que había otorgado en su momento la devenida luego, incapacitada, sobre estipulaciones sobre la propia incapacidad, en la que manifestaba su voluntad porque su hija, no así su hijo, fuera nombrada judicialmente su tutora. Se deja sentado en él, a grandes rasgos, que la escritura de estipulaciones previsorias de la propia incapacidad, configurativas de la voluntad relativa al modo en que se desea por la incapacitada fuera proveída de asistencia en el momento de su vida en el que ya no pudiera decidirlo, de cuyo análisis se advierte la intención de la incapacitada de permanecer bajo los cuidados de su hija, constituye prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente (hijo de la incapacitada).

Se advirtió la relevancia de la existencia de estas estipulaciones, cuyo desconocimiento equivaldría a desconocer los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad, impeditiva, sin excepción alguna, de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habría de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger sin que contare para ello con el parecer del tutelado, deviniendo relevante, en consecuencia, la existencia de referencia directa al respecto como ocurrió en el caso, en el que desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones, equivaldría a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual, al no existir en el ordenamiento jurídico cubano, si bien omiso al respecto, prohibición normativa alguna, teniendo en cuenta, por último, que no se trataba exactamente de supuesto de disposición de autotutela (con el efecto vinculante que ello tuviera para el juez al no estar reconocido *ex lege*) que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana, por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada, sino que se pronunció exclusivamente por lo que consideró conveniente a su persona en momento en el que contaba con plenas facultades decisorias con efectos para cuando las careciere. *Vid.* a tal fin los comentarios a este fallo judicial, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el Derecho cubano?", *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, Perú, tomo 185, abril 2009, pp. 323-336.

los modelos español y peruano. O sea, la persona con plena capacidad jurídica puede disponer en ese momento quién desea que sea su tutor o curador para el caso en que se le declare judicialmente incapacitado o se le restrinja el ejercicio de la capacidad, a tono con lo previsto en los artículos 31 y 30, respectivamente del Código Civil, de modo que no se admite que una persona a la cual se le haya restringido el ejercicio de su capacidad jurídica pueda, asistida por su curador, instrumentar esta voluntad, lo cual en todo caso se documentará ante notario por escritura pública, respecto de cuya publicidad nada se dice en la norma, esencial sin duda, si quiere que pueda surtir efectos jurídicos al momento en que se tramite ante el tribunal competente el proceso judicial de restricción del ejercicio de la capacidad jurídica o de incapacitación. La decisión tomada ha de ser tenida en cuenta por el tribunal y en tal sentido no se deja esclarecido, en detrimento de la persona con discapacidad, que esa decisión sea vinculante para el tribunal, a menos que hayan cambiado las circunstancias (aplicación especial de la *rebus sic stantibus*) como establece el legislador español, y con ese afán sobreprotector hacia las personas con discapacidad y de su patrimonio que informa el Derecho cubano, se legitima a los parientes a los que la ley llama para constituir la tutela, o al fiscal, para impugnar la decisión tomada por la persona con discapacidad, sin que se fijen los motivos que justificarían tal impugnación. Se establece la naturaleza esencialmente revocable de esta manifestación de voluntad, haciéndose prevalecer la voluntad últimamente exteriorizada.

En el proyectado Código de Familia cubano se enaltece la figura del notario, pues la forma de la declaración de voluntad para deferir la

propia tutela o curatela es la notarial, prescindiéndose, por fortuna, de la presencia de los testigos instrumentales, siendo suficiente la presencia notarial, sin más. Asimismo se propone un Título, el VII, destinado a regular la atención de las personas con discapacidad, pero solo a modo programático, principalista, contenido de un plexo de valores que propugna el papel que tiene la familia, pero sin concreción alguna. Se trata de normas que solo se dirigen a la protección familiar y social de este sector, pero nada se habla de la protección patrimonial. Se propicia la integración familiar y social de las personas con discapacidad, la labor educativa de la familia, su inserción en centros estatales especializados en su formación profesional. Cabe destacar los artículos 267 y 268 del anteproyecto de Código de Familia, en el que sin intención marcada del legislador que no ha tenido en cuenta una lectura pausada y esmerada del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, sí que se incorporan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, a saber: la formación de los familiares más propincuos a las personas con discapacidad como asistentes personales e interpretes de ellos, a través de su acceso a programas de asistencia social y de interpretación que las instituciones especializadas ofrecen, de manera gratuita, a los familiares de las personas con discapacidad para propiciar su inserción no solo familiar, sino también comunitaria y como dice el precepto “*con el propósito de lograr una mejor comunicación y mayor integración social del familiar discapacitado*”, así como la cooperación que deben brindar las instituciones y organizaciones de masas y sociales en la comunidad en la promoción de los apoyos que el Estado debe brindar a través de sus entidades públicas en pos de la plena inserción social de las personas con discapacidad.

En el Derecho mexicano, la propia estructura federal de la República hace movедiza y tortuosa cualquier aproximación al tema, pues hay que recordar que en México existen además de los 31 códigos estatales, el del Distrito Federal y el común para toda la República⁴². A ello hay que sumarle los códigos familiares que ya se han aprobado en varios Estados mexicanos. Por esta razón el estudio que se hace del Derecho mexicano ha de realizarse en términos generales. Así, a grandes rasgos, todos los códigos civiles y familiares de México limitan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, al declarar el estado de interdicción y nombrar un tutor para la persona con discapacidad, todo lo cual se realiza a través de un procedimiento similar en todos los Estados, conocido como juicio de interdicción. Todos los códigos incluyen un lenguaje más o menos discriminatorio hacia las personas con discapacidad, dirigiendo principalmente las restricciones a la capacidad jurídica hacia las personas con discapacidad intelectual. Cabe destacar igualmente el hecho de que no obstante de que en general únicamente las personas con discapacidad intelectual ven limitada su capacidad de ejercicio, existen también otros códigos civiles en México en que las personas con otros tipos de discapacidad son objeto de estas restricciones. Por ejemplo, existen códigos en que las personas sordas que no pueden leer o escribir también son declaradas en estado de interdicción, así como algunos códigos en que inclusive las personas con discapacidades motrices son privadas de su capacidad jurídica si, como consecuencia de dicha discapacidad motriz las

⁴² México firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 17 de diciembre de ese propio año.

personas ‘no puedan conducirse por sí para contraer obligaciones’. Con respecto a las restricciones a la capacidad jurídica de las personas sordas, en algunos Estados de la República existe un procedimiento simplificado para sujetarlas al estado de interdicción, en que se requiere inclusive menos condiciones que para sujetar a una persona con discapacidad intelectual al estado de interdicción. De la misma manera, existen en México otro grupo de personas que comparten las restricciones en la capacidad jurídica que las personas con discapacidad, tales como las personas adictas a las drogas o el alcohol. Estas restricciones adicionales a la capacidad de ejercicio ya han sido eliminadas de la mayor parte de los códigos civiles a nivel nacional, pero siguen en vigor en un pequeño número de códigos civiles y familiares en México.

Cabe destacar la reciente introducción en algunos códigos civiles del concepto de que únicamente las personas que “*no pueden gobernarse por sí mismas*” se encuentran sujetas al estado de interdicción, el cual, no obstante que resulta un término un poco menos discriminatorio y más técnicamente correcto, de fondo, la prohibición sigue siendo la misma, en el sentido de limitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

Resulta destacable la introducción en algunos códigos del concepto que las restricciones a la capacidad jurídica se encuentran limitadas a las personas que no pueden manifestar su voluntad por sí mismas o “*por cualquier medio que la supla*”, lo que nos llevaría a la conclusión inicial de que, siempre que una persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad directa o indirectamente por cualquier medio, entonces continuará

teniendo pleno ejercicio de la capacidad jurídica. No obstante, y aún el texto aparentemente favorable de las disposiciones que permitirían ejercer la capacidad jurídica, en algunos Estados de la República a cualquier persona que pueda expresar su voluntad “*por cualquier medio*”, el contexto en que se ubican estas disposiciones y las demás disposiciones legales relacionadas en la práctica supone una conclusión contraria, es decir, que las personas con discapacidad intelectual son privadas de su capacidad jurídica, independientemente de si pueden o no expresar su voluntad por cualquier medio, aún en aquellos códigos civiles que contemplan estas disposiciones de ‘*medios alternativos de expresar su voluntad*’. Finalmente, cabe mencionar que, no obstante que en diversos Estados de la República se ha puesto en vigor un nuevo Código familiar que reemplaza las disposiciones de sus antecedentes códigos civiles en materia de capacidad jurídica y relaciones familiares, estos nuevos códigos familiares reproducen todos prácticamente las mismas disposiciones de sus antecedentes civiles, cambiando por lo tanto en la forma pero no en el fondo.

No obstante, algunos actos de autoprotección han tomado cobija en el Derecho mexicano. Resalta la modificación operada en el Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 15 de mayo de 2007, y de la que da cuenta el notario GARCÍA DE VILLEGAS⁴³. Se trata de lo que se ha denominado tutela cautelar, que no es

⁴³ *Vid.* GARCÍA DE VILLEGAS, Eduardo, *De la tutela designada a la tutela voluntaria*, Porrúa, México, 2011, *passim*. *Vid.* también LOZANO MOLINA, Tomás, *Tutela cautelar y voluntad anticipada*, Porrúa, México, 2008, *passim*. Con anterioridad a las reformas operadas en México es dable consultar, *per omnia*, CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, Porrúa, México, 2006, *passim*.

sino la llamada autotutela en otros ordenamientos jurídicos, pautada en sentido general, en las mismas cuerdas en las que ha sido recepcionada en otros códigos civiles, a saber: su instrumentación en sede notarial (como única opción), su naturaleza revocable, su carácter preeminente, a tenerse en cuenta por el juez para la constitución de la tutela, la posibilidad de nombrar sustituto y el alcance de sus facultades, previéndose además su impugnabilidad cuando hayan cambiado las circunstancias tenidas en cuenta por el luego incapacitado. La norma mexicana establece, eso sí, en una posición a mi juicio criticable, el deber del notario autorizante del instrumento público en el que se contenga tal estipulación sobre la propia incapacidad, de “*agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse (...)*” (vid. artículo 469 *ter*) en mi criterio, incompatible con el desempeño de la función notarial, al menos en la manera en la que la tenemos concebida en mi país, en la que la apreciación de la capacidad natural y legal le compete al notario a través de un juicio que se exterioriza. Como expone GARCÍA DE VILLEGAS “la necesidad de las disposiciones para la propia incapacidad se encuentra sólidamente sustentada por nuestro compromiso indeclinable con la defensa de la libertad y la dignidad”⁴⁴. Ha ganado también espacio en el Derecho mexicano las leyes sobre voluntades anticipadas, una de las cuales, y solo a modo de ejemplo, es la del Distrito Federal, dictada el 7 de enero de 2008 que permite, en el ámbito subjetivo de aplicación

⁴⁴ GARCÍA DE VILLEGAS, Eduardo, “La voluntad anticipada”, p. 22, en www.notarios.com.mx/admin/fotos/.../eduardo_garcia_villegas.pdf, consultada el 24 de febrero de 2014.

que, cualquier persona con capacidad de ejercicio, o cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado, o los familiares de estos, cuando aquellos no puedan expresarse de una manera inequívoca, o los padres o tutores del enfermo, cuanto éste sea menor de edad o judicialmente declarado incapacitado, tomar decisiones sobre el final de la vida, en evitación de medidas desproporcionadas que alarguen innecesariamente el fatal desenlace. Según el artículo 8, fracción I, de la mencionada ley, tal declaración de voluntad se instrumentará ante notario público.

He dejado para el final en este recorrido, que no ha sido tan brevísimos –como he anunciado–, por la geografía jurídica de nuestra América, a la Argentina, por ser sin dudas, a pesar de las inconformidades de su beligerante, pero a la vez prolífera doctrina, el país que más ha hecho por atemperar los retos de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad a su ordenamiento interno⁴⁵. Ciertamente, no hay en toda Latinoamérica un país con más producción legislativa y jurisprudencia que Argentina, avocado ahora en un proceso de recodificación de su Derecho civil y su unificación con el Derecho comercial.

Según explican algunos de los mejores exponentes del tema en el Derecho argentino, el Código Civil velezano, como sus contemporáneos, fue excesivamente rígido en la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica, “Si bien en materia de minoridad existían algunas escasas

⁴⁵ Firmada, junto al protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007, y ratificados el 2 de septiembre de 2008.

posibilidades de obrar para los menores, todas ellas estrictamente tasadas por la ley, en ambos casos (menores y mayores con deficiencias intelectuales) se los transformaba en un objeto digno de protección pero carente de su calidad de persona: su opinión carecía de importancia alguna”⁴⁶. Argentina se inscribe entre los países que introdujeron reformas a su Código Civil, encaminadas a dar admisión al principio de graduabilidad y proporcionalidad en la restricción, vía judicial, al ejercicio de la capacidad jurídica, de manera que coexisten un régimen jurídico de interdicción y uno de inhabilitación. De ahí la importancia del Decreto-Ley 17711/1968, que en materia del ejercicio de la capacidad jurídica de personas mayores de edad, introdujo el artículo 152 *bis*, regulador de la situación de los que padecen embriaguez o uso de estupefacientes, la de los disminuidos en sus facultades y la de los pródigos, cuando por esa situación expongan a su familia a la pérdida del patrimonio. Para todos estos supuestos la norma, reformadora del Código Civil, previó la posibilidad de nombramiento de un curador, con función esencialmente asistencial, sin cuya aquiescencia no le es dable disponer por acto entre vivos, aun cuando puede otorgar los actos de administración, salvo los que le limite la sentencia. Como han expresado algunos doctrinantes “El régimen, que no dispone control judicial sino solo del curador, importó un avance importante. Podríamos decir que crea un régimen con graduación y con acompañamiento y sin reemplazo de la voluntad de la persona involucrada. Sin embargo, quizás por el temor que origina

⁴⁶ RAJMIL, Alicia B. y Luis R. LLORENS, “Propuestas para una correcta regulación del régimen de capacidad y discernimiento en el derecho argentino, con especial referencia al proyecto de Código Civil y Comercial”, MJ-DOC-6069-AR | MJD6069, 16 de noviembre de 2012, p. 2.

esa pérdida de control por parte del magistrado interviniente, no tuvo aplicación práctica en la medida deseada”⁴⁷.

Tras la aprobación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad el esfuerzo doctrinario, normativo y jurisprudencial ha sido incesante a los fines de incorporar los principios enarbolados por la Convención al Derecho interno. Así, el 21 de octubre de 2009 fue sancionada por el Congreso Nacional la Ley 26529, reguladora de las directivas anticipadas. Si bien con ella se daba luz verde en el Derecho argentino a la posibilidad de “*consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud*”, la norma no dejó de recibir la censura de la doctrina, entre otras razones, por no regular lo relativo a “... la publicidad y la posible caducidad de las instrucciones, tampoco sobre la posibilidad de designar un mandatario que manifieste la voluntad de quien no puede expresarse”⁴⁸. En sentido general, no se incluyó en ella las previsiones que atañen al destino y administración de los bienes, aun cuando esto se ha hecho común en la manera en que en el Derecho comparado normas homologas regulan la materia. Como parte de la evolución legislativa que en los últimos tiempos ha tenido Argentina en este orden, se dictó la Ley 26742/2011, conocida como ley de muerte digna en cuyo artículo 11 que en esencia reproduce el contenido de la ley 26529 en cuanto a las directivas anticipadas, eso

⁴⁷ *dem*, p.

⁴⁸ CROVI, Luis Daniel, “Las directivas anticipadas en el Proyecto”, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (Argentina), año 4, No. 6, julio, 2012, p. 333.

sí, dispone estrictos requerimientos en materia de forma, de interés en esta ocasión, al exigir que las directivas puedan instrumentarse por escritura pública ante notario y dos testigos (¿?), o ante un juzgado de primera instancia, lo cual a mi parecer resulta sumamente loable y atinado, dada la trascendencia que el acto reporta para la salud y la integridad física de su autor y las garantías que dicha cobertura formal ofrece⁴⁹.

El 25 de noviembre de 2010 se sancionó la Ley 26657 de salud mental que en esencia mantiene la coexistencia de los regímenes de incapacitación por demencia, previsto en los artículos 140 y 141 del Código Civil, con el de inhabilitación del artículo 152 *bis*, si bien se exige la especificación de las *“funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía sea la menor posible”*. Para el primero, con reemplazo de la voluntad de la persona involucrada y con control judicial; para el segundo, con acompañamiento (supervisión) por el curador y sin control

⁴⁹ No obstante, algunos autores dentro de la doctrina argentina parecen disentir en este orden. Criterios que no comparto. CROVI, con apoyo en doctrina precedente, considera que la exigencia de tal formalidad atentaría contra el carácter pragmático con el que han nacido las directivas (hay que recordar ciertamente su origen anglosajón). Prefiere que éstas se registren en la historia clínica del paciente, aun manteniéndose el requisito de los dos testigos, con la firma del médico actuante. ROITMAN, citado por CROVI, defiende la tesis de que “la mera posibilidad de formular directivas médicas anticipadas frente a un escribano, aseguran la identidad del declarante, más no garantiza su pleno conocimiento de las consecuencias que su decisión supone” (nota 10), con lo que se demuestra cierto desconocimiento del ejercicio de la función notarial, pues la garantía de la intervención del notario no se limita al juicio de identidad, además de resultar paradójico que se alegue que con la autorización en sede notarial, no se garantice el pleno conocimiento de los efectos del acto, pues precisamente el asesoramiento del notario se dirige a lograr que la voluntad del declarante sea informada, libre de toda presión externa, y con conocimiento de los efectos que se buscan esa declaración de voluntad, ya que como dijera GONZÁLEZ PALOMINO, en Derecho lo que importan son los efectos, y lo demás es pura literatura. *Vid.*, CROVI, L. D., “Las directivas anticipadas...”, *cit.*, p. 334.

judicial, aspectos, estos últimos, en que no modifica los regímenes precedentes.

La Argentina está hoy inmersa en la recodificación de su Derecho civil y comercial. En efecto, con media sanción, el proyecto unificado de Código Civil y Comercial de la Nación apuesta por ser la pieza legal de más calado técnico, dada la orfebrería jurídica de su construcción, de toda Latinoamérica, a pesar de la fuerte crítica de la que ha sido objeto⁵⁰. Desde que en el 2012 fuera presentado el proyecto reformativo del vigente Código Civil, de la mano de los doctores y prestigiosos profesores y académicos Luis Ricardo LORENZETTI (Presidente de la Corte Suprema de la Nación), Elena HIGHTON DE NOLASCO y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, ha sido objeto de una aguda y pertinaz crítica, que apunta hacia todos los flancos, entre los cuales el Derecho de personas y el de familia se suman los palmarés de ser los más criticados. Aún así, y para ser justo, el proyecto recoge, como ningún otro cuerpo normativo, los principios esenciales de la Convención, y el compromiso internacional que ha supuesto para cualquier Estado que la haya ratificado, entre ellos la Argentina⁵¹. Los codificadores han dejado claro en los fundamentos, o exposición de motivos del Código Civil, que en materia de capacidad de ejercicio *“Las modificaciones importantes se producen (...), a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la*

⁵⁰ Es interesante consultar todos los artículos publicados en los últimos tres años en la *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Editorial La Ley, concretamente los que se incluyeron en la edición especial, dedicada al análisis del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, año 4, No. 06, julio de 2012.

⁵¹ Argentina firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 2 de septiembre de 2008.

Convención Internacional de las personas con discapacidad. De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como 'edad y grado de madurez', la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. En este contexto, se incorpora 'el adolescente' y se elimina la categoría de menor adulto o púber, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad. También se mantiene la noción de incapacidad, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas. Esta última posición ha sido muy criticada, pues se aduce que se contrapone al espíritu del artículo 12 de la Convención. En definitiva, a pesar de los grises que pueda tener el Proyecto, como arguye OLMO, "No podemos dejar de reconocer algunos avances (...), en su intento de aggiornar el régimen actualmente vigente (...) en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de curatela, como (...): receptar expresamente los sistemas de apoyos para la toma de decisiones, establecidos judicial y extrajudicialmente; prever garantías del procedimiento aplicables a todo el territorio argentino (...); la inclusión del propio interesado en la nómina de legitimados para iniciar el proceso y su participación activa en el mismo con la debida asistencia jurídica, reconociéndole su calidad de parte, y la inmediatez con el juez interviniente; permitir la pluralidad de ejercicio de la función de la curatela y de los demás sistemas de apoyos; la posibilidad de anticipar directivas; prescribir reglas generales para la procedencia de internaciones que no cuenten con el consentimiento de las personas, entre otros" "El proyecto constituye (...) un avance significativo (...) al permitir expresamente la limitación parcial de la capacidad como así

también (...) la obligatoriedad de la revisión periódica de las sentencias a los efectos de garantizar la evaluación constante de este grupo vulnerable de las personas”⁵².

Aun sin que haya sido sancionado el nuevo Código Civil de la nación, la jurisprudencia ha desempeñado un papel significativo en la aplicación e interpretación de la Convención, y en la manera en que se pueden aplicar sus principios⁵³, sin desbordar los estrechos márgenes

⁵² GIOVANNETTI, Patricia S., y Eduardo G. ROVEDA, “La inhabilitación por prodigalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, No. 06, julio de 2012, p. 368.

⁵³ Entre los fallos más recientes cabe citar, entre otros, la Sentencia de 11 de septiembre de 2013, recaída en el expediente No. 50.812/2000 - R. 625.608 – “S. M. T. s/Insania” – CNCIV – SALA B – , publicado en elDial.com, AA857D, el 17 de marzo de 2014, consultado el 17 de abril de 2014, en cuyas valoraciones jurídicas y fallo se deja dicho que:

“...teniendo en cuenta que han existido elementos que permitirían poner en tela de juicio la idoneidad de la hermana en el desempeño de su rol de curadora y sin perjuicio de las atendibles razones expuestas por la Curadora Oficial en su memorial, consideramos adecuado dejar de lado en la especie las cuestiones formales vinculadas con la asignación de funciones dentro del Ministerio Público y, en orden a lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, convalidar en esta instancia la designación de la ‘administradora de apoyo’. En tal virtud, se explicita que se le asigna como función esencial realizar un relevamiento de información preciso acerca del manejo patrimonial del haber previsional de la paciente, su monto, su gestión y su destino; así como también gestionar (sea junto con la curadora o autónomamente, según resulte factible o apropiado) la mejor forma para que sea integralmente invertido para una mayor atención y cuidado de M. T. ”...la Curadora Oficial (como administradora de apoyo) deberá acompañar y guiar – en la medida de lo posible– al grupo familiar de la causante, quien cuenta con cinco hermanos (dos mujeres, entre las que está la curadora, y tres varones, de quienes prácticamente nada se sabe), en pos de lograr que aquélla asuma una mayor presencia y cercanía con la realidad de vida complicada y aislada de afectos que padece M. T. (repárese que ésta sufre de sordera y ceguera, que se suman a su padecimiento psiquiátrico). ”Se revoca y se deja sin efecto el punto de la sentencia que declara que M. T. ‘no conserva sus derechos activos’; y ello debe ser así porque, de lo contrario, se generaría una incompatibilidad notoria con el art. 103 del Código Civil; sobre todo porque resulta inconcebible decretar la muerte civil de la causante. En idéntica línea, y debido a lo confuso y eventual perjuicio que pueden causar las interpretaciones posibles de los términos empleados, déjase también sin efecto la expresión ‘no puede llevar a cabo actos personalísimos y aquellos de la vida diaria...’.”

En materia de directivas anticipadas relacionadas con la salud es dable citar la Sentencia de 25 de julio de 2005 del Juzgado en lo Criminal y Correccional, No. 1, de Transición, de Mar del Plata. Se trata de un caso en que el cónyuge de una persona que padece una grave, progresiva e irreversible enfermedad, inició una acción de amparo tendiente que, en el futuro, se respeten

que ofrece la actual legislación vigente. No menos trascendente ha sido la labor de los notarios, tanto por el valor de sus tesis en el desarrollo académico del tema y en las propias reformas del Código Civil y de otras leyes previas, como en la protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad con el otorgamiento de directivas anticipadas u otros actos autorreferentes, como en su propia publicidad, a cuyo cargo se encuentran los registros de actos de autoprotección.

3. Los cambios de paradigmas que la Convención impone en el ámbito competencial del notario

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad supone uno de los retos más interesantes que en los últimos tiempos el notariado ha tenido que enfrentar. Conforme con los dictados habituales de los códigos civiles y familiares las personas judicialmente incapacitadas le resultaban ajenas, como personas en sí, al notario. El tutor, como sustituto de la toma de decisiones de dichas personas, concurre por representación en los instrumentos públicos. Empero, hoy

las directivas anticipadas o actos de autoprotección emanadas de la paciente, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia, es decir, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción entablada, nombrando al cónyuge de la mujer y a su hermana como representantes para el cumplimiento de la voluntad libremente expresada. El tribunal dispuso a tal efecto que *“Es procedente la acción de amparo deducida con el fin de que sean respetadas en el futuro las directivas anticipadas emanadas de una paciente que padece una irreversible enfermedad—actos de autoprotección—, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia—en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo—, pues, tratándose de una conducta autorreferente, las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales”*.

la Convención propicia y compromete a los Estados partes a ajustar sus ordenamientos internos a los pilares que ella sustenta. Pero estos ordenamientos internos no se limitan a los códigos civiles y familiares, sino compete además a los de naturaleza procesal y notarial, entre otros. En ocasiones los esquemas mentales de los notarios suelen ser rígidos, poco dados a recepcionar el vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías, las ciencias médicas y la propia evolución del pensamiento humano. El notario ha de ser un sostén de primer grado en el desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad. Y en tal sentido se requiere una educación en el notariado hacia lo interno que va desde el lenguaje hasta la manera de precautelar los derechos de las personas con discapacidad. En esta idea, no obstante enfatizo en el temor que pudiera provocar el efecto contraproducente de la interpretación de los principios de la Convención, que nos llevara a confundir igualdad de oportunidades con un falso igualitarismo.

No se trata de diseñar un mundo utópico en el que las personas con discapacidad, cualquiera sean estas, puedan desarrollar idénticas potencialidades que las personas que no tienen tales discapacidades, las diferencias en muchos casos existen y seguirán existiendo. De lo que se trata es de brindarles oportunidades para que puedan ejercitar *per se* sus propios derechos, hasta los límites permisibles, o sea, hasta lo que un tribunal o juez han previsto en cada momento, con la innegable ayuda que los apoyos y salvaguardias que la Convención sugiere, puedan brindar. No pretendo con estas ideas dar recetas para cada ordenamiento jurídico, creo que el propio devenir en la aplicación e interpretación de la

Convención nos dirá la última palabra. El notariado, mientras tanto, tiene que acomodar sus conceptos, instituciones, definiciones, y su manera de realización profesional a esta sociedad plural que reclama de nuestro ingenio. Tiene que estar convencido para poder convencer. Siglos de enclaustramiento de las personas con discapacidad en sede instrumental, pesan y mucho a la hora de autorizar un instrumento público en el que ellas se conviertan en protagonistas de sus propios actos y negocios. La audiencia notarial cada día tendrá mayor significado por lo que la intermediación notario-cliente con discapacidad supone. No me refiero a la intermediación como principio instrumental, aludo a la necesidad de humanizar al notario, que en los últimos tiempos en algunas ciudades importantes, con el avance de la informática se ha ido “robotizando”. La concurrencia de personas con discapacidad como comparecientes *per se*, cambia el chip con el que el notariado ha evolucionado como institución jurídica. Se trata de un cambio de modelo o paradigma en el que la persona con discapacidad, aun sea intelectual o psicosocial se convierte en cliente, dejando de ser *res nullius*.

3.1. El consejo y el asesoramiento a las personas con discapacidad, con especial referencia, a la discapacidad intelectual y a la psíquica

Los que desconocen la esencia de la función notarial, creen que los notarios nos limitamos a autorizar documentos públicos. Hay quienes incluso —con ignorancia supina—, nos califican de tramitadores, negando así la consistencia profesional de la labor notarial. Como diría

CARNELUTTI, el notario “no es sólo un consultor jurídico, sino, el más alto grado, un consultor moral”⁵⁴. Como consultor que es, le compete la labor de asesoramiento y la de consejo, la primera sobre la base de sus conocimientos científicos, su pericia profesional, su dominio del Derecho positivo, de la doctrina, de la jurisprudencia. La segunda, como hombre o mujer de experiencia, como ser humano que ha vivido y sabe transmitirla. Al decir de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y ROAN MARTÍNEZ, “el Notario no solo tiene que asesorar, sino que en la mayoría de los casos debe dar su consejo cuando se le pida. El asesoramiento es más frío que el consejo, el consejo trata de comprometerse en la decisión de las partes. El asesoramiento parece tener un gran fondo técnico; el consejo, sin despreciar aquél, tiene una extraordinaria carga vital, humana. Por eso el asesoramiento del Notario es sobre asuntos con fondo jurídico técnico; en cambio, el consejo puede tener este fondo o el más vario contenido” (...) “El asesoramiento se pide al notario como tal Notario; el consejo, al Notario y al hombre que está detrás de él”⁵⁵. Una parte importante de los consultas que hoy día solventa el notario tiene como trasfondo una situación vinculada con la dependencia o la discapacidad, ya se trate de proteger a título de legitimario a una persona con discapacidad, o de disponer a su favor un inmueble a título de liberalidad *inter vivos*, o constituir un fideicomiso. Igualmente, la actuación del notario se

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco, “La figura jurídica del notariado”, en *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, No. 1, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo, Gaceta Notarial, Lima, 2011, p. 149.

⁵⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y José ROÁN MARTÍNEZ, “La formación y selección del notario”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Colegios Notariales de España, Junta de decanos, año XV, número LXI-LXII, julio-diciembre, 1968, p. 163.

desenvuelve en gran medida con personas de edades propectas. Y aunque la senectud no lleva consigo necesariamente la discapacidad, no puede perderse de vista que con la edad, las personas adquieren ciertas discapacidades, ya sean mentales o psíquicas, o físico-motoras y también sensoriales (pues la sordera o la pérdida de visión suelen estar asociadas con la edad). Quien testa, piensa en las personas con discapacidad que dependen económicamente de él y a las que les quiere dotar de herramientas patrimoniales que les permitan hacer frente a sus más apremiantes necesidades. Compete al notario dar a las personas los utensilios jurídicos más útiles para responder con ello a sus múltiples interrogantes: así, la planificación hereditaria, la empresa familiar, las hipotecas, los préstamos, y de igual manera los actos autorreferentes que van ocupando un lugar significativo en la labor notarial.

El notario está acostumbrado a dar asesoramiento a personas con pleno ejercicio de la capacidad jurídica, pues suelen ser estas sus clientes, en tanto futuros comparecientes de los instrumentos públicos que autoriza. Empero, la Convención de los derechos de las personas con discapacidad conlleva a la necesidad de dar una orientación sistemática y personalizada a aquellas personas con capacidades diferentes pero con iguales necesidades de dar cobertura jurídica y soporte formal a los disímiles actos y negocios jurídicos en los que intervienen. El notario tendrá que saberse comunicar con la persona con discapacidad para calar su voluntad, para determinar lo que realmente quiere, en algunas ocasiones acudiendo a los intérpretes en el lenguaje de señas que pueden servir de apoyo, pero sin que se cercene o se minimice en grado

alguno la autodeterminación de cada sujeto. Hay que ser un verdadero intérprete, y no me refiero en el sentido de ser conocedor del lenguaje de señas, sino en el sentido carneluttiano, o sea, el notario como nuncio o portavoz de una voluntad, intermediario, que permite traducir los conceptos jurídicos. Hay que indagar hasta la saciedad, en la búsqueda de la voluntad del sujeto, solo así el acto o negocio será válido. Compete al notario un asesoramiento técnico, graduado, traducido al nivel de entendimiento de cada compareciente, según su grado de discapacidad, extremo para el cual aún no estamos suficientemente preparados. Las discapacidades intelectuales y psíquicas conllevan un inusitado abanico de posibilidades que deben ser resueltas con minuciosa profesionalidad. Aún más, cuando de consejo se trata, el notario se compromete con la solución que propone.

El notariado debe entonces asumir la responsabilidad que el consejo lleva ante los reclamos de las personas con discapacidad. Estas encontrarán en el notario, el médico del Derecho, pero un médico especializado en una medicina preventiva, un profesional que les garantice salud, con una visión previsoras en el ejercicio de sus derechos subjetivos. El Derecho notarial es un Derecho profiláctico, un Derecho eminentemente preventivo y deberá seguir apostando en este orden.

3.2. El juicio notarial de capacidad según el dictado de la Convención

No existe un criterio unánime en la doctrina sobre el llamado juicio de capacidad y lo digo con toda intención. No todos los autores

están contestes con el *nomen* que a esta aseveración notarial se le debe atribuir. Si bien unos prefieren llamarle calificación notarial. Otros, por el contrario, parten de la tesis de que estamos frente a un juicio propiamente dicho, es decir, a una afirmación o negación del notario dotada de una fuerte presunción *iuris tantum*, o sea, susceptible de rebatirse o destruirse a través del proceso judicial adecuado, con la aportación de las pruebas destinadas a tal fin⁵⁶. Según TORRES ESCAMEZ “... es la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen las condiciones personales de aptitud e idoneidad con arreglo a la Ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales”⁵⁷. Se trata, como expresa GIMÉNEZ-ARNAU de “... un acto o juicio personal que no pertenece al *juxta verum dictum* de la fe pública, sino más bien, al principio de legalidad; *juxta legem actum*”⁵⁸.

Se requiere como un *prius* lógico que los actos y negocios jurídicos sean el resultado de declaraciones de voluntad que se exteriorizan por

⁵⁶ El Tribunal Supremo español en su Sentencia de 21 de marzo de 1972 ha dejado dicho que: “La fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice siempre por signos perceptibles por el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos suelen ser precisos conocimientos científicos propios del psiquiatra, y así la afirmación por el fedatario de que, a su juicio, es capaz el compareciente ante él, constituye una presunción ‘iuris tantum’ de exactitud, que los Tribunales pueden y deben revisar mediante prueba suficiente en contrario”.

⁵⁷ TORRES ESCAMEZ, Salvador, “Un estudio sobre el juicio de capacidad”, en *Revista jurídica del notariado*, No. 34, Madrid, 2000, pp. 211-212.

⁵⁸ GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 530.

personas que conocen los efectos de dicho acto o negocio, que saben discernir sobre lo que quieren, que en buen castizo están en su cabal juicio, lo cual no es sinónimo –como suele acontecer en el quehacer notarial–, que no tienen la más mínima discapacidad intelectual o psíquica⁵⁹. No solo se requiere capacidad jurídica, sino su dimensión dinámica, su potencialidad para ejercitar *per se* los derechos, lo cual en doctrina se le ha dado el nombre de capacidad de obrar, capacidad de ejercicio o ejercicio de la capacidad jurídica. Pero cuando ese acto o negocio se instrumenta por notario, la sola intervención de éste para la autorización del documento, le dota de certidumbre y de autenticidad a su contenido. Tal certidumbre, implica, ante todo, que el notario se ha cerciorado del discernimiento de los comparecientes, al menos ha apreciado en ellos capacidad de querer y entender lo que pretenden concertar. Como se ha dicho con acierto, la trascendencia del juicio de capacidad “radica en que ésta es el soporte del consentimiento, quien, a su vez, constituye la esencia del negocio jurídico”⁶⁰.

El notario no es un perito, pero debe saber aplicar las máximas de la experiencia cuando aprecia esa capacidad volitiva de los sujetos,

⁵⁹ Es oportuno acotar que la apreciación de la capacidad del otorgante –según expresa RODRÍGUEZ ADRADOS, fue considerada históricamente ajena a la función notarial, ello a partir de la concepción puramente sensorial tenida sobre ésta. El juicio de capacidad no tenía por qué expresarse en el documento conforme con la Ley del Notariado, ni tampoco según sus reglamentos, hasta el de 1921, solo lo reconoció el Código Civil español de 1889 en materia de testamentos, al llevarse a ley lo que ya venía reconocido en dos instrucciones, una de 1861 y otra de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro. *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El documento en el Código Civil”, en *Escritos jurídicos*, tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 37-42.

⁶⁰ *Vid.* TORRES ESCAMEZ, Salvador, “Un estudio sobre el juicio de capacidad”, en *Revista jurídica del notariado*, No. 34, Madrid, 2000, p. 215.

que le permite autorizar el instrumento público. El juicio de capacidad notarial actúa como la caja negra de un avión, es el sello indeleble en el que se sustenta la manifestación de voluntad o consentimiento, en tanto sin discernimiento, ni voluntad, no puede existir acto o negocio jurídico alguno. Solo las personas capaces pueden protagonizar un acto jurídico, y reitero hablo de personas capaces o competentes, con independencia del grado de capacidad o de competencia del sujeto, en todo caso, este será decisivo para la autorización de cada instrumento público, pero compete al notario su apreciación *ad hoc*. Y tal es el sentido de la Convención cuando protege y eleva al rango de derecho humano, el derecho a la capacidad jurídica. Para la Convención el derecho a la capacidad jurídica, no distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Se es persona, se tiene personalidad jurídica y en consecuencia, capacidad jurídica, la cual en su faz dinámica, puede excepcionalmente limitarse, restringirse, pero tal limitación no le impide al sujeto explotar sus facultades y potencialidades y apoyarse en terceros, incluido los curadores para que les asistan en el ejercicio de tales derechos. Más discutido resulta, si es dable aun en casos extremos, la posibilidad de la representación.

No hay reglas preestablecidas sobre el juicio de capacidad. Como expresa GÓMEZ TABOADA el notario no tiene herramientas especializadas para dar el juicio de capacidad, solo dispone “En principio, con su sentido común y con su experiencia –tanto personal como profesional”⁶¹.

⁶¹ GÓMEZ TABOADA, Jesús, “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007, p 334.

Para BALLARÍN MARCIAL “El examen por el Notario, mediante una conversación de cierta envergadura con el interesado, bastará en la mayoría de los casos para cerciorarse de que sabe lo que va a firmar y conoce sus consecuencias jurídicas y prácticas, que es (...) como debe medirse la capacidad”⁶².

Apunta MARTÍNEZ DÍE que “En definitiva, el juicio notarial de capacidad debe sujetarse a los principios de inmediación, de legalidad y de responsabilidad, que permitan construir los cimientos sobre los que deben sustentarse cuantos análisis se hagan sobre esta materia”⁶³. “El juicio de capacidad –al decir de CAVALLÉ CRUZ–, es el resultado del diálogo y atención personalizada del notario con el otorgante, siendo el norte de su actuación el respeto y defensa de los derechos de las personas”⁶⁴. Ciertamente el juicio de capacidad no puede establecerse sobre la base de un procedimiento rígido y formal, pudiera el notario aplicar un test psicológico o psiquiátrico a los comparecientes, pero no creo que ganaría mucho con ello. Coincido con LLORENS en que “Ni desde la moral ni desde el derecho resulta una obligación del notario el negarse a autorizar el acto ante la más mínima duda, sino sólo ante la comprobación de trascendentes alteraciones intelectuales del otorgante. Lo contrario importaría una incriminación a la persona, inaceptable,

⁶² Vid. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, “Naturaleza y clases de ‘juicios’ del notario”, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tomo XXXV, Madrid, 1996, p. 532.

⁶³ Vid. MARTÍNEZ DIE, Rafael, “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, en *La Notaría*, No. 2, mayo 2002, p. 65.

⁶⁴ Vid. CAVALLÉ CRUZ, Alfonso, *El notario como garante de los derechos de las personas*, Jurista editores, Lima, 2012, p. 415.

injustificada y violatoria, entre otras normas, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”⁶⁵.

El Derecho notarial se informa como uno de sus principios medulares de la intermediación. No se concibe que el notario pueda dar un juicio de capacidad de alguien que no tiene frente a sí. Se hace imprescindible que como el médico que ausculta al paciente, el notario indague y explore la voluntad de quien concurre ante él, que determine si realmente puede exteriorizar esa voluntad, libre y de manera espontánea, ajustándola a las verdaderas intenciones del sujeto, sobre la base de la presunción general de capacidad, en el entendido de que toda persona tiene pleno ejercicio de la capacidad jurídica. Y si no lo tiene, compete al notario determinar el alcance de las facultades que puede ejercitar, el grado de autonomía, las preferencias, las prioridades. Puede que una persona tenga ciertas discapacidades intelectuales que no le permitan constituir una sociedad anónima, ni una fundación, ni un préstamo hipotecario, pero pueda expresar su voluntad en un acto relativo a su propia persona, en decidir si quiere viajar al exterior, si quiere cambiar de domicilio, si desea internarse en un establecimiento asistencial, o expresar sus preferencias sobre la persona que quiere que le cuide o le asista, o que administre su patrimonio. Esta persona quizás no pueda ser compareciente en una escritura pública constitutiva de una sociedad anónima, pero sí en una escritura pública de autotutela o autocuratela.

⁶⁵ LLORENS, Luis R., “El notario ante la persona dis-discerniente”, ponencia presentada en la XIV Jornada notarial iberoamericana, celebrada en junio de 2010, en República Dominicana (cortesía del autor).

De ahí, por qué discrepo de la manera en la que los ordenamientos jurídicos regulan este acto de autoprotección, en el que impiden que una persona, con apoyos, o asistencia (incluida la curatela en el sentido en que se regula en el Código Civil español) pueda expresar la voluntad en tal sentido.

Competerá al notario determinar en cada caso el grado de discernimiento que tiene la persona, sobre la base, eso sí, de lo dispuesto en sede judicial. En todo caso, si a juicio del notario, a pesar de la restricción impuesta por el tribunal o juez para un acto en concreto, la persona con discapacidad sabe y entiende lo que quiere relativo a ese acto en cuestión, nada le priva en su labor de asesoramiento sugerir lo que la Convención establece en el apartado 4º del artículo 12, o sea, que se revise la medida de apoyo dispuesta, y el grado de restricción del ejercicio de la capacidad, a tono con las nuevas circunstancias y en proporción al estadio de la enfermedad psíquica. Si en la resolución judicial nada se ha dispuesto sobre el acto concreto que pretende concertar la persona con discapacidad, es dable entonces en virtud del principio *pro capacitate*, la autorización del documento público. Se trata de un juicio de capacidad flexible, que se adapte al nivel de discernimiento del sujeto. Hoy por hoy, no podemos negar que cuando autorizamos un documento público y volcamos al lenguaje jurídico la voluntad de una persona, que no tenga restricción alguna en el ejercicio de su capacidad jurídica, pero que su nivel de instrucción, no se lo permita, como notarios debemos traducirle esa voluntad, descendiendo del cielo de los conceptos como diría en su visión espectral IHERING, al terreno de las palabras ordinarias con

el significado que en el lenguaje común ellas tienen⁶⁶. Solo así podrá entender el sujeto, en su condición de compareciente, los términos en los que han quedado redactadas las estipulaciones o disposiciones. Si ello acontece con el más común de los humanos, por qué entonces el notario no tendría que hacer lo mismo cuando a sus despachos concurren, en calidad de comparecientes, personas con diversas capacidades, titulares todas de la capacidad jurídica, a tono con el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas.

3.3. La comparecencia en el instrumento público de quienes apoyen o asistan a la persona con discapacidad: ni por sí, ni por representación

Los ordenamientos jurídicos notariales, inspirados en el español, han resumido el carácter con el que se comparece o se interviene en el instrumento público (se ha utilizado indistintamente) en dos: por sí y por representación.

Desde hace más de un siglo SANCHO-TELLO Y BURGUETE al estudiar la estructura del documento público simplificaba esta, en la comparecencia por sí, cuando se hace coincidir al sujeto del derecho material, parte del

⁶⁶ Como apunta GATTARI, referente al lenguaje y la terminología en los documentos públicos notariales: “se debe usar de los términos que corresponden al lenguaje medio, o sea de un entorno de relativa cultura, lo cual no prohíbe las estrictamente científicas, que en una sola expresión fijan más correctamente lo buscado. Allí es donde se ve al buen notario. Tiene toda la audiencia para desentrañar y explicar palabras y significados a las partes, en la medida en que éstas puedan desconocerlas o interpretarlas incorrectamente, lo cual no es sólo señal de respeto hacia aquéllas, sino que integra el deber de asesoramiento funcional y de docencia profesional”. *Vid.* GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 89.

acto o del negocio, con el compareciente del instrumento, o cuando se actuaba a nombre e interés de otro (comparecencia por representación), en el que se incluyen los supuestos de representación legal y voluntaria⁶⁷. Poco original ha sido el tratamiento de la figura por la doctrina científica que le sucediera. Entre los notarialistas de nuestro continente, la fórmula binaria por sí-por representación no ha fallado⁶⁸. La doctrina se ha hecho eco de las normas jurídicas vigentes que solo regulan supuestos de comparecencia por sí, o por representación, esta última en los casos de representación voluntaria, legal y orgánica.

Esta posición dual que se enseña al dedillo en las universidades, hoy con los reflejos de la Convención queda pasada de moda. A fin de

⁶⁷ SANCHO-TELLO Y BURGUETE, Vicente, *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900, pp. 141-142. Incluso dedica el capítulo IV, del Título primero, de la Parte segunda de su obra al estudio de lo que da en llamar “Del derecho de representación en los instrumentos públicos”, dedicado con exclusividad a los distintos supuestos de representación legal y voluntaria en el documento público notarial.

⁶⁸ *Vid.* entre otros, los textos de URRUTIA DE BASORA, Cándida Rosa y Luis Mariano NEGRÓN PORTILLO, *Curso de Derecho Notarial puertorriqueño*, 3ª edición, ediciones Situm, s.l., 2002, pp. 391-394, Villarroel Claire, Ramiro, *Fundamentos de Derecho notarial y registral inmobiliario*, 1ª edición, Librería Jurídica “Omeba”, Cochabamba, 2005, pp. 127-130; Román G., Ramón, *Lecciones de Derecho Notarial II*, Editorial La Universal, Managua, 2002, pp. 65-72, Verdejo Reyes, Pedro C., *Derecho Notarial, Pueblo y Educación*, La Habana, 1988, pp. 80-87, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, “Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el cubano”, en *Derecho Notarial*, tomo II, bajo la coordinación de ambos, Félix Varela, La Habana, 2007, p. 239 y CHIKOC BARREDA, Naiví, “La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria)”, en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 286-321. También puede colegirse de los estudios de GATTARI, C. N., *Manual de...*, *cit.*, pp. 79-88 y de GONZALES BARRÓN, Gunther, *Introducción al Derecho notarial y registral*, 2ª edición, Jurista editores, Lima 2008, pp. 642-643. Por su parte, PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 7ª edición, Porrúa, México, 1995, hace alusión a la distinción entre representación y asistencia, con cita de BONNECASE, pero se limita a su aspecto sustantivo sin sustentarlo en el ámbito instrumental.

cuentas no siempre se actúa por sí o por representación, póngase el ejemplo del gestor oficioso, que aunque lo hace por sí, de comparecer a un instrumento público en tal carácter, o sea, el de gestor, debe dejar esclarecido su particular comparecencia en interés del *dominus*, a los fines de la ratificación ulterior de éste. Pero los términos de la Convención son otros. En la medida en que se hable de apoyos, contactos, asistencia, administración, los conceptos serán diferentes. Todo el que concurra como asistente, guardador, consejero, comparece también en el instrumento, ha de ser identificado, y será tan compareciente como el autor del negocio o acto jurídico, pues su presencia es requisito de validez del acto o negocio jurídico, así se haya dispuesto en la sentencia. Esta asistencia, si bien complementa el ejercicio de la capacidad jurídica, es un presupuesto del negocio o acto. Quien comparece por sí, en razón de su discapacidad, esencialmente intelectual o psíquica, requiere del curador, asistente, consejero, estos también expresan una declaración de voluntad que requerirá ser vertida en el instrumento, ya lo hagan en el mismo instrumento público en el que compareció la persona con discapacidad, o lo hagan en uno ulterior al solo fin de expresar su aquiescencia con el acto o negocio que se pretende instrumentar. Funciona esa aquiescencia, a la manera de una ratificación. Recordemos que estamos en sede de asistencia, no de representación. Y quien asiste a la persona con discapacidad actúa como colaborador, pero colaborador necesario, de modo que la voluntad negocial de una de las partes se constituye con la declaración de voluntad del sujeto de derecho en esa concreta relación jurídica, aún tenga una capacidad diferente en razón

de su discapacidad, y la del asistente o curador. Como expresa en la doctrina española TAMAYO CLARES, cuando se refiere a la comparecencia de quienes como los curadores, concurren a complementar el ejercicio de la capacidad jurídica “en las escrituras se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que comparezcan al efecto de completar la capacidad”⁶⁹. Competerá al notario exigir en todo caso el testimonio o copia de la resolución judicial en la que se habrá dispuesto tal medida de apoyo o complemento, con nivel de actualización, e indagar, a los efectos de calibrar si el acto, con independencia del criterio favorable del consejero, asistente o curador, resulta realmente favorable para la persona con discapacidad. Debe el notario determinar el grado de autonomía que para ese acto en concreto tiene la persona, de modo que esté a buen resguardo lo previsto en el apartado 4º del artículo 12 de la Convención, de que *“las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida”*.

3.4. Concurrencia de los testigos de asistencia como apoyos de los comparecientes con ciertas discapacidades sensoriales y físico-motoras

Esta modalidad de testigos ha sido la que con más vehemencia se ha defendido entre los doctrinantes del Derecho Notarial. Ello motivado en buena medida en la función auxiliar que desempeñan los testigos

⁶⁹ Vid. TAMAYO CLARES, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, p. 98.

asistenciales en el acto de autorización de cualquier documento público, máxime hoy día, con las amplias y cada vez mayores posibilidades que se le ofrecen a las personas con discapacidades sensoriales y físico-motoras⁷⁰.

Deben su nombre a su concurrencia al instrumento público por solicitud expresa del compareciente, que pide o ruega porque le auxilien en el acto mismo de autorización del documento por el notario. Son ellos las manos de las que no puede disponer el compareciente en el acto de autorización del documento, o de otorgamiento o aquiescencia, según se trate de escrituras o actas, respectivamente⁷¹.

⁷⁰ Reconocidos por la mayoría de las legislaciones notariales. Así, *v.gr.* el Estatuto Registral y Notarial colombiano que los regula en su artículo 69, el Código Notarial de Costa Rica en su artículo 111, primer párrafo, la Ley Notarial de Puerto Rico los prevé en los artículos 21 y 25, si bien en este último artículo, se les nombra testigos instrumentales, firmantes a ruego. La Ley del Notariado del Perú los regula en su artículo 54, inciso g), aun cuando no les nombra como testigo, sino simplemente les identifica como “*persona, llevada por el compareciente*”. La Ley del Notariado de República Dominicana los refrenda en su artículo 31, segundo párrafo *in fine* y 57 y les llama “*testigos aptos*”. La Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al tildarlos de “*persona a ruego*”, también les reconoce en su artículo 79, inciso c), de la cual dará fe de conocimiento el notario autorizante. Incluso el Reglamento de dicha Ley, que le llama “*firmante a ruego*” en su artículo 54 *in fine*, llega a admitir que éste sea “*el otro de los comparecientes si sus intereses no se contraponen con los del rogante*”. El Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español en su artículo 195 también les regula, pero utiliza la disyuntiva de que firme “*por el que no lo haga la persona que él designe para ello o un testigo*”, de ese modo, pareciere que el primero no es testigo. Asimismo el Código de Notariado de Guatemala en su artículo 29, apartado 12, al nombrarle simplemente “*testigo*”, pero con la peculiaridad de que “*si fuere varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho*”.

⁷¹ Su intervención está regulada en el Derecho cubano en los artículos 35, tercer párrafo, 37 y 38 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales y en el artículo 491 del Código Civil, en sede de testamentos notariales de personas con discapacidades sensoriales. Sin bien aclaro que el autor del Reglamento en el artículo 37, primer párrafo, no se refiere expresamente a testigos, sino a “*persona de su elección*”, a diferencia del segundo párrafo, en que sí les nombra como tal, o sea,

EL NOTARIO ANTE LAS RECIENTES O POSIBLES REFORMAS...

El Derecho notarial, y ello no puede calificarse de novedad, devenida del artículo 12.4 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, protege de forma general aquellos supuestos en que el compareciente en un instrumento notarial se vea imposibilitado de cumplir alguna de las formalidades que el otorgamiento prevé, específicamente, la lectura del documento y la plasmación del consentimiento (escrituras) a través de la firma. En sendos casos, el legislador aporta soluciones ante tales dificultades y permite que se concreten los objetivos deseados por quien pretende otorgar o asentir el instrumento.

En el Derecho cubano, a modo de ejemplo, si el compareciente no pudiere firmar, estampará en el documento notarial las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos, y a falta de éstos, de los dedos que tuviere, para lo cual interesará de un testigo de asistencia, su firma por él, lo cual se hará constar así en el documento por el notario.

Si ello no resultara posible, o sea, si el compareciente no pudiera estampar las impresiones dactilares en el documento notarial, entonces el notario requerirá del compareciente la presencia de dos testigos, de los cuales uno, a elección del interesado, firmará a su ruego. En tal supuesto el notario expresará en el documento público la razón que impide la

cuando ni tan siquiera se le puede tomar huellas dactilares al compareciente. Más, considero, que en ambos supuestos estamos frente a un testigo de asistencia, a pesar de la distinción apuntada. En efecto, el artículo 491 del Código Civil y el artículo 37 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, prevén la posibilidad de que por impedimento del testador una persona de su elección estampe su firma (testigo de asistencia). En este supuesto, se incluyen a todos aquellos que físicamente les sea imposible ejecutar este requisito formal, independientemente de la causa que la genere y el período por el que se mantenga.

toma de dichas impresiones, sin que resulte trascendente a los efectos de la eficacia del instrumento, la exhaustiva precisión de la razón o motivo de la imposibilidad de firmar *per se*, del compareciente⁷². Tampoco puede olvidarse que ambos testigos firman el documento, lo que solo uno de ellos lo hace también a ruego del compareciente.

A diferencia de otras legislaciones⁷³, la nuestra no exige del compareciente saber o no firmar, sino que pueda o no firmar, atendiendo más a una circunstancia coyuntural, que le impide objetivamente suscribir por sí mismo el documento público, pudiera tratarse de una discapacidad temporal como puede acontecer. Es suficiente, a mi juicio, que el compareciente manifieste el no poder firmar y que estampe las huellas dactilares de los dedos pulgares, o de los que tuviere y firme el testigo

⁷² Sostiene PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 230-231, *apud* BORDA que tratándose de testamento, la exigencia legal (prevista en el artículo 3662 del Código Civil argentino) de que el escribano exprese la causa por la cual el testador no puede firmar, extensible al resto de las escrituras públicas, queda cumplida, expresando que no lo hace en razón de la imposibilidad padecida, sin que resulte indispensable determinar con precisión la enfermedad o accidente que lo inhabilita para hacerlo. Idéntica posición ha expresado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano en su *Sentencia N° 210 de 29 de marzo del 2005, primer considerando*, bajo la ponencia de BOLAÑOS GASSÓ que dispuso: “(...) *al prestar confesión judicial uno de los demandados, quien había comparecido en el otorgamiento del cuestionado testamento como testigo de ruego, admitió haber presenciado que el otorgante, para negarse a firmar el instrumento notarial, ofreció argumento diferente al que plasmó el funcionario actuante, y ese extremo ha sido cumplidamente considerado en la sentencia interpelada arribando la sala de instancia a la convicción de su absoluta irrelevancia, habida cuenta que por una u otra razón actuó el notario conforme la ley exige en tales casos (...)*”.

⁷³ Así, la Ley del Notariado del Perú que en su artículo 54, inciso g) incluye como variante, que el compareciente “*sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar*”, la Ley del Notariado de República Dominicana, en su artículo 57 al enunciar ambos supuestos, la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que igualmente en el artículo 79, inciso c), admite ambas circunstancias y de la misma manera el Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español en su artículo 180, primer párrafo, y el Código de Notariado de Guatemala en su artículo 29, apartado 12.

de asistencia, bajo la fe notarial⁷⁴. Su aquiescencia quedará expresada gráficamente, en efecto, con la impresión de dichas huellas y la solicitud de que el testigo a ruego firme, o en todo caso, si resultare imposible la toma de huellas dactilares, con la presencia de ambos testigos, y la firma de uno de ellos, a ruego del compareciente. De modo que, una impugnación ulterior del documento por el compareciente o por sus herederos, alegando que no consta su firma, a pesar de demostrarse que aquel sabía firmar y no lo hizo, devendría improcedente, en tanto ello supone la apreciación del *venire contra factum proprium*⁷⁵.

No existen reglas legales que establezcan en Cuba si el testigo de asistencia puede firmar a ruego en un mismo instrumento por más de un compareciente. En este sentido sigo el criterio de PELOSI, quien da respuesta a igual cuestionamiento en el ordenamiento notarial argentino, en el sentido de que ello debiera admitirse si todos los comparecientes a cuyo ruego firma el testigo, integran o conforman una parte en el

⁷⁴ Este ha sido el criterio sostenido por nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en dos sentencias de la misma ponente (ARREDONDO SUÁREZ) la N° 818 de 23 de septiembre del 2005 en su único considerando y la N° 826 de 26 de diciembre del 2005, igualmente en su único considerando: “... denunciada la infracción de lo establecido en los artículos dieciséis de la Ley número cincuenta, de Notarías Estatales y el treinta y siete de su Reglamento, tal vulneración no existe porque, sentado por la sentencia combatida que ante la situación impeditiva planteada la fedataria procedió conforme a la posibilidad que franquea el último de los preceptos señalados, soslaya en todo caso el inconforme la trascendencia de la intervención de tal funcionaria pública que además de hacer constar el juicio de identidad y el de capacidad redacta el instrumento conforme a la manifestación de voluntad del testador y, después de leerlo en alta voz, procede a la firma conjunta también bajo su dación de fe de haberse cumplido con todas las formalidades exigidas por la Ley, como lo fue, inequívocamente, el que se estamparan las huellas dactilares del otorgante por no poder firmar, lo que inequívocamente fuerza al rechazo del motivo examinado (...)”.

⁷⁵ Particular que no resulta nada pacífico. Así *u.gr.*, para el testamento se prescribe por el Código Civil argentino que si el testador, sabiendo firmar, dijere que no firmaba por no saber hacerlo, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a ruego por alguno de los testigos (artículo 3660). *Vid.* PELOSI, C. A., *El documento...*, *cit.*, pp. 231-233

sentido material, admitir lo contrario pudiera quebrantar gravemente principios de deontología notarial⁷⁶.

La figura del testigo de asistencia o a ruego pudiera pasar inadvertida para la doctrina, ahora que intentamos descifrar –al modo del Código da Vinci–, los enigmas del artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, en clave notarial. Hay medidas de apoyos y salvaguardias que a lo largo de la historia de las normas notariales se han establecido para propiciar la comparecencia en el instrumento público de las personas con discapacidad. Reconozco que las mayores reticencias han sido y siguen siendo en materia de discapacidades psíquicas e intelectuales, pero los testigos de asistencia son apoyos legales indiscutibles, a tono con el artículo 12, en sus apartados 3 y 4, de la citada Convención. Ellos son elegidos libremente por el compareciente, en atención a su grado de confianza y constituyen un soporte ineludible en el otorgamiento y autorización de los documentos públicos.

3.5. Concurrencia del intérprete en el lenguaje de señas como asistente o apoyo de las personas con discapacidades sensoriales en sede notarial

Según la Real Academia de la Lengua, intérprete, del latín *interpres*, -ētis es la persona que explica a otras, en lengua que entienden, lo dicho en otra que les es desconocida⁷⁷.

⁷⁶ *Vid.* PELOSI, C. A., *El documento...*, *cit.*, p. 233

⁷⁷ Consultado en <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPOBUS=3&LEMA=intérprete>, el 24 de abril del 2010.

La concurrencia del intérprete está sustentada en la imposibilidad del notario de poderse comunicar con el compareciente⁷⁸. En el entorno de mi país, el apartado segundo del artículo 50 del Código Civil brinda cobertura a toda persona con discapacidad para realizar actos jurídicos respecto de los cuales no tenga restringido el ejercicio de su capacidad jurídica. El legislador ofrece así amplias posibilidades en cuanto a la manera de realizar los actos jurídicos, y con esta norma de alcance general, deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, *v.gr.*, a través del lenguaje de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aun y cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (personas con discapacidad físico-motora) o del lenguaje oral (personas mudas). Ahora bien, esa comprensibilidad de la que habla el legislador trasciende al mundo de las personas que no tienen discapacidad, ya sea *per se*, o por el recurso del interprete (ya de un sordomudo o de un sordociego, *v.gr.*) quien tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar impeditivo a la persona con discapacidad de intervenir como cualquier otra persona en el tráfico jurídico.

El Derecho no pone cortapisas, deja la exteriorización de la declaración de voluntad, nervio central del acto jurídico, a las

⁷⁸ En ese preciso sentido, que no de la parte, no importa que la parte negocial, o parte en sentido material sepa o no el idioma en que escribe el documento público, lo que trasciende en el plano del *dictum* es que el compareciente se pueda comunicar con el notario, sea este compareciente por sí, o por representación. *Vid.* PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 210, en su crítica al Código Civil argentino.

posibilidades de actuación del sujeto, según sus potencialidades y posibilidades reales, quien elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender. Hoy que se aboga desde las políticas públicas por el acceso de personas con discapacidad a la enseñanza, el empleo de un intérprete en el lenguaje utilizado, de tratarse *v.gr.*, de sordomudos, no supondría, en principio, un esfuerzo extraordinario o una erogación adicional para el otorgante del acto. Lo que trasciende en aras de la autonomía privada es que la persona con discapacidad pueda exteriorizar su voluntad. No puedo negar que este intérprete es tratado en la legislación especial, dígase la notarial y la registral del estado civil, como un testigo “idóneo”, a ruego o de asistencia, que auxilia a la persona con discapacidad, en su condición de compareciente al instrumento público, si bien en buena técnica jurídica estamos en presencia de alguien que concurre en razón de su habilidad o pericia profesional, razón por la cual debe tener el tratamiento de perito, en calidad de intérprete, que no de testigo, calificado además de “idóneo”, pues “idónea” debe ser toda persona que concurra a un documento público notarial en calidad de testigo y de igual manera que “idónea” ha de ser toda persona que concurra en calidad de perito, cualquiera sea el objeto de su dictamen pericial. Como ha dicho la Dirección de los Registros y del Notariado de España: “A los intérpretes hay que asimilar los peritos en el lenguaje de los sordomudos, si no saben leer y escribir (...)”⁷⁹.

La presencia de intérpretes en el lenguaje de señas se hace cada vez más patente en la realidad social, no solo para actos de naturaleza jurídica, sino para facilitar la comunicación de las personas con discapacidad en

⁷⁹ *Vid.* TAMAYO CLARES, M, *Temas...*, *cit.*, p. 73.

su entorno social. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incluye en su artículo 9.2 e) atinente a la accesibilidad de las personas con discapacidad, la necesidad de que los Estados Partes adopten medidas que tiendan a la asistencia de estas personas, a través de intérpretes profesionales en el lenguaje de señas, para facilitar su acceso a edificios e instalaciones abiertas al público. Cabe llamar la atención en este sentido la posición de Nicaragua, con la aprobación de la Ley del lenguaje de señas, Ley No. 675, de 12 de febrero de 2009 y publicada en *La Gaceta*, No. 75, del 24 de abril de 2009, en cuyos artículos 5 y 6, respectivamente, se establece que: *“En todas las instituciones del Estado y en los actos oficiales públicos, de carácter nacional o local, que presidan el Presidente de la República, los Presidentes de los demás Poderes del Estado y Ministros de Estado, se garantizará por el Estado, la participación de intérpretes de lenguaje de señas para las personas con discapacidad auditiva”* y que a los efectos de la comunicación masiva, *“Los propietarios de los medios de comunicación audiovisuales, deberán utilizar intérpretes de lenguaje de señas para comunicar e informar a las personas con discapacidad auditiva”*. Y de igual manera es prioridad del Estado, la formación de intérpretes, de modo que *“... reconocerá la titulación y formación docente de intérpretes para personas con discapacidad auditiva de Nicaragua efectuadas por instituciones acreditadas a nivel nacional y por las extranjeras acreditadas por convenios internacionales que cumplan con los requisitos establecidos por el Consejo Nacional del Lenguaje de Señas Nicaragüense”*, debiendo *“... priorizar la implementación de la participación de intérpretes de lenguaje de señas para las personas con discapacidad auditiva, a las Instituciones y organismos que brindan servicios públicos y de asistencia social”*.

Por esa razón, urge la necesidad de que en las normas notariales se regule la participación de estos intérpretes, muchas veces permisible al amparo de la aplicación analógica de aquellas normas, que se refieren con exclusividad al traductor o intérprete de una lengua extranjera, pero no con especial referencia al lenguaje de señas. El intérprete se convierte en un comunicador o facilitador de la persona con discapacidad sensorial ante el notario. De ahí que ante la presencia en sede notarial de personas con discapacidades sensoriales se recabe la necesaria intermediación del notario frente al cliente que le lleva a determinar los verdaderos intereses de éste. Es necesario explorar la voluntad del compareciente. En ocasiones, incluso los intérpretes que sin dudas facilitan la comunicación, no logran derivar el sentido de las voluntades. La experiencia y pericia del notario pueden propiciar incluso la labor de los intérpretes, de modo que la voluntad exteriorizada esté ajena a cualquier apreciación errada del entorno y de la perniciosa influencia de terceros.

3.6. La firma en el instrumento público de personas con ciertas discapacidades físico-motoras. Pautas formales

En función de encauzar adecuadamente los principios de la Convención tantas veces evocada, también se requiere adaptar los moldes de los rígidos esquemas formales o procedimentales del Derecho notarial, uno de los cuales es sin duda la firma del otorgante en el documento público. La firma es el lazo que une al infrascrito con el documento en que se pone, es el nexo entre la persona y el documento. Esta no necesita ni ser nominal, ni ser legible. Como expresa RODRÍGUEZ

ADRADOS, “los documentos, en efecto, no suelen indicar mediante la firma quién es su autor (ni quiénes son las demás personas que en ellos intervienen), sino que lo hacen en su encabezamiento (*inscriptio, praescriptio*), o en el cuerpo del documento”⁸⁰. La firma tiene que ser documental y personal, o sea, ha de ser puesta en el documento por el firmante en persona. Esta idea –comenta el propio autor– suele expresarse como “manuscritura”, o sea escritura hecha por la propia mano del suscribiente, pero esta rígida formulación tiene que extender sus horizontes a cualquier “grafía” que se ponga en el documento por el firmante mismo, ya que lo que subyace en este requisito es la actuación del signante mismo en el documento, su naturaleza autógrafa, no la parte del cuerpo que emplea para firmar, de ahí que tengan el carácter de firma los trazos que identifican a una persona, así utilice la boca o los pies (en supuesto de personas con discapacidad físico-motora)⁸¹. La firma es la exteriorización de la aquiescencia, la expresión gráfica de la asunción de paternidad del negocio instrumentado. Como dijera DEL VECCHIO “constituye el punto de confluencia de la actividad negocial y de la actividad documental”.⁸²

La II Jornada Notarial de Córdoba, Argentina, celebrada en agosto de 1975 declaró que la firma “son los caracteres idiomáticos mediante los cuales en forma manuscrita, de una manera particular

⁸⁰ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “La firma electrónica”, en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 2000, p. 927.

⁸¹ *Idem*, pp. 927-928.

⁸² DEL VECCHIO, *cit. pos* RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La firma...”, *cit.*, p. 928.

y según el modo habitual, una persona se individualiza y expresa su voluntad y asentimiento en los actos sometidos a esa formalidad”⁸³. Hoy día tal definición ha de ser atemperada a los valores que la Convención propugna, pues la expresión manuscrita es discriminatoria de las personas con discapacidades físico-motoras.

Sostiene BOLÁS ALFONSO, que “... la firma tiene una doble función: como forma de identificación de la persona que la pone; y como expresión de la conformidad o aprobación del contenido del documento en que se pone”⁸⁴.

Precisamente en el otorgamiento, tras la lectura del instrumento público, las partes deben prestar su consentimiento al contenido de éste (escrituras públicas) o su aquiescencia con lo dicho y narrado por el notario (actas), lo cual el fedatario público hace constar expresamente en el instrumento y debe materializarse mediante la firma.

Esta siempre es necesaria, como expresan, tanto el artículo 35, primer párrafo, del Reglamento notarial cubano: *“Concluida la lectura, el Notario preguntará a los comparecientes, testigos y demás intervinientes, si están conformes con el contenido del documento notarial y si lo estuvieren, se procederá en el acto a su firma”* como el artículo 195.1 del Reglamento Notarial español: *“Se firmarán las escrituras matrices con arreglo al párrafo segundo del artículo 17 de la Ley, y con la presencia del número de testigos... en los casos en que sea necesaria su intervención”*.

⁸³ Según refiere PELOSI, C. A., “El documento...”, *cit.*, pp. 226-227.

⁸⁴ BOLÁS ALFONSO, Juan, “Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N° 26, octubre-diciembre, 2000, p.40.

Adpero, las normas cubanas no establecen otras pautas en el orden formal para la firma, que las contenidas en el artículo 36 del Reglamento notarial. A diferencia del Reglamento español, sumamente explícito en este sentido. En efecto, añade el artículo 196 “los que suscriban un instrumento público en cualquier concepto, lo harán firmando en la forma que habitualmente empleen”, de modo que, si se identifica al compareciente por documento de identidad, la firma a estampar en el documento ha de ser análoga a la contenida en éste. En el orden formal, también, tratándose de una firma autógrafa, debe ser estampada por sí misma por quien suscribe, y no solo como tradicionalmente se expresa “de puño y letra del interesado”⁸⁵, eso sí, en todo caso, sin poder usar estampilla. La firma debe ser indeleble, como todo el contenido del documento (vid. artículo 152 del Reglamento Notarial español). No cabe la posibilidad de que sean sustituidas por facsímiles u otras formas de reproducción. Aunque, en principio, supone la escritura peculiar de los nombres y los apellidos, ésta puede revestir diferentes modalidades como abreviaciones, síntesis, composiciones personalísimas. Como ha dicho la Resolución de la Dirección de los Registros y Notariado de España de 25 de marzo de 1908 (Ref. El Derecho 1908/1) “... por obedecer la formación de la firma á reglas, costumbres y prácticas que, aunque basadas en el estado civil del firmante, son diferentes en cada nación y en cada orden del derecho, no puede admitirse en absoluto la afirmación (...) de que cuando se habla de firma, en general, se indica la compuesta de nombre y apellido (...)”.

⁸⁵ Como he expresa en texto, si fuere así, no se entendería por firma, aquella que siendo autógrafa, se hace utilizando los pies o la boca, por personas que en razón de su discapacidad, les resulta imposible utilizar los puños, al carecer de ellos.

De cuanto vengo explicando, hay tres particulares que me parecen esenciales: primero, que la imposibilidad de firmar, no es una barrera para aquellas personas con discapacidades físico-motoras que no puedan hacerlo, pues como ya expliqué, los testigos de asistencia o a ruego, constituyen apoyos, históricamente concebidos por las normas notariales; segundo, que el desarrollo tecnológico permite hoy la firma digital, con equivalencia funcional, a la firma autógrafa, no obstante, su empleo estará supeditado a que se viabilice el instrumento público electrónico, y no solo las copias electrónicas, pues no podemos obviar que por regla general las normas notariales solo exigen las firmas de los comparecientes en las matrices, no así en las copias. De ello se colige que si bien la firma digital devendría en un aporte de la tecnología en pos de la integración de las personas con discapacidades físico-motoras, invalidantes para poder escribir, su empleo estará supeditado a la sustitución del documento en soporte cartáceo por el documento informático, y tercero que en clave notarial hay que superar el concepto rígido de firma manuscrita, muchas veces vinculada a actos personalísimos como el testamento. La firma como elemento individualizador de la persona en su condición de compareciente al instrumento público, hacedor de sus propios actos y negocios, no es un impedimento para las personas con discapacidad. El notario ha de admitir que las personas con capacidades diferentes, en razón de sus discapacidades, puedan suscribir documentos, a partir de sus propias potencialidades subyacentes.

3.6. La forma documental notarial como reservorio idóneo para instrumentar los actos de autoprotección

A lo largo de la exposición de estas ideas ha quedado perenne el hilo conductor que las motiva: el notario tiene y tendrá un protagonismo en la protección de las personas con discapacidad. No es casual que los

actos de autoprotección se instrumenten en sede notarial, de ahí que la forma notarial sea la establecida *ex lege*, o a lo sumo alternativamente, en algunos ordenamientos jurídicos tanto para las voluntades anticipadas (*vid.* en Argentina, la Ley 26742, concretamente su artículo 6, modificativo del artículo 11 de la Ley 26529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud; en Uruguay, la Ley 18473 de 3 de abril de 2009, de voluntad anticipada en su artículo 2, segundo párrafo; en México, el artículo 8, fracción I de la Ley de voluntades anticipadas para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal, el 7 de enero de 2008); la autotutela y/o la autocuratela (*vid.* artículo 223 del Código Civil español, tal y como quedó redactado conforme con la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, artículo 469 *bis*, *ter* y *quater*, introducido por el Decreto por el que se reforma y se adiciona el Código Civil para el Distrito Federal y otras disposiciones afines como la Ley del Notariado, incluyendo la tutela cautelar o autotutela, el artículo 212 del anteproyecto de Código de Familia cubano), entre otros. Los legisladores han apostado por la forma notarial, pero ¿por qué?

El documento público notarial está dotado de garantías únicas, autenticidad interna y externa, legitimidad, ejecutividad, juicios de identidad y capacidad y sobre todo la presencia del notario le dota de asesoramiento profesional de indiscutible valía para los actos autorreferentes. “La intervención del notario es garantía para todas las personas del pleno respeto de su libertad y autonomía, en el campo de las relaciones jurídico privadas, evitando con su actuación influencias

indebidas en la formación de la voluntad negocial”⁸⁶, es “medio idóneo para garantizar y hacer efectivos los derechos de las personas necesitadas de especial protección, a fin de que puedan ejercitar con garantías su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”⁸⁷.

Como ya en otra ocasión he expresado “Precisamente la fe pública de la que están dotados los documentos en razón de su autor hace que el acto o negocio jurídico instrumentado tenga autenticidad formal y material, es un acto perfecto en un documento, igualmente perfecto. El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley, es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compele a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dudar sobre la verdad objetiva insita en ellos”⁸⁸. El Derecho busca la garantía debida con la actuación notarial, nadie mejor que el notario para cumplir con el mandato de la Convención (artículo 12, apartado 4º) en el sentido de “*impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos*”. Por esa razón como expresa RODRÍGUEZ ADRADOS “Ni el legislador cuando ordena o fomenta la documentación notarial, ni los particulares cuando espontáneamente

⁸⁶ CAVALLÉ CRUZ, A., “El notario como garante...”, *cit.*, p. 416.

⁸⁷ *Idem*, p. 417.

⁸⁸ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El notario: función de autoridad pública”, en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2011, p. 421.

acuden al Notario, van buscando solamente un documento perfecto formalmente, sin importarles la eficacia o ineficacia, las virtudes o los vicios o defectos del negocio contenido en él (...) y esto es lo que el Notario y el documento notarial han de procurar darles; no sólo el *nomen verum* de la certeza formal, sino el *nomen bonum* de su contenido (...) Sólo así el Notario (...) podrá ‘controlar en profundidad, desde dentro, la legalidad del negocio, en un sentido positivo, ser verdaderamente, como dicen los alemanes, *Rechtswahrer*, guardián del Derecho; y sólo así se conseguirá, incluso, que la misma fe pública no se convierta en mera caricatura, al acuñar una voluntad de las partes que sin duda ‘es’ su voluntad, pero que no ‘sería’ tal voluntad de haber estado debidamente informadas y asesoradas”⁸⁹, lo cual en sede de personas con discapacidad toma particular relieve.

4. Ideas conclusivas

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad es hoy el tratado de derechos humanos por excelencia, en lo que va del siglo XXI. Sus ecos se han hecho sentir, si bien de forma parca, fragmentada, asimétrica y geográficamente localizada, en algunas de las recientes modificaciones legislativas en materia civil y familiar, ya operadas, y otras pendientes de su aprobación por congresos, senados y asambleas nacionales, o sea, por el legislativo de cada Estado. Pero en

⁸⁹ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad”, en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, No. CVII, enero-marzo, 1980, pp. 272-273.

sentido general, de *iure condendo* y de *iure condicto*, el Derecho civil no logra cambiar paradigmas para estar a tono con los dictados de este tratado internacional. Los actos de autoprotección siguen siendo quimeras para la mayor parte de los ordenamientos del continente. El lenguaje decimonónico, hoy indudablemente peyorativo y discriminatorio, con el que se hacía referencia en los códigos civiles del continente a los distintos trastornos psíquicos o intelectuales o a las discapacidades sensoriales, sigue perenne en estos, a pesar de los esfuerzos académicos y de instituciones, asociaciones y organizaciones que trabajan en pos del reconocimiento legal de los derechos de las personas con discapacidad y al respeto a su dignidad, autonomía e integración social y comunitaria.

No obstante, es dable apuntar en este orden que es necesario lograr un justo equilibrio entre pretensiones, reconocimiento de derechos, y protección de estos por un lado, y el sentido que se quiere dar por un sector nada desdeñable de la doctrina, hoy calificada de vanguardista en la temática, a los postulados de la propia Convención, sobre todo en lo que concierne a la supresión de los mecanismos clásicos de incapacitación o interdicción e inhabilitación por un sistema de apoyos y de salvaguardias. Como con acierto expresa la profesora PEREÑA VICENTE, “el núcleo de la cuestión no es sustituir el sistema de incapacitación más tutela por un denominado «sistema de apoyos». Dicho de otro modo, podemos cambiar de arriba abajo toda nuestra legislación, suprimir la tutela, la curatela y el procedimiento de incapacitación y sustituirlo por un nuevo sistema de apoyos (...) pasemos a referirnos a la «persona apoyada» y a la «persona que apoya» o al «gestor de apoyos» (...). Si de la aplicación

de este sistema se van a encargar las mismas estructuras que ahora se encargan de la incapacitación, los mismos jueces, no especializados en muchos casos y sobrecargados de trabajo, si la «persona que apoya» va a tener la misma formación y ayuda en su labor que la que tienen ahora, si los fiscales se van a limitar a redactar la demanda sin hacer una labor previa de investigación de la situación médica, social, económica, laboral de la persona con discapacidad, el sistema, aunque creamos que es perfecto y respetuoso con la Convención de Naciones Unidas, volverá a fracasar porque, por desgracia, las palabras por sí solas no resuelven los problemas”⁹⁰. No se trata, tan solo, aunque tenga importancia, de cambiar el nombre a las instituciones, sino de cambiar la manera de pensar y los enfoques con los que hemos crecido, nos hemos formado y hemos encauzado nuestra profesión. “Quizás, más importante que cambiar al tutor por un gestor de apoyos sea buscar la manera de hacer que el tutor o el curador tengan como objetivo primordial de su función prestar ese apoyo reclamado por la Convención a la persona con discapacidad, implicarse en conseguir, en el día a día, la mayor autonomía que sea posible. Esto no se consigue cambiándole el nombre al tutor, sino perfilando de nuevo sus funciones, concienciándole de su labor y de las implicaciones que la misma tiene para la dignidad de la persona y prestándole a él también ayuda y apoyos en esa labor”⁹¹.

En esta labor educativa, preventiva, cautelar, tiene la función notarial un gran peso, a la vez que una gran responsabilidad profesional

⁹⁰ *Vid.* PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas...”, p. 16.

⁹¹ *Idem*, p. 17.

y social. Hablar de discapacidad y Derecho, es hablar de notariado, de fe pública, de notario, de documento público, de garantías jurídicas, de solemnidades, de cautela preventiva. Se trata –parafraseando el título de una de las obras clásicas de GARCÍA MÁRQUEZ–, de la crónica de un protagonismo anunciado. Expresa certeramente CAVALLÉ CRUZ que “La protección de los derechos de las personas con discapacidad y dependientes es una de las materias en el día a día de los despachos notariales, con el fin de dar solución a las necesidades singulares de cada persona. Instituciones hoy tipificadas y reguladas como la autodelación de la tutela, el mandato preventivo, el contrato de alimentos (...) durante muchos años han existido huérfanos de regulación legal en los protocolos notariales, al amparo de la libertad de los otorgantes, guiados por la labor creadora y conformadora del Derecho por los notarios. El orden lógico y cronológico de la génesis de estas instituciones ha sido primero la práctica notarial, luego el reconocimiento por la jurisprudencia y finalmente su cristalización en una norma legal. Esto es algo que con frecuencia se olvida”⁹². Ninguna institución como la notarial para acrisolar los más nobles principios que enarbola la histórica Convención de las Naciones Unidas, aprobada en Nueva York, en diciembre de 2006 que resulta hoy un canto épico a la autonomía, al autogobierno, a la toma de sus propias decisiones por las personas con discapacidad. En expresión del maestro peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO “sólo en muy escasas ocasiones durante el humano existir se tiene la oportunidad de vivenciar la libertad. Ello solo ocurre en el instante de las más comprometedoras decisiones, aquella

⁹² CAVALLÉ CRUZ, A., “El notario como garante...”, *cit.*, p. 414.

en que la persona tiene que asumirlas por sí misma, sin intervención de otro ser humano (...). El hallarse en esta situación hace sentir al hombre plenamente responsable de su decisión. Ella compromete todo su ser, lo sume en una radical angustia existencial. La angustia de sentirse responsable de su elección, de no poder transferir a otro ser las consecuencias de su decisión”⁹³. En ese tránsito, en ese nuevo despertar de personas con capacidades diferentes, pero llenas de proyectos y expectativas “Ninguna institución como la notarial para estudiar y exteriorizar nuevas orientaciones jurídicas. Consejero de las partes, magistrado de las familias, apóstol de la ley, sancionador de las relaciones privadas –en ciertos aspectos comparable con la augusta función del pretor– tiene el notario el privilegio, al par de la gran responsabilidad, de recoger las manifestaciones embrionarias de la vida jurídica a las que, tras un fecundo proceso constitutivo debe darle forma legal, sin más directriz, muchas veces, que la dogmática y los principios generales del Derecho. Si el notariado no crea jurisprudencia, le aporta en cambio, inéditas fórmulas, abre cauces de nuevos compromisos doctrinales y coloca los primeros sillares de la futura legislación”⁹⁴.

⁹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 993.

⁹⁴ José María de PORCIOLES, *cit. pos* VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1150.

**RÉGIMEN DE CAPACIDAD
DE LAS PERSONAS HUMANAS Y DE LOS
DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN EL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL (LEY 26.994).
ASPECTOS NOTARIALES**

Luis Rogelio LLORENS¹

Alicia Beatriz RAJMIL²

SUMARIO: I) INTRODUCCIÓN, II) CAPACIDAD:
1. ANTECEDENTES, 2. CAPACIDAD EN EL C.C. Y C., 2.1.
Generalidades: 2.2. Categorías incluidas. 2.3. Principios y pilares
comunes del régimen de capacidad. El cambio de paradigma.

¹ Notario titular de Registro de la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires. Miembro Honorario del Instituto de Derecho e Integración. Miembro del Comité de Referato de la Revista del IDEI.

² Abogada. Notaria. Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, Jefe de Trabajos Prácticos concursada, Profesora Adjunta ad honorem de la Residencia de Minoridad y Familia, Tutora de Seminario de la Metodología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Directora del Instituto de Derecho e Integración, Directora de la presente Revista.

Principios de la responsabilidad parental y su aplicación al régimen de restricciones a la capacidad. 2.3.1. El interés superior del niño. 2.3.2. La autonomía progresiva. 2.3.3. Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

III) LA PERSONA MENOR DE EDAD EN EL NUEVO CC Y C. 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS. 2.- MENOR DE EDAD Y ADOLESCENTE. 3.- EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POR LA PERSONA MENOR DE EDAD. REPRESENTACIÓN. 3.1.- Representación. Inversión de la regla. 3.2.- Edad y madurez suficiente. 3.2.1.- Casos en que la edad es tomada como criterio para habilitar el ejercicio de derechos. 3.2.2.- Casos en que se combina edad y madurez suficiente para habilitar el ejercicio de derechos. 3.2.3.- Casos en los que el nuevo código contempla específicamente el derecho a ser oído. 3.3.- Competencia bioética. 4.- TUTELA. 4.1 Tutela compartida. Un cambio trascendente. 4.2.- Tutor designado por los padres. 4.2.1.- Aspectos a tener en cuenta cuando la tutela se otorga en sede notarial. a) Cláusulas prohibidas. Modalidades e instrucciones. 4.3. Tutela dativa. 4.4.- Representación legal. IV) RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE LAS PERSONAS EN RAZÓN DE SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES. 1. APRECIACIÓN GENERAL. 2. ALCANCES DE LA SENTENCIA. REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA. 3. PUBLICIDAD Y EFECTOS DE LA SENTENCIA. 4. ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN O “DIRECTIVAS ANTICIPADAS”. 4.1 Contenido del acto y supuestos de aplicación. V) DERECHOS PERSONALÍSIMOS. 1.- SU INCLUSIÓN EN EL NUEVO ORDENAMIENTO. 2.- INTERVENCIÓN

NOTARIAL. 3.- CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS E INVESTIGACIONES EN SALUD. 4. ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN O “DIRECTIVAS ANTICIPADAS”. 4.1 Contenido del acto y supuestos de aplicación. 4.2 Capacidad del otorgante. 4.3 La forma. 4. 4. La subsistencia del mandato. VI) COLOFÓN.

RESUMEN

El régimen jurídico tradicional de capacidad de las personas fue modificado en nuestro país por la Constitución Nacional, los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y las leyes internas que se han sancionado en su consecuencia. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recepta esta normativa en un intento de adecuación de dicho régimen a las pautas vigentes en la materia. La capacidad jurídica de todas las personas, tanto en la titularidad como en el ejercicio de sus derechos, adquiere centralidad en el actual ordenamiento jurídico. No siempre dicha adecuación se logra acabadamente y persisten vestigios del régimen derogado.

Los principios que rigen la responsabilidad parental resultan de aplicación al régimen de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica por motivo de padecimiento mental o adicciones, aún cuando la remisión que efectúa el art. 138 del nuevo código es más limitada que la que efectuaba el 475 del código anterior.

El nuevo código regula la protección de los derechos personalísimos. El escribano desarrolla una labor personalizada y trascendente para garantizar su respeto y su efectivo ejercicio.

Los actos de autoprotección son receptados en el nuevo ordenamiento, especialmente en cuanto a las directivas anticipadas en salud y la designación del propio curador. Su regulación resulta limitada y poco clara, sin embargo, una interpretación armónica de sus normas y las disposiciones vigentes permite ampliar y determinar sus alcances.

ABSTRACT

Legal regulations about peoples capacity has been modified by the National Constitution, international agreements on Human Rights, and local legislation approved as consequence. The new National Civil and Commercial code includes these regulations in order to adjust new law to actual rules about that subject.

Legal capacity of all people, as holders of rights and their effective capacity to exercise them, becomes a central issue of the legal system . It is not always easy to adjust new regulations and that is why there are still remains of the abolished law.

The principles that regulate parental responsibilities are the same rules that restricts legal capacity of those who has mental disabilities and addicts, even though the remission made in article 138 of the new code is more limited than article 475 of the old Civil Code.

The new code regulates protection of personal rights and highly personal rights.-The notary has the important job of guaranteeing respect and application of new measures.

Living wills (self protection acts) are mention in the new legal system, especially when talking about anticipated health decisions and designation of their own legal guardian.

Even though the regulations seems to be limited and unclear, an harmonious interpretation of the actual regulations will allow us to increase and delimit its significance.

PALABRAS CLAVES

Código Civil y Comercial. Capacidad jurídica. Niñez. Adolescencia. Discapacidad. Restricciones a la capacidad. Autoprotección.

KEY WORDS

Civil and Commercial Code, Legal Capacity. Childhood. Adolescence. Disability. Capacity restrictions. Living wills (self protection acts)

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo constituye un resumen de los puntos más novedosos para el notariado que surgen del régimen de capacidad y de los derechos personalísimos en el nuevo código.

Cabe señalar, que *el régimen de capacidad* si bien importa un cambio trascendente en relación a la normativa del código derogado,

sus principios ya fueron incorporados a nuestro Derecho Positivo por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, aprobados por nuestro país. Ellos conforman, junto con la jurisprudencia y la actividad consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los diferentes documentos emanados del Comité de los Derechos del Niño y del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad³, un orden jurídico de efectiva vigencia en nuestro país, que protege y garantiza el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales de todas las personas. El ejercicio de la capacidad jurídica del ser humano, como principio general, adquiere centralidad en todos estos instrumentos.

Resulta novedoso asimismo, la inclusión de *los derechos personalísimos* en la nueva normativa. De entre ellos nos referiremos brevemente a las directivas anticipas por su indudable interés notarial.

La condición jurídica de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, da cuenta de un pasado común atravesado por historias de prejuicios y discriminación. Cabe afirmar hoy, que una nueva juridicidad garantiza el ejercicio de sus derechos, inspirada en principios que también son comunes. Bajo esa convicción analizaremos las nuevas normas⁴.

³ Órganos de control de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

⁴ Esta convicción dio origen a la creación en el año 2008 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª circunscripción. Asimismo inspiró la realización del Primer Congreso Interdisciplinario sobre Vulnerabilidad y Derecho que se llevó a cabo en dicho colegio en mayo del año 2014.

II. CAPACIDAD

1. ANTECEDENTES

Una breve reseña de la evolución del tema en nuestro Derecho resulta pertinente para ubicarnos en el escenario jurídico a la entrada en vigencia del nuevo código.

El Código Civil Argentino, en la redacción del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield contenía un régimen de capacidad de las personas “naturales” o “visibles” al que se lo puede calificar de rígido. Si bien partía de la regla general de capacidad de todas las personas, los declarados incapaces eran privados en forma absoluta del ejercicio de sus derechos y dicha regla se invertía para las personas menores de edad. Excluidos así de todo protagonismo en el ámbito jurídico, sólo podían ejercer sus derechos por medio de sus representantes legales, padres, tutores o curadores, quienes los sustituían en los actos de la vida civil, sin su participación, con muy escasas excepciones.

Los artículos 274 y 411⁵, dejaban en claro que la persona menor de edad no tenía injerencia alguna en las cuestiones de su interés, era un “incapaz” hasta los 18 años⁶. En materia de mayores “dementes”, ellos

⁵ Art. 275 CC: “Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código. Art. 411 CC: “El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad”. Estas normas se aplicaban también al régimen de las personas mayores declaradas incapaces a tenor del artículo 475.

⁶ Originariamente el código civil estableció la edad de 22 años. El Decreto ley 1771 en el año 1968 bajó la edad a 21 años, y con posterioridad la ley 26579 del año 2009 a 18 años.

se constituían en “incapaces absolutos”, de acuerdo con el art. 54, sin que hubiera posibilidad de morigeración alguna, aun cuando se tratara de un caso de mera disminución de las facultades intelectuales.

Recién el Decreto-Ley 17.711 en el año 1968 introdujo la primera atenuación con la categoría de los inhabilitados, al agregar al Código Civil Argentino el art. 152 bis, limitado a los casos de embriaguez habitual, uso de estupefacientes, prodigalidad y disminución en las facultades sin llegar a la demencia. Los así declarados, podían administrar por sí mismos sus bienes, salvo limitaciones determinadas en la sentencia, y para disponer de ellos requerían la conformidad del curador. Es decir que el juez designaba un curador para asistirlo en esta clase de actos, pero no para sustituirlo en el ejercicio de sus derechos, como en el caso de los declarados insanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁷ incorporó en el Derecho Argentino el concepto de autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos, de acuerdo a la evolución de las facultades del niño, en oposición al rígido sistema de incapacidad tabulada por la edad (art. 5). Entre sus principios, resulta relevante en el tema que nos ocupa, no sólo el del interés superior del niño (art. 3), sino también el del derecho del niño de expresar su opinión en todos los asuntos de su interés y a que ésta sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez (art. 12).

⁷ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/1980. La República Argentina lo aprobó a través de la ley nacional 23849, sancionada el 27/09/1990. Fue incorporada a nuestra Constitución Nacional en su reforma del año 1994 (art. 75 inc, 22), con jerarquía constitucional.

RÉGIMEN DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS HUMANAS...

Esta convención no sólo afectó al régimen de minoridad del código civil, sino también el de los mayores incapacitados en virtud de la remisión que efectuaba el art. 475 del mismo cuerpo.

En el año 2005 se sancionó la ley 26.061⁸, sobre protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que recepta y profundiza los principios de la CDN. Garantiza a las personas menores de edad *el ejercicio* y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos (art. 1º), y entre otros principios fundamentales, les reconoce el derecho a ser oído y “a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta” (art. 2, 3, 24, 27)

En el año 2008, por ley 26.378, fue aprobada por nuestro país la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁹. La convención en su primer artículo determina que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. Entre sus principios se señala “la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas” (art. 3º).

De gran impacto en el régimen de capacidad resulta el art. 12º que obliga a los Estados partes a adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo

⁸ Sancionada el 28/09/2005.

⁹ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fueron aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Fue ratificada por nuestro país el 21/5/2008 por ley 26378. La ley 27.044, sancionada el 19 de noviembre de 2014, le otorgó jerarquía constitucional.

que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. (...) Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial (...)"

En el año 2010 se sanciona en nuestro país la ley 26.657¹⁰, sobre salud mental. Esta ley parte de la presunción de capacidad de todas las personas (art.3º), se refiere al derecho del paciente a recibir el tratamiento que menos restrinja sus derechos y libertades, el derecho a ser acompañado por la persona a quien el paciente designe, a recibir o rechazar asistencia espiritual o religiosa, a ser informado de manera adecuada, a tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento, a ser reconocido siempre como sujeto de derecho (art.7º).

Pero quizás el artículo 42 representó el avance más trascendente para el ámbito jurídico, al incorporar al código civil argentino el art. 152 ter que dispuso que "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible". Cabe afirmar que esta norma abrió la puerta, en materia de capacidad jurídica de las personas, a una joven jurisprudencia más flexible y respetuosa de la real aptitud de discernimiento de la persona para

¹⁰ Ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental. Sancionada el 25/11/2010.

cada acto jurídico, a fin de promover su autonomía en la mayor medida posible. Sin restar importancia a la protección del tráfico negocial se comenzó a priorizar la protección de los intereses y de los derechos de la persona con discapacidad.

Este breve resumen demuestra que, de manera dispersa y contradictoria, el régimen de capacidad de las personas, se encontraba ya modificado en nuestro país por un nuevo orden jurídico que, partiendo del principio general de capacidad de todas las personas, concepto que incluye tanto la llamada capacidad de derecho como la capacidad de ejercicio, reconoció a todo ser humano, más allá de sus circunstancias, el derecho a participar en las decisiones de su interés en la mayor medida posible y otorgó relevancia a la voluntad de las personas antes ignoradas por el Derecho.¹¹ Este es el marco jurídico para la interpretación y aplicación del régimen de capacidad desplegado en el nuevo CC y C, cuyos artículos 1 y 2, Título Preliminar, Capítulo 1, remiten a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos como fuente e interpretación de sus normas.

2. CAPACIDAD EN EL C.C. Y C.

2.1. Generalidades:

El nuevo Código Civil y Comercial en la Sección 1ª del LIBRO PRIMERO. Título I. Capítulo 2, sienta los principios generales en materia de capacidad.

¹¹ CALÒ, Emanuele, *Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad*. Ediciones La Roca, pag 55.

Luego de establecer en el artículo 22 que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos, en materia de capacidad de ejercicio el art. 23 sienta como regla general que: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Más allá de que las limitaciones pueden estar previstas en otras leyes especiales, no sólo en el Código, y de que toda sentencia judicial debe estar fundada en la ley, queda claro que la regla es la capacidad de ejercicio de todas las personas, y sus limitaciones deben estar expresamente previstas. Lo cual resulta acorde con los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en tanto ellas no admiten *en ningún caso* que la persona menor de edad o sujeta a un régimen de protección sea privada ni de ejercer sus derechos por sí misma, en la medida de que tenga aptitudes suficiente para ello, ni de los derechos a opinar, a ser oído y a que su opinión sea, al menos, tenida en cuenta. Para estas normas superiores ya no existen “incapaces”, pues *a todas las personas* se les reconocen dichos derechos.

Sin embargo el artículo 24 del mismo código contradice el principio general al catalogar en tres incisos a determinadas personas como “incapaces de ejercicio”¹².

¹² El art 24 dispone que son incapaces de ejercicio: a) La persona por nacer; b) La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2º de este Capítulo y ; c) La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión

2.2. Categorías incluidas

Cabe señalar, en primer lugar, que con la entrada en vigencia del nuevo régimen ha desaparecido la categoría de “sordomudo que no sabe leer ni escribir” que surgía del derogado art. 469 del Código Civil de Vélez Sársfield. Por tanto, del nuevo régimen resultan las categorías de “*Persona menor de edad*” (Sección 2º) y de personas incluidas dentro de un régimen de “*Restricciones a la capacidad*” (Sección 3º), esto es, el régimen jurídico de aquellas personas a las que se les restringe su capacidad de ejercicio en razón de determinadas circunstancias personales. Dentro de esta última categoría caben las descriptas en el art. 32 (“persona mayor de trece años que padece una *adicción o una alteración mental* permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que ... del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.”) y las descriptas en el art. 48 (*pródigos*).

En aquel sistema velezano se describía en detalle el régimen de minoridad y el art. 475 disponía que “Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplican a la curaduría de los incapaces.”

En cambio, el art. 138 del actual C.C. y C., de manera mucho más escueta, sólo dispone: “La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección.”

En efecto, la normativa innova al regular de manera detallada ambos regímenes (el de minoridad y el de restricciones a la capacidad)

en niveles equivalentes,¹³ lo que no impide apreciar sus principios y pilares comunes y que las disposiciones de ambos regímenes puedan ser utilizadas de manera supletoria.

2.3. Principios y pilares comunes del régimen de capacidad. El cambio de paradigma. Principios de la responsabilidad parental y su aplicación al régimen de restricciones a la capacidad.

El art. 31, inciso f), del nuevo código dispone entre las reglas generales a la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, que “deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas a los derechos y libertades”, lo que es ejemplo de un principio que ilumina todo el articulado. Es lo que la doctrina ha dado en llamar **“la dignidad del riesgo”** que implica “que la vida y la libertad, indefectiblemente, conllevan riesgo por lo que su existencia, la del riesgo, es condición necesaria para evitar la aniquilación de la libertad y de la subjetividad de la persona.”¹⁴

Se trata dar cabida a la libertad como esencia de la dignidad humana, según aquella vieja oración: “No te dí, Adán, ni un puesto determinado ni un aspecto propio ni función alguna que te fuera peculiar, con el fin de que aquel puesto, aquel aspecto, aquella función por los que

¹³ Si prestamos atención a la cantidad de artículos de la sección 2º con los de la sección 3º, podríamos concluir que se detalla más el régimen de restricciones a la capacidad de ejercicio que el régimen de minoridad. Sin embargo, a este último habría que adicionarle, por de pronto, los artículos correspondientes al régimen de “responsabilidad parental” y los artículos relativos a “tutela” que son más extensos que los correspondientes a “curatela”.

¹⁴ SOSA, “Salud mental: lectura convencional de la revisión dispuesta por el art. 153 ter” DJ 21/5/14 p. 13, con cita de GORBACZ, Dinámica de la aplicación de la ley 26.657 en Argentina en derecho y salud mental”. Revista de Derecho Privado y Comunitario”. 2013-I-157. Ver también: VILLAVERDE, Tutela Procesal Diferenciada de las Personas con Discapacidad para su Reforma Procesal”. Revista de Derecho Procesal, 2009-I-318.

te decidieras, los obtengas y conserves según tu deseo y designio (...) Podrás degenerar hacia las cosas inferiores que son los brutos; podrás –de acuerdo con la decisión de tu voluntad– regenerarte hacia las cosas superiores que son divinas”.¹⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo anteriores pronunciamientos, ha dicho recientemente “que nuestro sistema jurídico recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, **lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación.**”¹⁶

Este principio en materia de minoridad puede verse reflejado en los verbos utilizados en el nuevo art. 646, que se refiere a los deberes y derechos de los progenitores. En su inciso a) habla de “convivir”, en el b) establece como deber de los padres “*considerar* las necesidades”, en el c) el de “*respetar* el derecho del niño y adolescente a ser oído y a *participar* en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos”, en el d) *prestar* orientación y dirección al hijo...”, y en el e) *respetar y facilitar*...”

Lo dispuesto en estos arts. 31 y 646 son muestra de la incorporación del mencionado principio de la dignidad del riesgo que implica un absoluto cambio de paradigma en la materia. Ese cambio de paradigma se contrapone con la legislación anterior que consideraba

¹⁵ PICO DELLA MIRANDOLA. *Oratio de hominis dignitate*. Citado por FROMM. El Miedo a la Libertad. 2da. edición. 2000, 1º reimpresión 2002. Editorial Paidós. Pág. 21.

¹⁶ Con fecha 07/07/2015 autos “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”.

a las personas incapaces, más que como tales, como un objeto a custodiar.

La introducción del nuevo paradigma, como hemos visto, no irrumpe de manera inmediata, sino luego de un largo proceso de análisis, comprensión y aceptación gradual. Al respecto señala Martínez Alcorta que los paradigmas no se suceden unos a otros de manera lineal sino que suelen coexistir y confrontar en prolongados períodos hasta que uno de ellos se impone al otro, como en el caso que nos ocupa, permitiendo así el avance de la ciencia¹⁷.

El fruto de este avance lo constituyen tres principios básicos que consideraremos a continuación, incorporados expresamente en el art. 639 del actual código en su relación con el régimen de responsabilidad parental, pero que –según veremos- también son aplicables a los supuestos de tutela y, de manera semejante, a las personas incluidas dentro de un régimen de restricción a su capacidad de ejercicio en razón de sus circunstancias personales: a) El interés superior del niño, b) la autonomía progresiva, y c) el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.¹⁸

2.3.1. El interés superior del niño:

La CDN establece en su artículo tercero, párrafo primero, que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones

¹⁷ MARTINEZ ALCORTA, Julio A. "Responsabilidad Civil de los equipos interdisciplinarios de salud mental". Infojus. Pág. 129. 27 de Mayo de 2015. Id Infojus: NV11382. En un excelente análisis, sigue el autor en este aspecto los pensamientos de Thomas Kuhn, epistemólogo estadounidense (1922-1996), creador de la noción de paradigma.

¹⁸ A ellos remite el artículo 104 en materia de tutela.

públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como una consideración primordial, se atenderá al interés superior del niño. El Comité de los Derechos del Niño, órgano de interpretación y seguimiento de la convención, ha determinado que el interés superior del niño constituye uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño¹⁹.

Dicho Comité en la Observación General N° 14²⁰ desarrolla ampliamente el concepto. Sostiene que el interés superior del niño tiene como objetivo garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención y el desarrollo holístico del niño.

Cillero Bruñol, señala que se trata siempre de la satisfacción de los derechos fundamentales del niño y que debe interpretarse en el sentido de que nunca se puede aducir un interés superior que se ubique por encima de la vigencia efectiva de sus derechos.²¹

La Ley 26.061 en su artículo 3 define el concepto de *interés superior del niño* como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías, y establece las pautas que deben respetarse

¹⁹ Junto con el derecho a la no discriminación, a participar en los asuntos de su interés, y el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Así lo señala el comité en sus Observaciones Generales, por ejemplo en la N° 12 del año 2009.

²⁰ Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

²¹ Miguel Cillero Bruñol, "Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios", www.iin.oea.org, consultado el 12/10/09.

en su determinación²². Posteriormente la misma norma deja en claro que este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde debe desempeñarse. Y agrega que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Queda claro que se trata de un concepto objetivo, no sujeto a opiniones discrecionales con respecto a lo que es *conveniente* para el niño desde el punto de vista del adulto.

En materia de restricciones a la capacidad de ejercicio de personas mayores de 13 años de edad (art. 32) es de aplicación el mismo principio. Así como el art. 3º, primer párrafo, de la CDN establece el principio del interés superior del niño, es posible hablar del “interés superior de la persona sujeta a un régimen de restricción a la capacidad de ejercicio”.²³

Del articulado de la CDPD, de la ley 26.657 de Salud Mental y lo dispuesto en el mismo código podemos afirmar que resulta un principio semejante. Veamos:

Del art. 1º de la CDPD resulta que “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en

²² Entre otras: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (...)

²³ En el caso de los pródigos (art. 48) correspondería hablar del “interés superior de la familia del pródigo”.

condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.“ De su artículo 4º, párrafo 1, también resulta que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; ...” y del art. 12º el reconocimiento de persona ante la ley.²⁴

La mencionada ley de salud mental, en su art. 1º, establece que ella “tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental”.

²⁴ El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General N° 12 afirma que un régimen basado en el apoyo para la adopción de decisiones debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato. Por otro lado advierte que el apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, como al voto, a contraer matrimonio y fundar una familia, derechos de reproducción, patria potestad, consentimiento para las relaciones íntimas, para tratamientos médicos y el derecho a la libertad. 11º Período de sesiones. 30 de marzo a 11 de abril de 2014.

En lo que atañe al nuevo código, entendemos que la normativa ha intentado amoldarse, **sin lograrlo adecuadamente**, a los postulados de la Convención precedentemente citada, a la que se le ha conferido jerarquía constitucional según Ley 27.044 y ha mantenido la vigencia de la Ley de Salud Mental (26.657).²⁵

Cabe recordar que el proyecto originario, antes de la sanción, a su paso por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, sufrió importantes modificaciones en el tema que nos ocupa, seguramente originadas en las profundas críticas que la versión original había recibido de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para Mejorar el Conocimiento y la Comprensión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.²⁶ Nos referiremos “infra” al texto definitivamente sancionado, aunque de él podemos adelantar que intenta aproximarse al postulado del “interés superior”, por ejemplo, a través del “principio de beneficencia”, conforme con el art. 31 inc. b) que determina que “las

²⁵ Con excepción de las disposiciones que se abolieron con la derogación del código velezano (arts. 152 ter y 482). Al respecto cabe acotar que tanto las disposiciones de la ley 26.657 como las de la ley 26.061 son materia propia de la legislación civil, y que la sanción de un nuevo código ameritaba su derogación y la incorporación de la totalidad de las normas necesarias en la materia dentro del propio código. El hecho de que no se haya procedido de tal manera importa una desprolijidad de la nueva legislación. Se impone entonces, una interpretación armónica de sus normas con la legislación especial vigente, de acuerdo con los arts 1 y 2 del propio código.

²⁶ Ver: Villaverde, “Ejercicio de la Capacidad Jurídica: ¿incapaces o personas con apoyo? El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ante la CDPD (ONU)” en Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Nro. 8 año 2012, pág. 155. Y Villaverde, “Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad, Claves para su reforma procesal.” en Revista de Derecho Procesal”. 2009-I-287.

limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona”.

Es necesario ser cuidadosos en este tema. El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General N° 12, advierte que todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, aún las más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de las personas y no en lo que *se suponga* que es su “interés superior objetivo”.²⁷ Cabe interpretar entonces el principio del interés superior de la persona con discapacidad, como la plena satisfacción de todos sus derechos fundamentales, sin que se pueda aducir un interés superior, objetivo o subjetivo, que se ubique por encima de la vigencia efectiva de sus derechos, su voluntad y sus preferencias.

2.3.2. La autonomía progresiva

El concepto de autonomía progresiva para el ejercicio de derechos configura el mayor impacto de la CDN en el régimen jurídico tradicional de minoridad, pues reconoce a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio de sus derechos conforme a otras pautas más flexibles, no

²⁷ “Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden ser de muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen determinadas características comunes: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque solo sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no es la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el “interés superior” objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias.” Observación General N° 12.

solo la edad, que se vinculan con su madurez y desarrollo.²⁸ El artículo 5 del tratado reconoce en la “evolución de las facultades del niño” la pauta habilitadora para ejercer derechos.

Se trata de un proceso evolutivo que va restringiendo la representación legal de los progenitores a medida de que el hijo adquiere madurez para actuar por sí mismo. Así lo determina el nuevo C.C. y C. (art 639 inc. b)

En lo que atañe al régimen de personas con restricciones a la capacidad de ejercicio, obviamente no es posible referirse a “autonomía progresiva” pues estas personas no están incluidas en un proceso madurativo. Ellas pueden evolucionar positiva o negativamente o no evolucionar. Sin embargo, el principio, de manera ajustada al caso, se manifiesta por la obligación impuesta al juez y al ministerio público en el art. 40 de que la sentencia sea revisada “dentro de un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediante la audiencia personal con el interesado.”

Podemos hablar también de un concepto semejante como la “autonomía adecuada a la real aptitud de discernimiento de la persona para el acto concreto a otorgar”. Lejos de concepciones rígidas y limitativas, las normas se orientan hacia el ejercicio de los derechos de las personas por sí mismas en la mayor medida posible, con los apoyos que se requieran en cada caso, cuando sean necesarios. (art 12 CDPD)

²⁸ RAJMIL- TORRENS. “Comentario a fallo: el interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados”. 7-ago-2014. MJ-DOC-6827-AR | MJID6827

2.3.3. Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Vinculado con la autonomía progresiva, el artículo 12 de la CDN reconoce al niño el derecho a expresar su opinión y determina que ella deberá tenerse en cuenta en función de su “edad y madurez”.²⁹

Este derecho constituye uno de los principios fundamentales de la convención, insoslayable a la hora de garantizar el efectivo respeto a los derechos de la infancia.

El Comité de los Derechos del Niño ha manifestado que: “El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan”³⁰.

La ley 26.061 lo recepta en sus artículos 2, 3, 19, 24 y 27, con mayor amplitud aún, con lo cual no cabe duda de que el derecho de la persona menor de edad a participar en los asuntos de su interés, se extiende a todos los ámbitos en los que se desenvuelve su vida.

En materia de personas sujetas a un régimen de restricción a la capacidad de ejercicio el art. 12 de la CDPD establece en su punto 4

²⁹ El art. 12 de la CDN establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y que dicha opinión deberá tenerse en cuenta en función de su edad y madurez. Este principio se repite en el art. 7° de la CDPD.

³⁰ Observación General N° 12 del año 2009, parr 21.

que “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, *la voluntad y las preferencias de la persona*, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.” Resulta evidente que respetar la voluntad y las preferencias de la persona implican la previa libertad de esa persona de expresar su opinión y de que su opinión sea tenida en cuenta.

Por su parte, la ley 26.657 de Salud Pública, en su artículo 7, inciso k) confiere a la persona con padecimiento mental el “Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades” e, inclusive, el art. 22 confiere a quien está internado aún contra su voluntad, el derecho a designar un abogado para que lo defienda³¹.

En el nuevo código, la persona involucrada en un proceso de restricción a la capacidad de ejercicio tiene el derecho a participar en el

³¹ Asimismo lo dispuesto en los incisos e), f) y j), del mismo artículo 7, exige el ejercicio del derecho de la persona a ser oída y el respeto a su opinión.

proceso (art. 31 inc. e), a solicitar la restricción de sus propias facultades (art. 33), a ser entrevistado personalmente por el juez (art. 35) con el evidente fin de ser escuchado con absoluta inmediatez, a intervenir en el proceso (art. 36) y, una vez dictada la sentencia, a solicitar su revisión (art. 40).

Pero, quizás en donde más resulta evidente la aplicación del principio es en el sistema de apoyos (arts. 32 y 43).

También podemos decir que obedecen a este principio los arts. 60 y 139 en cuanto permiten la escucha de las personas afectadas por un proceso de salud mental o de adicciones mediante sus declaraciones previas a tal situación. A ello nos referiremos “infra”.

III. LA PERSONA MENOR DE EDAD EN EL NUEVO CC Y C.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El marco jurídico de los derechos de niños, niñas y adolescentes está dado en primer lugar³² por nuestra Constitución Nacional y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), las cuales diseñan, junto con las resoluciones y demás documentos emanados de los comités y los tribunales internacionales de derechos humanos, un sistema de protección de derechos respetuoso del protagonismo del menor de edad en sus propios intereses y del progresivo ejercicio de sus

³² Según la primacía normativa consagrada por la CN arts 31 y 75 inc. 22. También arts. 1 y 2 del CC y C.

derechos. En consecuencia se han dictado leyes nacionales que receptan los paradigmas constitucionales y convencionales, que el nuevo código mantiene vigentes. Resulta de interés para este trabajo la ley nacional 26061 sobre Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La autonomía progresiva de la persona menor de edad para el ejercicio de sus derechos, así como su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, parecen ubicarse entre los temas que más impactan, y quizás más dudas y temores generan, en el ámbito notarial ante el profundo cambio jurídico al que asistimos. Persiste en nuestro medio una solapada reticencia a reconocer, sin reparos, la participación del menor de edad en los actos notariales que involucren sus intereses.

Sin embargo, si bien estos postulados significan un cambio trascendente en relación a la normativa tradicional del código velezano, cabe insistir en que hace tiempo se encuentran incorporados a nuestro Derecho positivo. En efecto, la CDN, instrumento internacional que se erige como portador del cambio más trascendente en la concepción jurídica de la infancia y adolescencia, cumple en el mes de septiembre 25 años de vigencia en nuestro país, y 10 años la ley 26061.

Las nuevas normas, y su impacto en la legislación vigente, no fueron inadvertidas en el ámbito notarial. Ya en la XXXVI Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en la ciudad de Necochea en noviembre del año 2009, se analizó la ley 26061. Se recomendó entonces el estudio y difusión de la nueva normativa legal y se reconoció el derecho de las niñas, niños y adolescentes a opinar y a ser oídos en sede notarial.

Sin embargo su tratamiento en la doctrina especializada fue limitado, aunque con la sanción del nuevo código, se advierte un renovado interés y preocupación sobre el tema.

El código civil derogado, enmarcado en la dogmática jurídica decimonónica, negó a la persona menor de edad todo protagonismo, y en el afán de protegerla se la privó de voz y del ejercicio de sus derechos. La CDN significó un cambio sustancial en la consideración de la condición jurídica de la infancia ya que reconoció a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, no solo en su titularidad sino también en su ejercicio. La ley 26061 recogió y desarrolló sus postulados.

Miguel Cillero Bruñol analiza que la convención es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o del Estado ³³.

Los derechos de la persona menor de edad y el ejercicio de su capacidad jurídica encuentran amplio tratamiento en el nuevo CC y C de la Nación, el cual se propone encuadrar sus disposiciones en lo normado por la CDN y la ley 26061

El escenario jurídico en el que se despliegan los derechos de la infancia, nos señala hoy un camino sin retorno ni medias tintas. Los

³³ CILLERO BRUÑOL, Miguel. “Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios”. *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, n.º 234, también disponible on line en www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf. Al respecto cita a Bobbio, N. Igualdad y Libertad, Ed. Paidós, Barcelona, 1993, pp 72 y ss. “Por igualdad jurídica se entiende habitualmente la igualdad a ese particular atributo que hace a todo miembro del grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica”.

actos notariales no son una excepción a las reglas vigentes en materia de derechos de las personas menores de edad, las que se deben incorporar en la práctica diaria sin reticencia ni temores.

Intentaremos pues, en este espacio acotado, señalar los aspectos más relevantes del tema desde la mirada notarial.

2. MENOR DE EDAD Y ADOLESCENTE

El nuevo código mantiene el criterio vigente³⁴ en cuanto considera menor de edad a la persona que no ha cumplido 18 años (art 25). Pero deja de lado la clasificación entre menores impúberes y adultos del código velezano, supeditada a la edad de 14 años, para instaurar una nueva categoría: la persona adolescente, que es aquella que ha cumplido 13 años.

Cabe vincular la edad de 13 años con el discernimiento según el art 261 del mismo código, el cual considera que por debajo de esa edad la persona carece de discernimiento para los actos lícitos³⁵. Sin embargo, es ésta una ficción poco feliz de la ley, ya que el discernimiento no está supeditado a una edad determinada sino a la aptitud de cada uno para comprender el acto del que se trate. Varía en cada caso, tanto por las circunstancias y madurez de la persona como por la naturaleza y características propias del acto ante el cual debe manifestarse. La expresión final de la norma, “sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales”, permite aplicar a cada caso el análisis

³⁴ Según ley 26579 sancionada el 02/12/2009.

³⁵ El art. 921 del código derogado con similar criterio disponía: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes (...)”

particular que corresponde, especialmente teniendo en consideración las disposiciones de la CDN y de la ley 26061, que no remiten a una edad determinada para habilitar el derecho del niño a participar en las cuestiones de su interés, sino a su madurez y desarrollo.

La categoría de “adolescente” es utilizada en el nuevo código para reconocerle en determinados casos el ejercicio autónomo de sus derechos. (v.gr. arts. 26, 109, 596, 644, 645, 667, 677, 678, 680 y 682).

3. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POR LA PERSONA MENOR DE EDAD. REPRESENTACIÓN.

El artículo 26 resulta una pieza clave en el régimen jurídico que diseña el código en torno al ejercicio de los derechos por las personas menores de edad. De acuerdo a lo ya expuesto, sus disposiciones deben interpretarse de manera acorde con los postulados constitucionales y convencionales que rigen la materia y con las demás normas del propio código (arts 1 y 2 CC y C). Brevemente lo analizaremos intentando una interpretación armónica de lo normado.

3.1. Representación. Inversión de la regla.

El artículo 26 comienza disponiendo que la *representación legal* es “el” medio en virtud del cual los menores de edad ejercen sus derechos. Sin embargo, esta aparente regla general, se flexibiliza con variadas excepciones que habilitan a la persona menor de edad para ejercer sus derechos en forma autónoma o con asistencia. **Cabe afirmar entonces que la representación legal no es la regla general, sino el medio**

válido para subsanar la falta de capacidad de ejercicio del niño, niña y adolescente cuando fuere necesario.

El segundo párrafo de la norma dispone: “No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Se advierte aquí una clara inversión de la regla general de capacidad sostenida en el art. 23³⁶, ya que se habilita la utilización de los criterios de edad y madurez suficiente, *sólo en los casos autorizados por la ley*. Pareciera perdurar, en estas disposiciones, el espíritu del código derogado, es decir que en materia de minoridad la incapacidad continúa siendo la regla general. Así se refleja en lo dispuesto en el artículo 24, cuando declara a los menores de edad incapaces de ejercicio. Sin embargo, acorde con el principio general del artículo 23, la norma debería reconocer que la persona menor de edad puede ejercer sus derechos por sí misma, *con las excepciones previstas en la ley*.

Cabe tener presente que la interpretación adecuada de la norma nos remite al artículo 5 de la CDN³⁷ que reconoce al niño el ejercicio progresivo de sus derechos en consonancia con el desarrollo de sus facultades. **Se observa entonces, en materia de menores de edad, un permanente propósito de adecuación a las normas convencionales,**

³⁶ Art. 23 CC y C: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.”

³⁷ Art 5 CDN: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

que no siempre se alcanza cabalmente. La doctrina y jurisprudencia deberán abordar estas contradicciones.

Por otro lado la representación legal de los menores de edad se encuentra limitada por los principios que rigen la responsabilidad parental según el artículo 639 del código, que se citaron anteriormente.

El tercer párrafo del artículo dispone que **la persona menor de edad tiene derecho a ser oída** en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Entendemos que la norma en comentario no puede limitar la interpretación de disposiciones de superior jerarquía, por lo cual sin hesitaciones, podemos afirmar que el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez, se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelve su vida, constituyendo en sí mismo un derecho cuyo ejercicio nunca le puede ser vedado. **Abarca tanto el ámbito patrimonial como extrapatrimonial.**

3.2. Edad y madurez suficiente.

Los criterios de la edad y la madurez suficiente se despliegan a lo largo del articulado del código para habilitar la actuación personal del menor de edad. El nuevo código determina casuísticamente los casos en los que la edad o la madurez, o ambas, permitirán el ejercicio autónomo de derechos y la escucha del niño. Las edades son fijadas en diversos artículos y sólo es una cuestión de constatación numérica biológica. El tema de la “madurez suficiente” el código no la define por lo que habrá que remitirse a las interpretaciones de los órganos de control de la CDN

(Comité) y los lineamientos de la jurisprudencia internacional, como lo indica el nuevo código en los artículos 1 y 2. Se deberá atender en todos los casos a la real aptitud para comprender el acto de que se trate.

Podemos observar entonces un criterio mixto, como lo señala García Méndez³⁸, en el que coexisten la madurez suficiente cuyo parámetro es el discernimiento del niño, niña o adolescente para el caso concreto que señala la ley, con un sistema de presunciones de capacidad, establecidas a edades prefijadas.

A modo de ejemplo podemos señalar:

3.2.1. Casos en que la edad es tomada como criterio para habilitar el ejercicio de derechos:

a) Competencia bioética

Art 26. Entre los 13 y 16 años el adolescente decide por sí mismo en el caso de tratamientos no invasivos que no comprometan su salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. En los casos en que así sea, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. A partir de los 16 años, el adolescente es considerado un adulto para las decisiones sobre su salud.

b) Tutela

Art 109 inc. a) y c). En caso de conflicto de intereses entre representado y representante, o entre diferentes representados por el

³⁸ Ponencia por la reforma al Código Civil. Disponible online en http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/001_Emilio_Garcia_Mendez_Libro_1_Capacidad.pdf,

mismo representante, el adolescente puede actuar por sí con asistencia letrada. Dada esta situación el juez puede decidir que no es necesaria la designación de un tutor especial.

c) Matrimonio

Art.404. A partir de los 16 años la persona puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta pueden hacerlo previa dispensa judicial.

d) Adopción:

Art. 617 inc. d). Reglas en el proceso de adopción: el pretense adoptado mayor de 10 años debe prestar consentimiento expreso.

Art. 596. El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a fin de conocer su origen, con asistencia letrada.

e) Responsabilidad parental:

Art.644. Los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos.

Art. 645. Se requiere el consentimiento expreso del hijo adolescente en los actos para los cuales es necesario el consentimiento expreso de ambos progenitores.

Art 677. El adolescente puede intervenir en un proceso conjuntamente con sus representantes legales o de manera autónoma, con asistencia letrada.

Art. 680. El adolescente puede estar en juicio cuando sea acusado criminalmente y reconocer hijos.

Art. 682. El artículo se titula: “Contratos por servicios del hijo mayor *de 16 años*”, si bien luego dispone que los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por el hijo *adolescente*³⁹ o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento. Aunque la prohibición del trabajo infantil se extiende hasta los 16 años⁴⁰, las excepciones a la regla ameritan la interpretación extensiva por debajo de esa edad.

3.2.2. Casos en que se combina edad y madurez suficiente para habilitar el ejercicio de derechos:

a) Nombre

Art. 64. Permite al interesado *con edad y madurez suficiente* solicitar la adición del apellido de su otro progenitor.

Art 66. Permite a la persona *con edad y madurez suficiente*, cuyo nacimiento no fue inscripto, solicitar la inscripción del apellido que utiliza.

b) Matrimonio

Art. 404. Refiere a la dispensa judicial por falta de edad nupcial para contraer matrimonio. La decisión del juez debe tener en cuenta la *edad y grado de madurez alcanzado* referido especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial

c) Adopción

Art. 596. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen, y puede acceder,

³⁹ A partir de los 13 años según el art. 25 CCyC.

⁴⁰ Ley 26390/2008.

cuando lo requiera al expediente judicial y a otra información que conste en los registros judiciales o administrativos.

Art. 608. Se requiere la intervención del niño, niña o adolescente, con carácter de parte y con asistencia letrada, en el proceso para declarar su situación de adoptabilidad.

Art. 617 inc. a). El pretense adoptado es parte en el proceso de adopción cuando cuenta con edad y grado de madurez suficiente, siempre con asistencia letrada.

Art 627. Inc. d) Adopción simple. El adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente puede solicitar que se mantenga el apellido de origen.

d) Responsabilidad Parental.

Art 661- El hijo con grado de madurez suficiente puede demandar al progenitor que falte a su obligación alimentaria, con asistencia letrada. (no se menciona la edad)

Art. 679. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y, con asistencia letrada.

Art. 697. Cuando los progenitores dispongan de las rentas de los bienes del hijo, en los casos permitidos por la norma, el hijo puede pedir rendición de cuentas, si lo hace se presume su madurez.

Cuando los parámetros fijados refieren a la madurez suficiente, existe un control tal como el juez, las autoridades administrativas o los progenitores que deben asistir y asegurar la intervención del menor.

Cuando la norma señala la *edad* junto con la madurez, no se refiere a una edad fija y establecida por el ordenamiento jurídico vigente, sino a una pauta general a considerar con las demás circunstancias del caso, como un criterio de *razonabilidad*, al que también refiere el art. 3 del C C y C en cuanto a las decisiones judiciales.

3.2.3. Casos en los que el nuevo código contempla específicamente el derecho a ser oído.

Además del art 26, de modo enunciativo podemos señalar:

a) Procesos de familia.

Art. 707. Reconoce a las niñas, niños y adolescentes el derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente, y a que su opinión sea tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

b) Tutela.

Art. 104. Remite a los principios generales que rigen la responsabilidad parental, entre ellos el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. (Art. 639 inc. c.).

Art. 113. Para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe: a) oír previamente al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

RÉGIMEN DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS HUMANAS...

Art. 117 reconoce el derecho del menor de edad a ser oído por el tuto, en todas las cuestiones relativas al ejercicio de sus derechos patrimoniales;

c) Matrimonio.

425. inc. a). El matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso f) del art 403 (tener menos de 18 años), adolece de nulidad relativa, en cuyo caso puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto. El juez debe oír al adolescente y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, hacer lugar o no al pedido de nulidad.

d) Adopción.

Art. 595 inc. f). Entre los principios que rigen la adopción se considera el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Art. 598. En caso de existir descendientes del adoptante, el juez debe oírlos y valorar su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez.

Art 626 inc. d). Se refiere a la determinación del apellido del adoptado, en caso de adopción plena, y determina que siempre el juez debe valorar especialmente su opinión, si cuenta con edad y grado madurez suficiente.

Art. 635 inc c). Adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación al derecho del menor de edad de ser oído, cuando la solicite el propio adoptado. Entendemos que sería aplicable asimismo si no se

ha recabado el consentimiento expreso del adoptado a partir de los 10 años (art. 617 inc. d).

e) Responsabilidad Parental.

Art. 639 inc. c) Establece entre los principios que rigen la responsabilidad parental el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Art. 646 inc. c) Determina el derecho de los menores de edad a ser oído, participar en su proceso educativo y en todo lo referente a sus derechos personalísimos, como un deber de los progenitores;

Art. 655. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y sus modificaciones.

Art 653 inc. c). En el supuesto excepcional en que el cuidado del hijo deba ser unipersonal, el juez ponderará la opinión del hijo.

3.3. Competencia bioética

Finalmente el artículo 26 dedica tres párrafos a la participación de la persona menor de edad, por si o con asistencia, en las decisiones referidas a su salud. El tema se vincula con la llamada competencia bioética, determinada por la real aptitud de comprensión del paciente con respecto al significado, alcances y consecuencias de estas decisiones. Se vincula ciertamente con el consentimiento informado que debe prestar todo paciente ante el acto médico, luego de recibir información suficiente y adecuada. E igualmente cabe analizar estas pautas en relación

a las directivas anticipadas, materia de indudable interés notarial, que se tratará más adelante.

El derecho del niño, niña y adolescente a participar en las decisiones concernientes a su salud, fue reconocido en el año 2.009 por la ley 26529, modificada por la 26742, sobre “Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”. El Decreto 1089/12 que la reglamenta, se exploya detalladamente en el tema⁴¹.

El artículo 2 de esta ley, en el segundo párrafo de su inciso e), dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. No cabe duda entonces de que el niño no puede hoy ser ajeno a las decisiones que sobre su salud se adopten. Decidirá por sí mismo cuando su madurez se lo permita, pero aun cuando no fuere así, su opinión deberá siempre ser ponderada junto con la de sus representantes legales y demás circunstancias del caso, de manera coincidente con lo ya expresado en relación al derecho del niño a manifestar su opinión y a que ella sea tenida en cuenta en todos los ámbitos de su vida.

El artículo establece la presunción para los adolescentes (entre 13 y 16 años) de que poseen aptitud para decidir por sí acerca de “aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan riesgo grave en su vida o integridad física.”

⁴¹ Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Historia clínica y Consentimiento Informado. Sancionada: 21/10 /2009. Modificada por ley 26742, sancionada el 09/05/2012. Decreto Reglamentario 1089 del 5 de julio de 2012.

Tratándose de situaciones de mayor riesgo, el consentimiento informado debe ser prestado con la asistencia (aquí aparece el término como contrapuesto a representación), de sus progenitores. En estos casos el adolescente conserva una importante competencia bioética, la cual si bien no es plena no admite que su voluntad se sustituya por la de sus representantes legales. De existir conflictos se resolverá sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico, teniendo en cuenta el interés superior del adolescente. En este caso deberá considerarse igualmente en forma armónica toda la legislación que conserva su vigencia en la materia.

A partir de los 16 años el adolescente es considerado “como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

4. TUTELA

El viejo artículo 377 del código velezano, definía a la tutela como un derecho que otorgaba la ley para gobernar la persona y los bienes del menor no sometido a patria potestad. En pos de protegerlo, el sujeto que se encontraba en tal situación, se convertía así en objeto sometido a la potestad omnímoda del tutor que gobernaba su vida. Otras normas ratificaban esta postura como el artículo 411, cuando disponía que el tutor gestionaba y administraba sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad.

Los grandes cambios jurídicos operados en relación al reconocimiento y protección de los derechos de la infancia, que se han señalado, tornaron a estos artículos obsoletos e inadecuados. Su

derogación tácita fue evidente debido a la vigencia de esta normativa jerárquicamente superior. El nuevo código introduce modificaciones al régimen de tutela en pos de su adecuación a las nuevas normas.

Así el art. 104 parte de considerar que el objetivo de la tutela es brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente cuando confluyan dos circunstancias: que no haya alcanzado la plenitud de su capacidad civil y que no exista persona que ejerza la responsabilidad parental. Mantiene su carácter de institución subsidiaria. La norma remite a los principios generales que rigen la responsabilidad parental, enumerados en el artículo 639. Es decir que siempre deberá atenderse al interés superior del niño, promover su autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos y respetar su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

4.1 Tutela compartida. Un cambio trascendente.

El artículo 105 introduce un cambio sustancial al incorporar la posibilidad de que la tutela sea ejercida por una o más personas, de acuerdo a lo que resulte más beneficioso para el niño, niña o adolescente.

4.2. Tutor designado por los padres.

El artículo 106 del nuevo código, al igual que el código derogado (art. 383), reconoce el derecho de los padres de nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, por testamento o por escritura pública. Dispone que puede hacerlo cualquiera de los padres que no se encuentre

privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental⁴². Esto plantea la posibilidad, admitida en el último párrafo del artículo, de que coexistan disposiciones separadas de ambos progenitores. En este caso se aplicarán conjuntamente si fueren compatibles, de lo contrario decidirá el juez lo más conveniente para el tutelado. Esta decisión, como todas las que se vinculan con la persona menor de edad, deberá atender a su interés superior y tener en cuenta su opinión.

La designación siempre deberá ser aprobada judicialmente.

El código derogado consideraba el nombramiento de tutor por los padres como un acto de última voluntad, ya sea por testamento o por simple escritura pública sin forma testamentaria, es decir que lo regulaba únicamente para que tuviere efecto después de la muerte de ambos progenitores⁴³. El artículo 106 del CC y C no contiene esta previsión, por lo tanto, si no se recurre a la forma testamentaria, los progenitores pueden designar tutor para sus hijos menores, en previsión de la pérdida o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por otras causas que no sea la propia muerte. Así, podrían otorgarla en previsión de la pérdida del discernimiento o de la capacidad, inclusive juntamente con la designación por caso de muerte de los progenitores, siempre por supuesto que se otorgue por escritura pública sin forma testamentaria.

⁴² El art 383 del código anterior disponía que podía nombrar tutor para sus hijos menores, el padre mayor o menor de edad y la madre que no hubiera pasado a segundas nupcias, el que “últimamente muera de ambos”.

⁴³ El artículo 383 del cc disponía en su última parte que :”Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento”.

4.2.1. Aspectos a tener en cuenta cuando la tutela se otorga en sede notarial.

a) Cláusulas prohibidas. Modalidades e instrucciones.

Cuando se nombra tutor en sede notarial debe considerarse que se tienen por no escritas las cláusulas siguientes: a) Que eximan al tutor de hacer inventario, b) que lo autoricen a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o c) que lo liberen del deber de rendir cuentas. Al indicar que la cláusula se tiene por no escrita, el texto implica que la inclusión de alguna de estas cláusulas no anula el acto sino sólo la cláusula prohibida.

Por lo tanto, si se trata de cláusulas no incluidas dentro de la prohibición transcrita o dentro de otras prohibiciones legales, la designación puede estar sujeta a modalidades e incluir instrucciones, tanto relacionadas con la atención personal del tutelado como para el cuidado de los bienes. Si son varios los tutores designados, conforme con el art. 105 y concordantes del nuevo código, el otorgante podría dejar asentadas sus instrucciones acerca del modo de ejercicio de la tutela plural. También podría designar tutores que reemplacen a los designados en primer lugar para el caso de imposibilidad de éstos de ejercer el cargo.

Asimismo es necesario tener en cuenta las personas que no pueden ser tutores según la prohibición del artículo 110 del CC y C. Resulta relevante la inclusión, en el último inciso, de las personas que hubieran sido expresamente excluidas por los progenitores para ejercer dicha función.

4.3. Tutela dativa.

El nuevo código elimina la tutela legal del código anterior⁴⁴. El artículo 107 regula la tutela dativa, que es aquella que otorga el juez ante la ausencia de nombramiento efectuada por los padres o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de las personas designadas. Tiene un carácter subsidiario ya que se privilegia la elección efectuada por los progenitores, en cuyo caso, la función del juez se limita a aprobar dicho nombramiento y sólo por causas debidamente fundamentadas podrá designar a otra persona en el cargo.

Diferente es la labor judicial en la tutela dativa, en la cual el juez, con un amplio margen de apreciación, deberá elegir la persona más idónea para ejercer dicha función, si bien deberá fundar razonablemente los motivos que justifican tal designación. Esta elección no está condicionada por lazos de parentesco.

4.4. Representación legal.

Ante el otorgamiento de actos notariales que involucren derechos patrimoniales de un menor sujeto a tutela, debemos considerar que el tutor es su representante legal (art. 117 CyC), pero que el tutelado puede estar autorizado por ley o por el juez a actuar por sí mismo, y que en todos los casos debe ejercer su derecho a ser oído, de acuerdo a su desarrollo y madurez.

⁴⁴ La tutela legal tenía lugar cuando los padres no hubieran nombrado tutor o cuando éste no pudiese asumir el cargo, en cuyo caso el juez debía designar un pariente del menor, de acuerdo a un orden de prelación establecido por la ley. (art 389CC)

IV. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE LAS PERSONAS EN RAZÓN DE SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.⁴⁵

1. APRECIACIÓN GENERAL.

Lamentablemente, la nueva normativa ha perdido la oportunidad de separar de manera adecuada la situación de aquellas personas que se encuentran dentro de un régimen de restricción de su capacidad de ejercicio dispuesto por sentencia judicial, de aquellas otras que padecen deficiencias intelectuales que afectan su discernimiento, pero que no han sido sometidas a proceso alguno.⁴⁶ Según Zannoni, “he aquí la fuente inicial de equívocos”.⁴⁷

Así, por ejemplo, el art. 31 inc. a) reitera el principio de capacidad que emana del art. 23 de la nueva normativa (que se halla también en el art. 3° de la ley 26.657), pero al agregar “aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial” indica que se refiere al discernimiento y no a la capacidad.

⁴⁵ La nueva norma incluye luego del régimen de restricciones a la capacidad de ejercicio a causa de la menor edad, las correspondientes a las personas adolescentes (mayores de 13 años) y mayores de edad (mayores de 18 años) en razón de discapacidad, y –a partir del art. 48- las restricciones por prodigalidad.

⁴⁶ “dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión “incapacidad natural” o “incapacidad accidental”, pues tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces.” (CNCIV, Sala A, 20/9/60, LL, 101-232, y JA, 1961-III-118 (voto del Dr. Llambías).

⁴⁷ ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. pag. 243.

El mismo artículo 31, a continuación, sienta los principios de excepcionalidad de las restricciones de la capacidad de ejercicio y el de beneficencia (“se imponen siempre en beneficio de la persona”, según el inc. b)

El art. 31 en su inc. c) reitera a la ley 26.657 en tanto dispone la debida intervención interdisciplinaria en materia de salud mental, punto en el que es dable aclarar que “interdisciplinario” implica mucho más que “multidisciplinario”. “La multidisciplinaria (...) consiste en el abordaje del mismo objeto de estudio por diversas disciplinas (...) En cambio, en la interdisciplina, en lugar de yuxtaponerse esas miradas, se intersectan. Vale decir, sus conclusiones se funden en una sola, lo que requiere un nivel de diálogo, discusión y apertura entre los profesionales que permita que dicha parte del trabajo se integre”.⁴⁸

El inc. d) refiere directamente a la dignidad de la persona en cuanto al derecho de recibir todo tipo de información, lo que constituye el soporte necesario para que ella participe en el proceso con la asistencia letrada que debe facilitarle el Estado, tal como lo dispone el inciso e).

Finalmente, el inciso f), al que ya hemos hecho referencia, dispone que “deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas a los derechos y libertades”

⁴⁸ JULIO A. MARTÍNEZ ALCORTA. “Responsabilidad Civil de los Equipos Interdisciplinarios de Salud Mental”. en INFOJUS, Doctrina Pág. 128. 27 de Mayo de 2015. Id Infojus: NV11382

2. ALCANCES DE LA SENTENCIA. REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA.

La redacción final del art. 32 permite al juez restringir la capacidad de ejercicio de personas determinadas, bajo las siguientes reglas:

-debe tratarse de una persona mayor de 13 años.

-la persona debe padecer “una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”.

La adicción o la “alteración mental”⁴⁹ debe ser comprobada por un equipo interdisciplinario (arts. 31 y 37 in fine), el juez debe “garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso, entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna” (art. 35) y permitir su intervención en el proceso (art. 36).

Las adicciones se asimilan a las deficiencias intelectuales. Por tanto, la categoría de “inhabilitados” sólo incluye a los pródigos (arts. 48, 49 y 50). Así, los demás supuestos previstos en el derogado art. 152 bis (conf. ley 17.711), quedan subsumidos dentro del régimen general de restricciones a la capacidad de ejercicio que describe el art. 32 de la nueva norma.

⁴⁹ La CDPD en su art. 2º habla, a nuestro entender con mayor claridad, de “deficiencias mentales, intelectuales”. Una “alteración”, entendida como “Cambiar la esencia o forma de algo” (según diccionario RAE) puede provocar en la persona que ésta tenga una capacidad intelectual superior a lo común. Esto último, obviamente, no es causal de restricción a la capacidad de ejercicio.

La sentencia, conforme con el art. 37, debe indicar el diagnóstico y el pronóstico, la época “en que la situación se manifestó”, los recursos de la persona y de su entorno, y el régimen “para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.”

Este régimen, acorde con el art. 32, debe determinar cuáles son las restricciones a la capacidad de ejercicio que a la persona se le imponen y sólo excepcionalmente el juez puede declarar la “incapacidad”.

No estamos de acuerdo con esta última posibilidad, toda vez que por absoluta que sea la falta de discernimiento de la persona en cuestión, nunca debe perder el derecho a opinar sobre su persona y sus bienes y a que su opinión sea tenida en cuenta. El hecho de que no pueda hacerlo (cuestión de la naturaleza) no implica la pérdida del derecho a hacerlo (cuestión jurídica) cuando eventualmente pueda hacerlo. De allí que calificamos incorrecto mantener la categoría de “incapaz”.

De la lectura del art. 32 parece apropiado deducir que ante un régimen de “incapacidad” corresponde nombrar un “curador” y en los casos de restricciones a la capacidad de ejercicio el nombramiento de un régimen de apoyos, descrito en el art. 43.

Empero, esta interpretación no es acorde con lo dispuesto en el art. 101 inc. c). De su lectura resulta la admisión de la posibilidad de que los apoyos tengan “representación”, la que no excluye un régimen de asistencia (art. 102).

Por ello entendemos –en la búsqueda de una interpretación armónica de los arts. 32, 43 y 101- que la sentencia no necesita “declarar”

a una persona “incapaz”, sino establecer los actos que no puede realizar por sí misma y designar los apoyos pertinentes y, también sin declararla incapaz, puede disponer que en algunos actos sea representada por la misma persona que constituye el apoyo o por un curador.⁵⁰

Cabe advertir especialmente que tanto el régimen de apoyo como la curatela pueden estar integrados por distintas personas, con intervención conjunta o indistinta o con intervención en materias diferentes cada uno de ellos.

La nueva normativa no ha hecho referencia a que esos cargos puedan estar desempeñados por personas jurídicas.⁵¹ La omisión no debería ser interpretada como prohibición.

Seguramente, este nuevo régimen exige del notario el análisis detallado de la sentencia para poder calificar si el otorgante tiene o no la capacidad suficiente para otorgar el acto.

Consideramos útil para la determinación de las restricciones a la capacidad de ejercicio la utilización del nomenclador o protocolo diferencial elaborado y aprobado por la Organización Mundial de la Salud denominado “Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud” (CIF), mediante el cual se otorgan en nuestro país en sede administrativa los llamados “Certificados Únicos de

⁵⁰ Ver: OLMO, Cuando la gente pide insania y los jueces dicen que no. Nuevas respuestas en materia de salud mental y capacidad. “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”. 2012-251.

⁵¹ Ver: ZITO FONTAN. El ejercicio de la tutela por personas jurídicas en el derecho español. En Revista Notarial 959.

Discapacidad” (CUD).⁵² Creemos que en el futuro cercano será ésta una herramienta imprescindible tanto para el dictado de la sentencia como para entender sus alcances.

3. PUBLICIDAD Y EFECTOS DE LA SENTENCIA.

El art. 39 dispone la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que se rige por las disposiciones de la ley 26.413, que sustituyó al D.L. 8204/63. La publicidad se explicita mediante “constancia al margen del acta de nacimiento”. Estas últimas normas disponen que “sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de fondo de la Nación, los actos mencionados en este capítulo no producirán efectos contra terceros sino desde la fecha de su inscripción en el Registro.” (art. 89, ley 26.413).

Acorde con estas disposiciones, el art. 44 del nuevo código sanciona con nulidad “los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

No aparece en el nuevo articulado la segunda parte del art. 473 del código civil anterior que, conforme con la ley 17.711, disponía que “Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y

⁵² Ver LEIVA, La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud como herramienta de diálogo interdisciplinario para la aplicación del art. 152 del Código Civil” Revista Notarial n° 968, p. 607.

a título oneroso”. Frente al conflicto de intereses entre el tráfico jurídico y los derechos de la persona con discapacidad, el nuevo código da prevalencia –conforme con los nuevos paradigmas en materia de salud mental⁵³- a éstos últimos.

Cabe reconocer, empero, que dado que ni el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas ni el Registro Nacional de las Personas (que se rige por la Ley Nacional 17.671) poseen en la actualidad una base de datos accesible de manera inmediata para el público en general, se generará una importante fuente de inseguridad jurídica.

Resulta imperioso, entonces, la formación de esa base de datos, la que ha de tener la característica de su accesibilidad. Entretanto, en la práctica, resulta imposible la consulta de la partida de nacimiento de cada persona que otorga un acto jurídico, no sólo en sede notarial sino también judicial, administrativa y privada.⁵⁴

El nuevo régimen no innova mayormente con relación a la nulidad por falta de discernimiento de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia (art. 45) ni con relación a los de la persona fallecida (art. 46).

Sólo el inc. c) del art. 45 agrega la posibilidad de anulación de los actos a título gratuito anteriores al dictado de la sentencia. En oportunidad de efectuar un comentario anterior, dijimos que “la norma

⁵³ Igual opción efectúan, entre otros, los códigos de España (art 218, 1261, 1263 y art. 6º inc. 3); Italia (423 y 427) y Francia (493-2 y 502).

⁵⁴ Aplicada la norma sin concesiones, debería requerirse la partida de nacimiento actualizada de cada otorgante de cada acto jurídico. Así, no sólo debería solicitarse en sede notarial, sino también para cualquier presentación judicial o bancaria (ej. cobrar un cheque) o administrativa (cualquier supuesto en el que una persona peticiona a las autoridades).

en comentario también facilita la acción en los supuestos de actos a título gratuito, lo que resulta indiscutible”.⁵⁵

Empero, existen opiniones encontradas, pues se ha dicho que “no se entiende por qué el legislador ha decidido equiparar esas actuaciones negativas a los actos a título gratuito”.⁵⁶

Entendemos que cuando no se ha obtenido una sentencia posterior de restricción a la capacidad de ejercicio, es necesario probar la falta de discernimiento *en el momento* de la celebración del acto (art. 261). Lo que el art. 45 postula es que si existe una sentencia posterior de restricción a la capacidad de ejercicio, la acción se facilita y resulta entonces suficiente probar la falta de discernimiento del otorgante *a la época* de la celebración del acto, tal como indica el inciso a). De allí que el art. 37 en el inc. b) requiere que la sentencia consigne la “época en que la situación se manifestó”.

Dado que los actos a título gratuito presentan una peligrosidad especial⁵⁷, no parece descabellado –según entendemos– que el legislador

⁵⁵ Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado. Eduardo Gabriel Clusellas Coordinador. Ed. Astrea y FEN. tomo I pág. 170.

⁵⁶ TAIANA BRANDI. “¿Protección? de las Personas con Discapacidad y de la Legítima en el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.” en Revista del Instituto de Derecho e Integración. Nro. 10. Pág. 30. Por “actuaciones negativas” la autora se refiere a la ostensibilidad de la enfermedad o la mala fe del cocontrante, esto es, a los inc. a) y b).

⁵⁷ “El peligro de la facultad de donar no consiste en la elección, acaso irreflexiva, del donatario a cuyo favor se constituye la donación, sino en la determinación misma en virtud de la cual el donante se priva voluntariamente de una parte de sus bienes que debería retener y aplicar a sus necesidades, ese peligro desaparece enteramente cuando se trata de una sucesión por causa de muerte...” SAVIGNY “Sistema de Derecho Romano Actual” libro II, Cap. III, Centro Editorial de Góngora. 2da. ed. Madrid s/f. Pág. 147.

facilite la anulación de éstos si se otorgaron dentro de la “época en que la situación se manifestó”, sin necesidad de probar la falta de discernimiento *en el momento* de la celebración del acto, sea ostensible o no la deficiencia intelectual de la persona en cuestión. Por otro lado, quien se perjudica por la anulación, deja de tener una ganancia pero no sufre ningún perjuicio con relación a su situación anterior a la donación.

V. DERECHOS PERSONALÍSIMOS.

1. SU INCLUSIÓN EN EL NUEVO ORDENAMIENTO.

El capítulo 3 del libro primero, título I del CC y C de la Nación regula la protección de los derechos personalísimos. Esta inclusión da respuesta a la doctrina jurídica argentina que reiteradamente reclamó la sanción de un régimen ordenado de los derechos personalísimos.

A lo largo de 10 artículos (arts. 51 a 61) se regula especialmente la protección de los derechos catalogados por Cifuentes⁵⁸ como derechos a la integridad espiritual. Se refieren entonces a: la intimidad, honor, imagen e identidad. Incluye también normas sobre disposición del propio cuerpo, consentimiento informado, investigaciones en salud, directivas anticipadas y destino del cadáver

Se confirma así que el Derecho Privado debe responder hoy a los principios constitucionales y convencionales, así como a lo normado en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados

⁵⁸ CIFUENTES, Santos, “Derechos Personalísimos”. Buenos Aires, Ed. Astrea. 1995. Pág. 320.

por nuestro país, de acuerdo a la supremacía consagrada por la propia Constitución Nacional Argentina (art. 31 y 75 inc. 22).

2. INTERVENCIÓN NOTARIAL.

Un aspecto trascendente de la actividad del notariado latino es su función social, que se vincula estrechamente con la protección de los derechos personalísimos. Tanto en la elaboración de documentos notariales como en el asesoramiento brindado a sus requirentes, el notario desarrolla una labor personalizada y trascendente para garantizar el respeto y el efectivo ejercicio de dichos derechos. Así, recepta, interpreta y encuadra legalmente la voluntad genuina de sus requirentes, protegiendo su derecho a la autodeterminación personal (art. 19 CN), para plasmar luego dicha voluntad, de manera fehaciente, en documentos auténticos y adecuados.⁵⁹

Por otro lado, el desarrollo vertiginoso de la tecnología requiere también de la actuación notarial para proteger derechos. Las redes sociales y otros medios informáticos, permiten hoy la publicación de expresiones agraviantes o difamatorias que pueden resultar efímeras pero suficientes para causar daños en la honra o reputación de una persona. Sin lugar a dudas, la intervención notarial resulta adecuada a fin de acreditar fehacientemente estas situaciones.

⁵⁹ Poderes, donaciones, fideicomisos, rentas vitalicias, actos de autoprotección, directivas anticipadas en salud, testamentos, son entre otros, instrumentos idóneos para garantizar el respeto a los derechos personalísimos de acuerdo a las circunstancias de cada uno.

3. CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS E INVESTIGACIONES EN SALUD.

Entre los derechos personalísimos contemplados por el CC y C, el artículo 59 regula el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. La norma sigue en líneas generales lo dispuesto por el artículo 5 de la ley 26529 modificada por la ley 26742. Su análisis y comparación entre ambas normativas vigentes, excede las posibilidades de este trabajo, pero cabe señalar la referencia expresa a las directivas anticipadas que se regulan en el artículo siguiente (art. 60).

En efecto, el artículo 59 define al consentimiento informado como la declaración de voluntad expresada por el propio paciente, luego de recibir la información adecuada y, en su último párrafo, admite su otorgamiento por terceras personas únicamente en el caso en que aquel se encuentre absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad, al tiempo de la atención médica, *y no lo haya expresado anticipadamente*.⁶⁰ Cabe afirmar pues, que la voluntad del paciente expresada en una directiva anticipada debe acatarse por encima de la opinión de su representante legal, parientes o allegados. Ante lo cual cobra especial relevancia acreditar dicha voluntad de modo fehaciente, de manera que su autenticidad y contenido no admitan la menor duda. El tema se vincula con los actos de autoprotección que se tratan en el siguiente ítem.

⁶⁰ El consentimiento informado puede ser otorgado en este caso por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. (art. 59 CCyC *in fine*)

4. ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN O “DIRECTIVAS ANTICIPADAS”.

4.1 Contenido del acto y supuestos de aplicación.

El nuevo código dedica el artículo 60 a las “Directivas médicas anticipadas” y el 139 a las “Personas que pueden ser curadores”. Ambos hacen referencia a la designación del propio curador para la eventualidad de quedar incluida la persona en un régimen de restricción a la capacidad de ejercicio.

La redacción de los preceptos es exigua y oscura. Lamentamos que no se haya tenido en cuenta el proyecto que en el año 2012 redactó la Comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino” y que tuvo estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación.⁶¹

En cuanto al *contenido* del acto, el primero de los artículos, bajo referencia a cuestiones de salud, admite expresamente: a) Anticipar directivas; b) conferir mandato; y c) designar a las personas que han de expresar el consentimiento informado y ejercer la curatela.

La conjunción “y” (“respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad) quita claridad a la disposición, ya que de no existir, resultaría nítido que las directivas de salud y el mandato se anticipan en previsión de la propia “incapacidad”⁶² La conjunción parece indicar que

⁶¹ Proyecto 2707-D-2012.

⁶² Entendemos que no hace referencia a la declaración judicial de restricción a la capacidad de ejercicio sino a la mera pérdida del discernimiento necesario para tomar las decisiones por sí mismo.

las directivas y el mandato a los que se refiere pueden ser de salud “y” con cualquier otro objeto, “en previsión de la propia incapacidad”. De todas maneras, el reconocimiento expreso que efectúa esta frase de las directivas de salud no puede ser interpretado nunca como impeditivo de otros contenidos, toda vez que esa posibilidad está amparada por el art. 19 C.N. y especialmente en el art. 12.4 y ccs. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y reconocido reiteradamente por los más altos tribunales.⁶³

Algo similar puede decirse de la posibilidad de la designación del propio curador que reitera el art. 139. Sería absurdo entender que la admisión de la designación del propio curador lo sea con el único objeto de atender a la salud del disponente. La inclusión en el art. 139 (primer párrafo) junto con los supuestos siguientes de la posibilidad de designación de curador por los padres para los hijos con restricción a la capacidad de ejercicio (que no reconoce límites en cuanto a la materia en que ha de ocuparse el curador) elimina toda duda.

Por otro lado, de la remisión que efectúa el art. 138 al régimen de la tutela resulta que tal designación debe ser aprobada judicialmente (art. 106) pero que el juez no puede designar para ese cargo a quienes “hubieran sido expresamente excluidos... excepto que según el criterio del juez resulte beneficioso...” (inc. k del art. 110).

⁶³ “En efecto, esta Corte, en innumerables precedentes ha resaltado el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el art. 19 de la C.N., no sólo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de este para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo.” CSJN “D., M. A. s/ declaración de incapacidad” 07/07/2015.

Resulta indudable que esta normativa se aplica no sólo a los supuestos de “incapacidad” del art. 32 in fine, sino a todos los supuestos de restricción a la capacidad de ejercicio de manera parcial.

4.2 Capacidad del otorgante.

El nuevo código ha optado por mantener la vigencia de las leyes 26.529 (Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud) y 26.742 (llamada de “muerte digna”).

Tanto el art. 60 del nuevo código como el art. 11 de la ley 26.529 exigen que las directivas anticipadas sean otorgadas por personas plenamente capaces.

Una primera duda surge de la lectura del art. 26 del nuevo código con relación a las personas menores de edad. Entendemos que a partir de los 16 años se adquiere la plena capacidad para otorgar directivas anticipadas, aunque se generan dudas con relación a la categoría de 13 a 16 años y a los menores de 13.

También surgen en cuanto a la posibilidad del otorgamiento de estos actos por personas con capacidad restringida (primera parte del art. 32) cuando el juez no ha restringido expresamente la capacidad para el otorgamiento de este tipo de actos.

El derecho de las personas menores de edad a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez, tal como ya lo hemos afirmado, es reconocido con la amplitud suficiente para abarcar todos los asuntos de su interés, tanto en la CDN (art. 12) como en la ley 26061 (artículos 2, 3, 19, 24 y 27). Por otra parte,

el art. 2 inc. e) de la ley 26.529 admite la competencia bioética de los niños, niñas y adolescentes para la toma de decisión en materia de salud conforme con las disposiciones de la ley 26.061, esto es, cuando tienen el discernimiento necesario para ello.

Ante esta contradicción normativa, la respuesta debe encontrarse en la conocida distinción entre escrituras propiamente dichas (que tienen por contenido actos jurídicos conforme art. 299) de las actas que, de acuerdo con el art. 310 del nuevo código, “tienen por objeto la comprobación de hechos.” Así, cuando la persona resulta “plenamente capaz” está en condiciones de otorgar un verdadero acto jurídico, obligatorio para el galeno a cargo, salvo que la disposición contenga la previsión de prácticas eutanásicas que resultan prohibidas, tanto por la nueva norma como por las leyes precedentemente citadas.

En cambio, cuando la capacidad o el discernimiento no son completos, el notario puede labrar acta en la que constata el hecho de la expresión de voluntad. Se cumple así con el derecho de toda persona, aún menor de edad o sujeta a un régimen de restricción a la capacidad de ejercicio, de opinar para que su opinión sea tenida en cuenta. Esa manifestación de voluntad no será de cumplimiento obligatorio, pues los destinatarios sólo tendrán la carga de atender al contenido de dicha manifestación y de sopesarla adecuadamente.

El notario deberá distinguir claramente un supuesto del otro, esto es, si se trata del otorgamiento de una escritura o de la confección de un acta.

Al respecto, acerca de la obligatoriedad de las directivas anticipadas, ha dicho nuestro máximo tribunal con relación a las leyes 26.529 y 26.742 que “se reconoció a las personas que se hallan en esas situaciones límite, como forma de ejercer la autodeterminación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos ... estas previsiones consagradas por la legislación especial no resultan incompatibles con las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado por la ley 26.944...”⁶⁴ Así, el hecho de que el nuevo código no reproduzca la expresión “Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo”⁶⁵ contenida en el art. 11 de la ley 26.529, no ha de ser entendido en el sentido de que el nuevo código ha quitado ese efecto a las directivas anticipadas otorgadas por personas “plenamente capaces”.⁶⁶

4.3 La forma.

El nuevo código no contiene referencia alguna acerca de la forma de las directivas anticipadas o actos de autoprotección. Sólo subsiste en la legislación el párrafo agregado al art. 11 de la ley 26.529 por la ley 26.742. Se refiere sólo a las directivas anticipadas de salud y dispone que “la declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos testigos.”

⁶⁴ “D, M. A. s/ declaración de insania” 07/07/2015.

⁶⁵ Sobre este párrafo ver de los autores “Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la ley 26.529)” en L.L. 2009 F p. 209.

⁶⁶ En contra: LAFERRIERE y MUÑIZ “Directivas Anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado”. en Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año VII, N° 5 (junio 2015) Pag. 147 y ss.

RÉGIMEN DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS HUMANAS...

La trascendencia de la emisión de voluntad en un acto de autoprotección o directiva anticipada no sólo existe cuando se trata de temas de salud. La designación del propio curador, los deseos en lo atinente a los cuidados de la propia persona y de quiénes están autorizados para llevarlos a cabo, la administración del patrimonio y otras cuestiones más, también son extraordinariamente importantes.

Por ello, partiendo de que estas disposiciones están destinadas generalmente a personas, lugar y tiempo indeterminados, el instrumento adecuado es la escritura pública, dado que ella asegura su autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta y matricidad, protegiéndolo, así, ante la posibilidad de alteración o pérdida.

De todas maneras, en lo que atañe a la práctica notarial, no ha de olvidarse la vigencia de lo dispuesto en el art. 11 de la ley 26.529 conf. ley 26.742, ya transcripto. Él se refiere únicamente a cuestiones de salud, exige la presencia de dos testigos y el otorgamiento en sede judicial o ante escribano público.

Entendemos que “ante escribano público”, al referirse al otorgamiento del acto, hace referencia a “escritura pública” y no a una mera certificación de firmas. En el caso de la certificación de firmas el acto no se otorga ante el escribano sino que sólo se lo rúbrica en presencia del notario. Éste no interviene necesariamente en su autoría.⁶⁷

⁶⁷ Dicho esto sin desconocer el contenido del Decreto 1.089/12, reglamentario de las leyes 26.529 y 26.742. Este decreto excede en mucho la función de un decreto reglamentario, incluye exigencias no previstas en la ley de fondo, a la que desvirtúa.

Para la ubicación de estas decisiones en tiempo oportuno funcionan desde hace ya una década los “Registros de Actos de Autoprotección” en los colegios notariales de las provincias argentinas, cuya información se centraliza en el Centro Nacional de Actos de Autoprotección que funciona en el Consejo Federal del Notariado Argentino.

En otra oportunidad consignamos que más allá de las consideraciones referidas a la importancia de la escritura pública en este tipo de actos, “por razones de elemental respeto a la persona humana, el incumplimiento de determinados recaudos o formalismos no debería impedir el acatamiento de actos de autoprotección cuya exteriorización libre, consciente e intencionada no abrigue dudas.”⁶⁸

Dicha aseveración cuenta ahora con el aval del reciente fallo ya citado, en el que nuestro tribunal superior afirmó ante la inexistencia de directivas anticipadas otorgadas por la persona en estado vegetativo persistente que “corresponde examinar si pese a esas circunstancias es posible conocer cuál es la voluntad de M., A. D. respecto de esta cuestión.”⁶⁹ Esto es, siempre hay que buscar la real voluntad del disponente. Por otro lado, el tribunal señala que, en el caso, la ausencia de directivas anticipadas formalizadas por escrito “no puede entenderse indicativa de voluntad alguna si se tiene en consideración que al

⁶⁸ CCC comentado t. I pág. 240.

⁶⁹ “D., M. A. s/ declaración de insania” 07/07/2015. Contrariamente a lo ocurrido en este caso, la SCBA el 9/2/05 (L.L: 2005-B-267) no tuvo acreditado en los hechos existencia de voluntad alguna de la causante.

momento del accidente⁷⁰ no solo no se encontraban vigentes las normas que aquí se examinan, sino que esa práctica no era habitual ni se hallaba tan difundida socialmente la posibilidad de hacerlo como ocurren en la actualidad”. De lo cual se desprende la mayor trascendencia que hoy debe darse a su otorgamiento o ausencia y su importancia a la hora de respetar la real voluntad de quien no puede expresarse.

El art. 60 establece que “esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.” Parece apropiado que en estos supuestos, en aras al respecto de la voluntad del paciente, cualquiera sea la forma, la decisión posterior revoque a la anterior.

Quizás, una redacción más apropiada del párrafo hubiera sido la siguiente: “El consentimiento informado posterior, cualquiera sea la forma, revoca la directiva anticipada anterior.” De esta manera se aventaría la posibilidad de que una directiva anticipada otorgada con todas las formalidades y recaudos del caso, pudiera quedar desvirtuada por el testimonio de un pariente disconforme con ella, que asevere una supuesta voluntad posterior del otorgante.

4. 4. La subsistencia del mandato.

El art. 60 configura una excepción al art. 380 inc. h) que establece la extinción del poder por la pérdida de la capacidad exigida en el representado, toda vez que autoriza expresamente a conferir mandatos

⁷⁰ El estado vegetativo del paciente en este caso data de más de 20 años.

en previsión de la pérdida no sólo del discernimiento sino también de la capacidad.⁷¹

VI. COLOFÓN.

El notariado, ya antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ha debido considerarlo. En efecto, ante la consulta por un testamento o una donación, por ejemplo, ha tenido que considerar que el testador o el donante, en su caso, seguramente podían fallecer con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa. Atento a lo preceptuado por su art. 7º, la redacción de la documentación y el correspondiente asesoramiento debió efectuarse de manera acorde con las novedades.

Ello ha debido hacerlo cada uno de los integrantes del cuerpo notarial con escasa elaboración doctrinaria y carente, en absoluto, de jurisprudencia.

Por tal motivo, estamos esperanzados en que los presentes apuntes constituyan una herramienta útil para los notarios y para el resto de la comunidad jurídica ante este enorme desafío.

⁷¹ Conf. XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, octubre 1995.

LEGISLACIÓN

REUNIONES DE ESTUDIO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Natalia Andrea ECHECURY¹

Marianela Rosana GRAIZZARO²

Romina Andrea RAJMIL³

El Instituto de Derecho e Integración inició sus actividades del presente año invitando a todos los colegas a participar en el estudio e interpretación del Código Civil y Comercial de La Nación.

A tal efecto organizó un taller con el principal objetivo de estudiar la nueva normativa, y en especial, los siguientes temas : a) persona Humana; b) capacidad; c) menores; d) restricciones a la

¹ Abogada. Notaria, egresada Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Adscripta a la cátedra Residencia de la Minoridad y Familia de la Facultad de la Universidad Nacional de Rosario.

² Abogada. Notaria, egresada Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

³ Abogada. Mediadora, egresada Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Adscripta a la cátedra Residencia de la Minoridad y Familia de la Facultad de la Universidad Nacional de Rosario.

capacidad, y apoyos al ejercicio; e) inhabilitados; f) representación, tutela, curatela; g) derechos personalísimos; h) nombre; i) domicilio; j) ausencia y presunción de fallecimiento; k) fin de la existencia.

Las reuniones de estudio continúan llevándose a cabo cada quince días. Los integrantes del taller siguen debatiendo sobre la nueva normativa con gran interés.

En base a estos debates y a las conclusiones arribadas, las Doctoras Natalia Andrea Echechury, Romina Andrea Rajmil y Marianela Rosana Graizzaro, con la colaboración de la Escribana Stella Maris Stelrich, elaboraron un interesante trabajo. Desde el IDEI decidimos compartirlo, ya que sintetiza lo tratado en estas reuniones.

En esta oportunidad el tema se circunscribirá a la capacidad de la personas.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

LIBRO PRIMERO

CAPÍTULO 2

ARTÍCULO 22. *“Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.”*

El art. 22 se refiere a la Capacidad de Derecho (Capacidad en sentido amplio).

Debemos destacar que, tal como lo expresa el artículo, la capacidad es LA REGLA GENERAL. El nuevo Código mantiene la diferenciación entre capacidad de derecho y de hecho, sólo que define a esta última como capacidad de ejercicio.

Respecto a la capacidad de derecho, establece que la misma sólo puede ser privada o limitada, por la ley, respecto de determinados:

- hechos,
- actos jurídicos,
- y agrega simples actos.

ARTÍCULO 23. *“Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.”*

El principio general es que todas las personas poseen capacidad de ejercicio, excepto los casos previstos en éste código y en sentencias judiciales. Sin embargo, la capacidad también podría ser limitada por otras leyes y convenciones.

Las restricciones a la capacidad de ejercicio deben ser minuciosas y detalladas.

ARTÍCULO 24. *“Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:*

a. la persona por nacer;

b. la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;

c. la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.”

Consideramos erróneo el título establecido en este artículo “personas incapaces de ejercicio” dado que sólo tienen capacidad restringida respecto de determinadas cuestiones. Y repetimos que el principio general es la capacidad, con las únicas excepciones que prevé el Código y las que determine una sentencia judicial.

Este artículo comienza enunciando a las personas por nacer. Resulta redundante su mención dado que es una limitación establecida por la naturaleza misma.

El inc. “b” menciona como incapaz de ejercicio a la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, incorporando de esta manera un criterio mixto (al parámetro etario fijo se agrega el parámetro flexible del grado de madurez suficiente, el cual variará, independientemente de la edad, según el caso concreto de cada niño, niña o adolescente), que se ve reflejado a lo largo de todo el articulado del código.

Por último el inciso “c” refiere a la persona declarada incapaz por sentencia judicial. Insistimos que no debería denominarse incapaz, sino persona con capacidad restringida. Se contraponen al sistema rígido Velezano (capacidad/incapacidad) un nuevo sistema flexible, debiendo

a tal fin recurrir a la sentencia de restricción de dicha capacidad para determinar su alcance. Es decir, si esa sentencia no impide a la persona realizar un determinado acto, no podemos ser nosotros quienes la incapacitemos, excepto que observemos falta de discernimiento.

ARTÍCULO 25. *“Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.*

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.”

Como se desprende del artículo, el Código mantiene la categoría de personas menores de edad como aquellas que no han cumplido 18 años. Se incorpora la figura de Adolescente entendiendo por tal al menor que ha cumplido 13 años. De esta manera se elimina la vieja distinción entre menor impúber y menor adulto.

ARTÍCULO 26. *“Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

Este artículo abarca tres grandes temáticas:

- Representación del menor de edad,
- Derecho a ser oído y participación,
- Competencia Bioética de los adolescentes.

El primer párrafo expresa como norma general, que el menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, invirtiendo la regla plasmada en el artículo 23 anteriormente mencionada. Lejos de ser la regla, debería ser la excepción, ya que sólo tiene su sustento cuando no pueda ejercerlos por sí mismo, solo o con asistencia. Es decir que se trataría de una figura residual.

Interpretamos que el fundamento de esta representación, tiene sus raíces en el deber de cuidado, intrínseco en las relaciones parentales, por lo que no sería necesaria, en muchos casos, una representación legal .

Por ejemplo, cuando los progenitores adoptan decisiones por sus hijos menores de edad en el ámbito de los derechos personalísimos, que sólo pueden ser ejercidos por su titular, lo hacen cumpliendo un deber de cuidado cuando el hijo no puede decidir por sí mismo, y no en ejercicio de la representación legal.

La representación legal es necesaria cuando el menor de edad no puede ni con asistencia ejercer sus derechos por sí mismo. Se deben tener en cuenta los principios generales de la responsabilidad parental establecidos en el artículo 639 del CCN, que en su inciso b) dispone: “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.”

Continúa en el segundo párrafo precisando que “no obstante, el que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos QUE LE SON PERMITIDOS por el ordenamiento jurídico”. Con esta frase nuevamente se está restringiendo la capacidad del menor, dejando entrever el concepto de que el niño es incapaz de hecho, siguiendo con la antigua postura del código civil velezano. De esta manera se acude a una contradicción literal, ya que por un lado se amplía la capacidad del menor con los conceptos de edad y grado de madurez suficiente pero, por el otro, se la restringe con la expresión de que sólo podrán ejercer los actos que le son permitidos.

Consideramos que en realidad el artículo debería decir que PUEDEN REALIZAR TODOS LOS ACTOS, EXCEPTO LOS PROHIBIDOS.

En síntesis, según este artículo, el menor debería reunir tres requisitos para actuar por sí mismo sin la intervención de sus representantes legales:

- Edad suficiente.
- Grado de madurez suficiente.
- Que el acto que pretende realizar le fuese permitido por el ordenamiento jurídico.

Se analizaron en las reuniones los diferentes supuestos que pueden presentarse en la escribanía, con respecto a actos que involucren intereses de menores de edad. Se expresó que, aún cuando el acto sea otorgado por sus representantes legales, debe respetarse el derecho a ser oído del menor de edad, su comparecencia y firma tratándose de adolescentes. En el caso de niñas o niños de corta edad, resulta adecuado a las normas vigentes, dejar constancia de su presencia, de que ha sido informado sobre el contenido del acto, y de su opinión, aunque debido a su corta edad no suscriba el instrumento.

Debemos destacar que el escribano siempre ha evaluado el discernimiento de la persona que pretende realizar un determinado acto. Si bien esta es una situación que exige tomar mayores recaudos, no debe ser una causal por la cual estos denieguen a los menores su derecho a realizar un acto.

En el mismo párrafo de este artículo que analizamos, se establece que en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, el menor puede intervenir con asistencia letrada. Se hace referencia a la

posibilidad del menor para estar en juicio, y se relaciona con el artículo 109 referido a Tutela Especial, con la salvedad de que en éste último se nombra específicamente al ADOLESCENTE, a diferencia de este artículo donde no especifica límite de edad alguno.

En el tercer apartado la norma enuncia el derecho del menor a ser oído en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Dicho apartado parecería ser acotado, sin embargo debemos interpretarlo armónicamente con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones Generales emitidas por el Comité sobre los Derechos del Niño y leyes especiales, que extienden este derecho a todos los ámbitos que conciernen a los menores y que tengan interés.

Así es como este principio se ve reflejado no sólo en este párrafo sino en todo el articulado del nuevo Código: responsabilidad parental (art.639 inc C, 646 inc C, 653 inc C y 655), tutela (arts. 104, 113 y 117), adopción (arts. 595 inc F, 598, 626 inc D, 635 inc C, procesos de familia (art.707) y nulidad del matrimonio (art.425), entre otras disposiciones.

La cuarta parte del artículo, regula la competencia bioética de los adolescentes, es decir, el derecho de éstos de decidir sobre aquellas cuestiones inherentes a su propio cuerpo y a su salud.

La norma distingue según se trate o no de tratamientos invasivos que comprometan el estado de salud o pongan en riesgo la vida o integridad, al referirse a los adolescentes entre los 13 y 16 años.

Se discutió en las reuniones del Instituto sobre qué debemos interpretar como tratamientos invasivos, debido a que no hay una definición al respecto. Algunos opinaron que el Código alude a aquellos estudios o cirugías que impliquen la utilización de instrumentos en el cuerpo de la persona y además comprometan su estado de salud. Otros disintieron, alegando que un tratamiento puede ser invasivo para una persona y no para otra, ya que cada organismo reacciona diferente ante los mismos tratamientos. Por lo tanto, concluimos en que siempre habrá que analizar en cada caso concreto si estamos en presencia o no de un tratamiento invasivo.

Tratándose de un acto médico no invasivo, se presume que el adolescente tiene aptitud para decidir sobre estas cuestiones, por lo que sólo será necesario su consentimiento.

En cambio, cuando el acto médico en cuestión implique una práctica o tratamiento invasivo, el adolescente deberá prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores.

Reparamos que, en este último supuesto, el Código deja a un lado el instituto de la representación e incorpora el concepto de “asistencia” en la cual la voluntad del menor no es sustituida por la de sus padres sino que son llamados conjuntamente en el ejercicio de sus derechos.

Ahora bien, en caso de conflicto entre la voluntad del adolescente y la de sus progenitores, la norma aclara que deberá resolverse atendiendo al interés superior del menor, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico en cuestión.

Consideramos que en esos momentos es sumamente relevante el rol que ocupan los Comités de Ética en los establecimientos de salud, trabajando de manera interdisciplinaria en la solución del conflicto y evitando la judicialización de estos casos que muchas veces exigen premura.

Finalmente, el último párrafo establece que a partir de los 16 años de edad, el adolescente es considerado como un adulto para el ejercicio de su derecho personalísimo a la salud.

Analizando esta afirmación junto con el artículo 60 del Código, interpretamos que a partir de los 16 años, el adolescente puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad.

La norma no hace referencia a los niños que aún no han cumplido los trece años de edad, por lo que entendemos que será necesario el consentimiento de sus responsables parentales al momento de decidir asuntos concernientes a su salud.

No obstante ello, consideramos fundamental que se escuche al menor y se naturalice su participación. Al respecto concordamos que nada obsta a que el escribano realice un ACTA NOTARIAL plasmando la voluntad del niño que no alcanza la edad exigida para tomar una decisión relativa a su persona o su salud. Consideramos que la confección del acta con la presencia de testigos, es el modo más apropiado para garantizar su derecho a ser oído y materializar su voluntad a fin de que en un futuro sea tenida en cuenta.

ARTICULO 30: *“Persona menor de edad con título profesional habilitante. La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella”.*

En primer lugar, sin hacer alusión a límite de edad alguno, la norma permite el ejercicio de la profesión por parte del menor que haya obtenido título habilitante para ello. Esto nos genera ciertas inquietudes, especialmente con relación a dos cuestiones:

- 1) el ejercicio profesional por parte de menores de 16 años de edad, y
- 2) la administración y disposición de bienes adquiridos por menores de edad con el producto de su actividad laboral (sin título habilitante).

Al respecto, consideramos importante analizar el artículo de manera conjunta con las disposiciones de la Ley 26.390 y los artículos 681, 682, 683 y 686 del nuevo Código Civil y Comercial.

Así es como con relación al primer punto, el artículo que se interpreta, contradice la regla instaurada por la ley 26.390 que prohíbe tajantemente el trabajo realizado por personas menores de 16 años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual y sea el mismo remunerado o no. Según la referida ley, se adquiere plena capacidad laboral a partir de los 18 años. No obstante, la misma permite

que el menor que haya cumplido los 16 años de edad celebre contrato de trabajo siempre y cuando cuente con la autorización de sus padres, presumiendo la misma cuando viva solo. Excepcionalmente, la ley admite el trabajo de adolescentes que hayan cumplido los 14 años de edad, y se desempeñen en empresas familiares bajo ciertas condiciones.

Por su parte, el art. 681 del Código Civil y Comercial establece que el menor de 16 años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona, sin autorización de sus progenitores. Esto plantea el interrogante sobre si los adolescentes menores de 16 años que obtuvieron título habilitante (como por ejemplo el caso de un chico de 15 años que obtuvo título de gasista) pueden o no ejercer su profesión con la consiguiente administración y disposición de los bienes obtenidos con el fruto de su trabajo. Desde el IDeI consideramos que en estos casos, tal como lo determina el art. 681, sería necesaria la autorización de sus padres para ejercer la profesión.

Asimismo, el art. 683 del nuevo código, determina directamente la presunción de autorización de los padres del menor de edad mayor de 16 años que trabaja, para todos los actos y contratos que deriven de esa actividad.

Atendiendo al segundo punto en cuestión, advertimos que las disposiciones del código no son claras y arrojan dudas respecto a qué sucede con la administración y disposición de los bienes producto del trabajo del menor.

Por un lado, el Art. 30 establece que la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión

tiene la ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN de los bienes que adquiere con el producto de su profesión.

Sin embargo, el artículo 686 dispone en su inc. a) que el hijo tiene la ADMINISTRACIÓN de los bienes que adquiera con su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque conviva con sus padres.

Por tanto, concluimos que el menor entre los 16 y 18 años de edad que trabaja puede administrar los bienes obtenidos con el producido de su trabajo, pero no disponer de ellos. Sólo podrá hacerlo si cuenta con título profesional habilitante.

En estos casos, aconsejamos al notario acompañar al acto, la manifestación del menor de que el bien que pretende disponer ha sido adquirido con el producto de su profesión, agregando de ser posible, las constancias materiales que avalen su afirmación.

Finalmente, y relativo a la actuación procesal de la persona que cuente con título habilitante, la norma amplía notablemente el campo de actuación del menor. De este modo, el mismo podrá intervenir en juicios civiles, penales o laborales, no solo desde el rol de actor, sino también como demandado. Notamos un cambio más que positivo, ya que de este modo se brinda al adolescente, la posibilidad de desarrollar plenamente el ejercicio de sus derechos por sí mismo.

RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD (artículo 31 y siguientes)

Con el viejo Código de Vélez las personas con discapacidad o con enfermedades mentales se encontraban con constantes barreras para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

Sin embargo, desde el 2006, con la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se erigió como el máximo Instrumento Internacional de protección de las personas en situación de vulnerabilidad que garantiza y promueve el ejercicio pleno y sin discriminación de sus derechos.

Si bien en Argentina adquiere fuerza de Ley desde el 2008 (bajo el número 26.378), los profesionales del derecho (jueces, escribanos y abogados) continuábamos aplicando el Código Velezano. Recién con la incorporación del art. 152 ter por Ley N° 26.657 comenzamos a respetar los derechos ya plasmados en la Convención.

ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN. *“Igual reconocimiento como persona ante la ley*

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

Este artículo incorpora los conceptos de Apoyo y Salvaguardia, entendiendo al primero como la asistencia necesaria para que la persona pueda ejercer sus derechos por sí misma. Consideramos que la noción de apoyo no sólo remite a lo jurídico sino a todo aquello que ayude al ejercicio autónomo de los derechos de las personas vulnerables, sin que su voluntad sea reemplazada.

Por su parte, las salvaguardias apuntan a aquellas medidas necesarias a tomar para impedir los abusos y garantizar la efectiva protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Como profesionales del derecho, debemos tener muy presente el inciso 5 de este artículo que reconoce el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias, heredar bienes y controlar sus asuntos económicos en igualdad de condiciones que los demás. En ocasiones, desde nuestra profesión, por temor a que la persona en situación de vulnerabilidad, resulte engañada o se vea obligada a realizar ciertos actos tendientes a perjudicarlos, evitamos que éstas desarrollen plenamente sus derechos. Pero, entendemos que proteger no es sobreproteger.

Esto se relaciona con una corriente doctrinaria que impulsa el concepto de “DIGNIDAD DE RIESGO”. Al respecto, adherimos a la postura de Julio A. Martínez Acosta quien en su artículo “Responsabilidad civil de los equipos interdisciplinario de salud mental” sostiene que las personas con discapacidades o padecimientos mentales también tienen derecho a tomar sus propias decisiones y a equivocarse; desconocer este derecho importa una forma de anularlos. La sobreprotección resta dignidad a las personas porque afecta sus posibilidades de decidir.

Por otro lado, en las reuniones del Instituto se hizo hincapié en la Observación Nro.12 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad, que establece la necesidad de suprimir el sistema de sustitución de la persona (plasmado en el Código de Vélez) y reemplazarlo por el sistema de apoyos. Se enfatizó que, de ninguna manera, el sistema de sustitución de la persona debería existir.

El CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN refiere al tema de las RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD en su artículo 31 y siguientes.

ARTICULO 31. *“Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:*

a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;

b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;

c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;

e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;

f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.”

Este artículo, reiterando el principio establecido en el art. 23, plasma en sus incisos “a” y “b” la regla general de presunción de la capacidad, y dispone que las limitaciones a esa capacidad deben ser excepcionales.

Dicho artículo hace referencia a la capacidad general de ejercicio. Si bien no resulta claro si la norma refiere a una falta de discernimiento

o a una discapacidad decretada, interpretamos conjuntamente con los artículos 39 y 44 que aluden a la falta de discernimiento.

En el inciso “c” se establece la necesaria intervención de un equipo interdisciplinario ante la toma de decisiones judiciales sobre restricciones a la capacidad.

El inciso “d” incorpora el derecho a la información. Este derecho es indispensable para que la persona pueda tomar una decisión libremente; es por eso que resulta fundamental que dicha información sea suministrada en lenguaje sencillo, claro y adecuado a la persona que lo escucha. Esto se relaciona con el inciso seguido sobre el derecho a participar en el proceso.

Vemos en este artículo una marcada influencia de la ley de salud mental 26.657.

ARTICULO 32. *“Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.*

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

El artículo analizado comienza estableciendo la posibilidad del juez de restringir la capacidad de una persona para determinados actos, pero en su último párrafo plasma una excepción, que a nuestro parecer es innecesaria, ya que nadie debe ser declarado incapaz. Por ejemplo, una persona que se encuentra en estado vegetativo no puede ejercer sus derechos por sí porque no puede expresarse, de modo que no es necesario que haya una sentencia de incapacidad porque la limitación no es jurídica sino propia de la naturaleza.

En cuanto a la sentencia de restricción de la capacidad, el juez deberá evaluar el caso concreto y esa sentencia deberá reverse cada 3 años.

Por ejemplo, si ante nosotros, escribanos, comparece una persona que pretende otorgar un testamento, y dicha persona posee una sentencia dictada donde se restringe su capacidad de vender únicamente, podemos realizar ese testamento sin cuestionárnoslo. Pero si lo que quiere esa persona es vender, se deberá acudir al juez y solicitar la venia, para la cual el juez analizará en el caso concreto si esa venta es conveniente para la persona.

Hemos mencionado en esta ocasión una sentencia de Diego Iparraguirre (autos: MHT Juzgado Nacional de Primera Instancia n° 7 del 12/09/2014, Ar Jur/50050/14).

El artículo en análisis establece ciertos requisitos, empezando por la edad de 13 años, a partir de la cual el Juez puede restringir su capacidad (ya no a los 14 como establecía el sistema velezano). Y continúa mencionando que la persona debe padecer una adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el ejercicio de su plena capacidad pueda importar un daño a su persona o sus bienes (ya no a los terceros). Como vemos aquí, se incluye la adicción como causal para la restricción de la capacidad. Se puede restringir la capacidad ante cualquier alteración siempre que implique la posibilidad de causar un daño para sí o sus bienes.

En el segundo párrafo nos encontramos con el deber del juez de nombrar el o los apoyos necesarios. Debemos destacar que quien actúa en régimen de apoyo no sustituye la voluntad de la persona, sino que llena el vacío de esa capacidad. Es necesario volver a relacionar el artículo 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad antes analizado.

El sistema Velezano se caracterizaba por un régimen de incapacidad con curador/representante legal, a diferencia del nuevo régimen del actual Código Civil y Comercial de la Nación de restricción de la capacidad con un sistema de apoyo. El Juez puede restringir la capacidad, si la restringe debe designar el o los apoyos.

ARTICULO 33. *“Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:*

a) el propio interesado;

b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;

c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado;

d) el Ministerio Público”.

Creemos necesario destacar que, a diferencia de éste, el régimen anterior asimilaba la demencia con la incapacidad. Otra diferencia importante con el régimen velezano, es que este nuevo artículo 33 legitima para pedir la declaración de incapacidad y capacidad restringida al propio interesado.

Se llegó a la conclusión respecto a este punto que mediante un acto de autoprotección o un poder una persona podría otorgar poder a otra para que ante una eventual pérdida de discernimiento pueda, esta última, pedir la declaración de incapacidad o capacidad restringida del poderdante.

Del juego armónico de este artículo con los Arts. 139, 380 inciso h) y 60 se desprende que una persona puede designar a su propio curador, con más razón podría dar mandato a otra para que, llegado el caso, solicite la declaración de su incapacidad o restricción de la misma. Se recomendó que en dicho poder, podría establecerse, por ejemplo, que Juan le da poder a Pedro para que, cuando tal médico o la junta médica de tal lugar, considere que ha perdido su discernimiento, pueda pedir la declaración de incapacidad o capacidad restringida.

Se discutió si en ese poder o acto de autoprotección puede excluirse a alguno de los legitimados por el artículo 33, concluyendo que no sería posible ya que son legitimados por la ley (orden público). Se aconsejó otorgar, en estos supuestos, un acto de autoprotección donde se relate toda la historia familiar. Si bien una persona no puede excluir a los hijos de que puedan iniciar un proceso para restringir su capacidad o pedir su incapacidad, sí puede en todo caso, contar, en dicho acto de autoprotección, el motivo por el cual no nombra como curadores a sus hijos. Esto va a constituir una herramienta para el actuar del abogado y/o del Juez al momento de tomar una decisión.

Algunos miembros del instituto consideraron conveniente establecer en ese poder o acto de autoprotección que el testimonio quede en depósito en la escribanía y sólo sea entregado al apoderado cuando presente ante el/la escribano/a el certificado del médico o junta médica indicado/a en la escritura.

También se recomendó fijar un límite de tiempo. Creemos que en estos casos, es sumamente necesario asesorar al cliente sobre la conveniencia de realizar un acto de autoprotección por sobre el poder, ya que en el primero se puede exponer con detalle toda la historia familiar y las cuestiones que considere relevantes.

Reiteramos que no debería declararse la incapacidad de una persona, porque sí bien no puede ejercer determinados derechos por su cuenta, sí puede ejercer otros, y si no pudiera, la naturaleza misma se lo impedirá. (Por ejemplo: persona en estado vegetativo).

Otra diferencia con el artículo del Código de Vélez, es que éste legitimaba a cualquier persona del pueblo a pedir la “declaración de demencia” en casos determinados. Con relación a esta cuestión, se debatió en la reunión del instituto, si podría una persona pedir la internación de un vecino violento. Se llegó a la conclusión que con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no se podría, ya que el vecino no es más persona legitimada al efecto.

Creemos correcta esta postura ya que nosotros no somos quienes para evaluar si el vecino está enfermo o no. En todo caso, deberíamos hacer una denuncia penal y la policía evaluará en el caso concreto si es necesaria la intervención del Ministerio Público, quien sí se encuentra legitimado por el artículo en cuestión, y vendría a actuar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 en su último párrafo.

ARTÍCULO 34. *“Medidas cautelares. Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso.”*

Encontramos en este artículo, una herramienta discrecional que instauro el deber del juez de ordenar las medidas cautelares necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. La palabra “debe” en el nuevo código no es menor, ya que implica una imposición. Es así que consideramos que es importante buscar instrumentos que controlen la discrecionalidad de los jueces en esos casos.

Asimismo, debemos tener en cuenta que esta sentencia es cautelar y no causa estado, de modo que el escribano tendrá que averiguar si dicha sentencia no fue modificada o revisada.

ARTÍCULO 35. *“Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.”*

ARTÍCULO 36. *“Intervención del interesado en el proceso. Competencia. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa.*

Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio.

La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.”

Reparamos que ambos artículos, de manera acertada y siguiendo los lineamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, otorgan un papel destacado a la persona en situación de vulnerabilidad y contemplan sus necesidades específicas.

Apreciamos que el nuevo código no es más un código conceptual sino fáctico. Es así que el juez deberá entrevistar y escuchar al interesado,

atendiendo a las circunstancias particulares del mismo para dictar una resolución que responda especialmente a sus necesidades. Asimilamos esta función con la tarea que desarrolla cotidianamente el notario y creemos que es sumamente relevante se haga de ésta una práctica judicial.

Del mismo modo, estimamos fundamental la participación del interesado en el proceso, especialmente en los momentos previos al dictado de una resolución que restrinja su capacidad, garantizando de esta manera el respeto y la promoción de sus derechos.

ARTICULO 37. *“Sentencia. La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:*

- a) diagnóstico y pronóstico;*
- b) época en que la situación se manifestó;*
- c) recursos personales, familiares y sociales existentes;*
- d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.*

Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.”

El artículo transcripto ut supra exige a los Jueces una sentencia completa, y establece como requisito previo al dictado de la misma, el dictamen de un equipo interdisciplinario. No obstante, dicho dictamen no es vinculante para el Juez al momento de dictar sentencia, dado que en caso de duda siempre debe inclinarse a favor de la capacidad. De esta manera, el juzgador podrá apartarse del dictamen que pronuncia la existencia de una adicción o alteración mental, si encontrara elementos

que prueben lo contrario, o estime que la limitación a la capacidad peticionada, no beneficia a la persona, teniendo en cuenta la regla general prevista en el art. 31 inc.b) CCyC que instauro el carácter excepcional de restricción a la misma.

En cambio, si el dictamen interdisciplinario avala la buena salud mental del interesado, éste debe ser vinculante para el Juez. Así es como lo resolvió la Sala Primera en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú en el caso “A. J. C. S/ DECLARACION DE INHABILITACION”.

Por lo tanto, concluimos que una sentencia que restrinja la capacidad de ejercicio de una persona debe tener como antecedente un dictamen que determine la existencia de una alteración mental o adicción que perjudique a la persona cuya capacidad se pretende restringir o a sus bienes.

Por otro lado, vimos que el artículo en cuestión no define qué debe entenderse por interdisciplinario. Interpretamos que dicho equipo debe integrarse por profesionales de distintas ramas, no pudiendo obviarse la presencia de un médico, debido a que justamente lo que se analiza en aquel dictamen es el estado de salud de la persona.

ARTICULO 38. *“Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez*

de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”.

La sentencia que restringe la capacidad de una persona debe ser clara. Pensamos que los profesionales intervinientes (ante la celebración de un acto por parte de una persona cuya capacidad se encuentra restringida) debemos ver y analizar el alcance de la sentencia. Si dicha sentencia no nos da seguridad respecto a los actos que puede o no realizar la persona, debemos pedir al abogado que solicite una aclaratoria. Por otro lado, si llega a nuestras manos una sentencia de más de tres años de antigüedad, es necesario solicitar la revisión de la misma (según la ley de salud mental 26.657).

ARTICULO 39. *“Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro.*

Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.”

Este artículo generó el siguiente interrogante: ¿debemos los profesionales del derecho solicitar una partida de nacimiento actualizada del otorgante antes del otorgamiento de un acto? En las reuniones hubo diferentes opiniones, pero muchos entendieron que ello causaría importantes demoras, trabando así el tráfico jurídico. Los presentes se mostraron muy preocupados, sobre todo por la gravosa consecuencia del

artículo 44 respecto a la nulidad de los actos realizados con posterioridad a la inscripción de la sentencia.

Ya con el sistema Velezano, la sentencia dictada en un proceso de insania, se inscribía marginalmente en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Asimismo, la sentencia de declaración de incapacidad de una persona venía acompañada, en la mayoría de los casos, de su inhabilitación, que se anotaba en el Registro de la Propiedad. De esta manera, los notarios se encontraban cubiertos pidiendo el certificado de inhabilitación de los otorgantes del acto (aunque debemos destacar el inconveniente que resulta del alcance provincial de la anotación de una inhabilitación).

Pero el sistema actual de restricción de la capacidad, por oposición al de declaración de incapacidad, ya no necesariamente va acompañado de la inhabilitación de la persona, ya que como se dijo anteriormente, puede restringirse su capacidad para determinadas cuestiones e incluso nombrarse apoyos y seguir siendo plenamente capaz para disponer de sus bienes. Por lo tanto, resultaría imperioso en este caso tener en nuestras manos una partida de nacimiento actualizada del otorgante para asegurarnos que no haya inscrita una sentencia de restricción a su capacidad que le impida realizar el acto en cuestión.

A raíz de esto, los integrantes del Instituto manifestaron los inconvenientes de obtener una partida de nacimiento de otra provincia, ya que la misma puede demorar varios meses, y como dijimos antes, ello implicaría una importante traba al tráfico jurídico. Algunos opinaron que lo más adecuado sería que la inscripción de la sentencia de restricción

a la capacidad se realice marginalmente en el Registro de la Propiedad, es decir, en los tomos o matrículas del o los inmuebles propiedad de la persona cuya capacidad se restringe. Otros disintieron, planteando, con acierto, qué pasaría en el caso de escrituras o actos donde no haya inmuebles de por medio.

Pensamos que los Colegios de Escribanos de todo el país deben trabajar en conjunto en relación a este tema no menor, para encontrar agilidad y soluciones prácticas al respecto. Sobre esta cuestión se volvió a debatir en el análisis del artículo 44.

Reparamos que la inscripción de la sentencia de incapacidad o restricción de la misma tiene como fin la protección de la persona en situación de vulnerabilidad. No persigue proteger a los terceros co-contratantes de buena fe como lo hacía el código civil velezano.

ARTICULO 40. *“Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.”*

El artículo 40 establece el deber del juez de revisar la sentencia dentro del plazo de tres años “en el supuesto previsto en el artículo 32”. Sin embargo, contemplando que dicho artículo refiere tanto al supuesto

de restricción de la capacidad, como al excepcional de declaración de incapacidad, y no aclara a cuál de ellos se refiere. Entendemos que la revisión debe tener lugar en ambos casos.

Por otro lado, el artículo analizado, otorga el derecho del interesado a pedir la revisión de la sentencia antes de cumplido el plazo de 3 años (también entendemos que tiene lugar en ambos supuestos). Un interrogante que surgió en la reunión de estudio, es si podría pedirla el representante de quien posee la restricción o declaración de incapacidad.

Remitiéndonos al artículo 32 ya analizado, debemos destacar que si el escribano al momento de realizar un acto obtiene una partida de nacimiento del otorgante donde consta inscripta una sentencia de restricción a su capacidad cuya antigüedad supera los 3 años, debe solicitar su revisión.

A su vez, el artículo 40 obliga al Ministerio Público a controlar el cumplimiento de la revisión de la sentencia en los plazos establecidos.

ARTÍCULO 41. *“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. solo 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. debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;

e. la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.”

Estimamos importante destacar que este artículo sólo alude a la internación involuntaria.

Recordemos que la ley 26.657 de Salud Mental continúa vigente y refiere tanto a la internación involuntaria como a la voluntaria, de modo que en este último supuesto deberemos acudir a la ley especial.

Es significativo resaltar que la Ley de Salud mental considera involuntaria a la internación de un menor de edad, aún cuando haya mediado su consentimiento. A estos efectos cabe aclarar que dicha ley no especifica edad alguna, no obstante debemos atender a lo dispuesto por el artículo 26 del nuevo Código, que concibe al menor que cuenta con 16 años de edad como un adulto para las decisiones inherentes a su salud.

ARTÍCULO 42. *“Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación.*

En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato.

Únicamente la autoridad pública puede disponer el traslado de una persona.

Anteriormente, el Código Velezano reformado por la ley 17.711, ampliaba el nivel de intervención estableciendo que las personas podían ser internadas por la autoridad policial, incluso por cualquier persona del pueblo si éstas eran furiosas o incomodaban a sus vecinos. Hoy, con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no puede cualquier persona pedir la internación de otra. Analizamos el ejemplo del vecino violento, en este caso nosotros sólo podríamos realizar una denuncia penal, y en todo caso, la policía evaluará si es necesaria la intervención del ministerio público o no, quien sí puede solicitar la internación de una persona si así lo considera necesario. Este tema se relaciona con las personas legitimadas para solicitar la declaración de incapacidad, ya desarrollado en el artículo 33.

La ley 26.657 modifica al viejo Código prohibiendo la privación de la libertad de la persona declarada incapaz e instituyendo que de tratarse de una internación involuntaria, la misma debe ser sólo a los efectos de que la persona recupere su salud.

ARTÍCULO 43. *“Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona*

que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

El artículo, inspirado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, define el concepto de apoyo.

Creemos fundamental abandonar el instituto de la curatela para comenzar a aplicar la figura del apoyo que no implica sustituir la voluntad del interesado, sino asistir y cooperar para que éste pueda ejercer de manera autónoma sus derechos.

Nos parece interesante volver a citar el fallo de la Sala Primera en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú “A. J. C. S/ DECLARACION DE INHABILITACION”, donde se concluyó que era innecesario determinar la incapacidad de la Sra. A.J.C; se le designó el o los apoyos convenientes y se ordenó el restablecimiento del vínculo y comunicación familiar.

ARTICULO 44. “*Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*”

El presente artículo establece que la celebración de actos realizados con posterioridad a la inscripción de la sentencia, trae aparejada la nulidad absoluta de dichos actos, aún cuando el tercero contratante sea de buena fe. A diferencia del Código de Vélez, el Código Civil y Comercial de la Nación no protege a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso.

Nuevamente aquí puede apreciarse la importancia de poseer en nuestras manos, como profesionales del derecho, la partida del sujeto declarado incapaz o con capacidad restringida para poder evaluar desde allí los hechos y actos jurídicos que puede ejecutar sin que luego puedan ser pasibles de una sanción de nulidad.

Este artículo, al igual que el 39, fue fuente de un gran y rico debate, especialmente en cuanto a la responsabilidad notarial y sus consecuencias. En general se acuerda en que la partida de nacimiento de las personas otorgantes del acto, permite aventar dudas sobre su capacidad para dicho otorgamiento. También se consideró que se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas y que no hay norma legal que obligue al escribano a solicitar dicha partida, como los certificados registrales impuestos por la ley 18801. Sin embargo, también se opinó que forma parte del deber de diligencia del notario, y especialmente de su obligación para con los requirentes, en cuanto a garantizar el otorgamiento de un

acto válido, como parte esencial de su labor y que justifica su razón de ser. Se analizaron también las grandes dificultades que existen para obtener en todos los casos esa documentación en tiempo y forma. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas no cuenta hoy con la infraestructura ni organización necesaria para satisfacer esta demanda. La tarea es así de difícil cumplimiento.

El Consejo Federal del Notariado Argentino, se encuentra abocado a encontrar vías de solución. Mientras tanto cada escribano evaluará la necesidad de solicitar la partida de nacimiento o tomar mayores recaudos, cuando puedan existir dudas en cuanto a la capacidad jurídica de alguno de sus otorgantes.

ARTÍCULO 45. *“Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos:*

- a. la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto;*
- b. quien contrató con él era de mala fe;*
- c. el acto es a título gratuito.”*

Aquí la norma se refiere a los actos que fueron realizados con anterioridad a la inscripción de esa sentencia que declara la incapacidad o capacidad restringida de la persona, considerándolos anulables. Es decir, en principio esos actos se consideran válidos, salvo, que se demostrara judicialmente que existen en ellos algunos de los 3 supuestos planteados por la ley, y que los mismos perjudican a la persona incapaz o con

capacidad restringida. Esta nulidad, por ser relativa, debe ser pedida por el propio incapaz.

Se comentó al respecto sobre una doctrina Cordobesa, que entiende que se trata en estos supuestos de una nulidad absoluta, ya que al no haber discernimiento, elemento esencial para el otorgamiento y cumplimiento del acto, el mismo no existe como tal.

Asimismo, se planteó que si hacemos hincapié en el discernimiento de la persona al momento de realizar un acto, es importante apoyarnos en los certificados médicos que ratifiquen la situación en que se encuentra la persona al tiempo en que lleva a cabo el acto. Debemos abandonar la idea de que los certificados médicos o psicológicos ponen de manifiesto la incapacidad del sujeto; por el contrario, los mismos reafirman que la persona contaba con discernimiento al momento de la realización del acto.

Algunos miembros del instituto afirmaron que conforme la regla general de presunción de capacidad de todas las personas, no tenemos por qué dudar de la capacidad del sujeto que pretende realizar un determinado acto.

ARTÍCULO 46. *“Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe”.*

La norma protege los actos otorgados por la persona antes de su fallecimiento y determina los únicos supuestos en que pueden impugnarse. Los supuestos no son concurrentes, de darse uno sólo de ellos ya se configuraría la causal y no se requiere que haya generado perjuicio alguno. Se debate especialmente la pertinencia de incluir los actos a título gratuito.

ARTÍCULO 47. *“Procedimiento para el cese. El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.*

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo”.

Vemos en el texto de éste artículo, cuán importante es que el mismo juez que dictaminó la incapacidad o restringió la capacidad de una persona, sea el que decreta su cese. Ello, junto con el dictamen de un grupo interdisciplinario de especialistas, arriba a una resolución mucho más justa.

Volvemos a remarcar el valor de la figura del apoyo que acompaña y no direcciona ni manipula la voluntad de la persona con capacidad restringida, así como también destacamos la importancia de enunciar de manera minuciosa y detallada los actos que la misma no puede realizar.

ARTÍCULO 48. *“Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus*

hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.”

En el párrafo 5 titulado “inhabilitados” quedó especialmente regulada la inhabilitación de los pródigos. Quedan fuera de esta figura los otros supuestos contemplados en el anterior artículo 152 bis del código derogado, que integran ahora el ámbito de las personas con capacidad restringida (art. 32).

Expresamente el Art.48 exige que los pródigos, en la gestión de sus bienes, expongan a su cónyuge, conviviente, hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. De esta manera, si un hijo mayor de edad o un sobrino se ven perjudicados con la dilapidación del patrimonio, no procede la acción de inhabilitación.

ARTÍCULO 49. *“Efectos. La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.”*

ARTÍCULO 50. *“Cese de la inhabilitación. El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.*

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo.”

El efecto principal de la declaración de inhabilitación implica el nombramiento de un apoyo para que asista (no sustituya) al pródigo en el otorgamiento de actos de disposición (como en aquellos actos que el juez expresamente determine en la sentencia).

Advertimos que la norma no hace referencia a la inscripción de la sentencia de prodigalidad, sin embargo, consideramos que la misma debería inscribirse, ya que de lo contrario no habría manera de llegar a conocimiento de su existencia.

MENORES DE EDAD.

A) EJERCICIO DE DERECHOS.

El Código determina casuísticamente los casos en los que la edad o la madurez, o ambas, permitirán el ejercicio autónomo de derechos.

a) Así encontramos casos en los que la edad es tomada como único criterio para conferir la capacidad. Ejemplos

1- artículo 26. Competencia bioética.

2- artículo 617 inciso d) Reglas en el proceso de adopción: el pretense adoptado mayor de 10 años debe prestar consentimiento expreso. Art. 596. El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a fin de conocer su origen, con asistencia letrada.

3- artículo 644. Progenitores adolescentes (a partir de los 13 años) ejercen la responsabilidad parental de sus hijos.

4- artículo 680. Adolescente autorizado para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente y para reconocer hijos.

5- artículo 677. Desde los 13 años puede intervenir en un proceso conjuntamente con sus representantes legales o de manera autónoma, con asistencia letrada.

6- artículo 109 inciso a y c. En caso de conflicto de intereses entre representado y representante, o entre diferentes representados por el mismo representante, el adolescente puede actuar por sí con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación de un tutor especial.

7- artículo 404. A partir de los 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta pueden hacerlo previa dispensa judicial

8- artículo 649- Se requiere el consentimiento expreso del hijo adolescente en los actos para los cuales es necesario el consentimiento expreso de ambos progenitores-

9- Contratos por servicios del hijo mayor de 16 años. Artículo 682. Los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por el hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento.

b) Por su parte, el criterio de la madurez suficiente es empleado, por ejemplo,

1- artículo 64 que permite al interesado *con edad y madurez* suficiente solicitar la adición del apellido de su otro progenitor;

2- artículo 66 que permite a la persona *con edad y madurez suficiente*, cuyo nacimiento no fue inscripto, solicitar la inscripción del apellido que utiliza;

3- artículo 404 que refiere a la dispensa judicial por falta de edad nupcial para contraer matrimonio. La decisión del juez debe tener en cuenta la *edad y grado de madurez alcanzado* referido especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial

4- artículo 690 que establece que los progenitores pueden celebrar contratos con terceros, en nombre de los hijos en los límites de su administración y que deben informar al hijo que cuenta con *edad y grado de madurez suficiente*.

5- En los procesos de adopción Se requiere la intervención con carácter de parte en el proceso para declarar su situación de adoptabilidad, al niño, niña o adolescente, *si tiene edad y grado de madurez suficiente*, quien comparece con asistencia letrada (art. 608)

En el posterior proceso de adopción –art. 617– se consideran como partes a: “a)... el pretense adoptado que cuenta con edad y grado de madurez, debe contar con asistencia letrada”.

Adopción simple. Efectos: Art. 627. Inc. d). El adoptado que cuenta con la *edad y grado de madurez suficiente*...puede solicitar que se mantenga el apellido de origen...

Derecho a conocer sus orígenes: Art. 596. El adoptado con *edad y grado de madurez suficiente* tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen, y puede acceder, cuando lo requiera al expediente judicial y a otra información que conste en los registros judiciales o administrativos.

Artículo 679- Juicio contra sus progenitores por sus propios intereses, si cuenta con la *edad y grado de madurez suficiente*, con asistencia letrada.

Artículo 661- El hijo con *grado de madurez suficiente* puede demandar al progenitor que falte a su obligación alimentaria, con asistencia letrada.

Artículo 697. Puede solicitarle a sus padres rendición de cuentas sobre cuando dispongan de las rentas de sus bienes, en este caso *se presume su madurez*

En todos los casos en los que los parámetros fijados refieren a la madurez suficiente, existe un control tal como el juez, las autoridades administrativas o los progenitores que deben asistir y asegurar la intervención del menor. Lo mismo ocurre en todos los supuestos que prevé el código acerca de la actuación del menor en sede judicial.

B) DERECHO A SER OÍDO

El tercer párrafo del artículo dispone que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Además del art 26, de modo enunciativo podemos señalar algunos arts. que lo contemplan explícitamente.

a) Procesos de familia. El artículo 707 establece, dentro de los procesos de familia, dispone: "...los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso"

b) Tutela.

- El art 104 remite a los principios generales que rigen la responsabilidad parental. Art. 639 inc. c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

- Artículo 113. Para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe: a) oír previamente al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

-El art. 117 reconoce el derecho a ser oído por el tutor en todas las cuestiones relativas al ejercicio de sus derechos patrimoniales;

c) Adopción.

-Principios generales. Art. 595 inc. f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. El art. 635 inc c) dispone la sanción de nulidad relativa de la adopción obtenida en violación al derecho del menor de edad de ser oído, cuando la solicita el propio adoptado. Entendemos que también se no si ha recabado su consentimiento expreso a partir de los 10 años.

-El art. 598 reconoce el derecho de ser oídos de los descendientes del adoptante; valorándose su opinión de *conformidad con su edad y grado de madurez*.

Adopción plena. Apellido. Art 626 inc. d) En todos los casos si el adoptado cuenta con *edad y grado madurez suficiente*, el juez debe valorar especialmente su opinión.

d) Responsabilidad Parental.

-Principios. El art. 639 inc. c) fija este derecho con carácter de principio general en materia de responsabilidad parental; inc c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta *según su edad y grado de madurez*

-.Deberes de los progenitores. El art. 646 inc. c) establece el derecho de los menores a ser oído, participar en su proceso educativo y en todo lo referente a sus derechos personalísimos, como un deber de los progenitores;

- Art. 655. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y sus modificaciones.

- Art 653 En el supuesto en que el cuidado del hijo debe ser unipersonal, el juez debe ponderar: ... inc. c) la opinión del hijo.

e) Nulidad de Matrimonio. 425. Nulidad relativa. El matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso f) del art 403. La nulidad puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto. En este

último caso el juez debe oír al adolescente y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez hacer lugar o no al pedido de nulidad.

JURISPRUDENCIA

**SENTENCIA DEL JUZGADO
EN LO CORRECCIONAL N°4
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL
DE MAR DEL PLATA.¹**

Y VISTA:

La presente **causa registrada bajo el n° 4033**, de este Juzgado en lo Correccional n° 4,

RESULTA:

I. Que mediante extensa y fundada presentación se presenta a fs. 1/10 vta. la Sra. **INB**, con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial Titular de la Unidad Funcional de Defensa n°3 del Departamento Judicial de Mar del Plata, Dra. LRF, y promueve *autorización judicial* tendiente a obtener la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la *autodeterminación personal* y al *respeto efectivo de sus directivas anticipadas*.

Reseña en su presentación inicial que a sus 84 años de edad, se desempeña como voluntaria en el Servicio de Urgencias de Traumatología

¹ Sentencia del Juzgado Correccional Número 4 de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires de fecha 3 de octubre de 2014. Juez, Pedro Federico Hooft. Secretaria Geraldina J. Picardi

del HPC (ingresó al voluntariado el 27 de febrero de 1990) y allí, en un Grupo de Reflexión desarrollado en dos jornadas en el HPC -dictado por el Comité de Ética, y en especial por el Dr. JM tomó conocimiento sobre el derecho que le asiste a otorgar sus “directivas anticipadas”.

Ello así y en ejercicio de su autonomía personal –con total lucidez (confr. dictamen psicológico de fs. 15 y vta) -y con intervención de la Defensoría oficial a cargo de la Dra. LRF - decidió otorgar sus “directivas anticipadas” para el caso que una eventual discapacidad mental pudiera afectar su discernimiento, impidiéndole tomar decisiones con lucidez y plena comprensión. Manifiesta así sus preferencias, a saber:

1) Actos Extrapatrimoniales:

En caso de no poder autovalerse, con respecto al Geriátrico al que desea ingresar y a las personas que podrán ejercer la curatela, administrar sus haberes y tomar decisiones en forma subrogada;

2) Actos médicos – Cuestiones de salud:

En el supuesto de una crisis de salud que los médicos calificaran de terminal, con respecto al dejar constancia de los tratamientos médicos que admite o que rechaza para dicha eventualidad, respetándose su decisión y deseo de no ser sometida a ninguna práctica médica que implique sufrimiento e inútil prolongación de la vida. En ese orden, se opone a cualquier forma de intubación, internaciones en terapia intensiva que le obliguen a permanecer sedada e incomunicada, alejada de su grupo familiar. Rechaza tratamientos invasivos y desproporcionados que tengan como única finalidad la mera prolongación de la vida biológica, que resulten de manifiesta futilidad sin perspectivas reales de curación o

mejoría. Por el contrario, acepta recibir cuidados paliativos integrales y todas las medidas de confort dirigidas al control y alivio del sufrimiento y del dolor, como acompañamiento en el proceso de muerte que considera digna y pleno respeto a las convicciones expresadas en base a sus valores, creencias y a lo que considera mejor para su propia vida.

En consecuencia de lo expuesto, solicita judicialmente se ordene oportunamente las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el respeto a su voluntad anticipada, a cuyo fin deberá disponerse que sus directivas anticipadas dadas por escrito se inserten en la primera hoja de su Historia Clínica en el HPC (Historia Clínica 6015) donde puedan ser fácilmente visualizadas, por ser ese el Centro de Salud donde se atiende habitualmente.

Asimismo peticona se libren oficios: a) al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, a fin que viabilice la inscripción de sus directivas anticipadas; b) al Registro de Actos de Autoprotección para registrar y resguardar los derechos reconocidos en las leyes vigentes y asegurar su tutela.

Finalmente, solicita se le conceda el beneficio de litigar sin gastos en atención a su carácter de jubilada como ama de casa, siendo afiliada al PAMI, habita un inmueble de propiedad de su hija, no tiene bienes de valor.

Funda la accionante su petición en las disposiciones del art. 11 de la ley 26.529 denominada de “Derechos del Paciente” (reglamentada mediante Decreto 1089) en su relación con los profesionales e instituciones de salud (to. ley 26.742/2012) la que reconoce el derecho de toda persona

capaz y mayor de edad a disponer directivas previas o anticipadas sobre su salud, “pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos y decisiones relativas a su salud”. Refiere que la citada norma admite que en el marco de la autonomía de la voluntad, tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, y eventualmente a revocar dicha manifestación de voluntad (art. 5) Por su parte, añade, la exigencia legal impone que la declaración de voluntad se formalice por escrito y a falta de otorgamiento en escritura pública, ante un juzgado de primera instancia con la presencia de testigos, como en este caso (art. 11)

II.- Conforme acta labrada en sede de la Defensoría Oficial Ad Hoc interviniente (confr. fs. 8/10 vta.), y con la presencia de la Defensora Oficial Dra. LRF, la Secretaria Dra. CSJ, y la Licenciada en Psicología CPM, la Sra. INB, de 84 años de edad, DNI., de nacionalidad argentina, de estado civil soltera, con domicilio real en calle de Mar del Plata, y en previsión de una eventual y futura pérdida de discernimiento, otorga sus “Directivas Anticipadas” en los siguientes términos:

1) Directivas Vitales respecto a Actos Extrapatrimoniales: INB manifiesta que en el supuesto de requerir en el futuro asistencia para los actos de su vida cotidiana, prefiere ingresar al Hogar Geriátrico “....”, ubicado en calle de Mar del Plata (telef ...) cuyo Director es el Dr. DR, hermano de su yerno (GR, casado con su hija IT). Aclara que en dicha institución también se encuentra alojada su consuegra (madre de los Sres. R) con quien siempre mantuvo buena amistad hasta que se

enfermó e ingresó al Geriátrico. En ese caso, autoriza que la totalidad de sus haberes previsionales se inviertan en el costo que demande el Hogar Geriátrico de referencia, cuestión dialogada con su hija con anterioridad.

Asimismo expresa que en caso de resultar necesario y en previsión de una futura discapacidad (o minusvalía) mental, designa a la Sra. LBM DNI., domiciliada en de Mar del Plata; y al Sr....., DNI., domiciliado ende esta ciudad, quienes resultan ser personas de su máxima confianza y están en contacto con su hija IT y su yerno GR (quienes viven en Estados Unidos). Los faculta así para adoptar las decisiones que consideren pertinentes respecto a cualquier situación personal que no pudiera decidir por sí misma, lo que incluye el ejercicio de la curatela, la percepción y administración de sus haberes.

2) Directivas Anticipadas sobre Actos Médicos y cuestiones de salud. La Sra. IB expresa que para el caso de producirse una crisis en su estado de salud, que los profesionales calificaran como terminal, rechaza toda forma de obstinación terapéutica, y en este sentido, cualquier práctica médica que resulte invasiva y de manifiesta futilidad, dirigida a mantener o prolongar la vida de manera artificial. Por el contrario, acepta medidas de confort, de hidratación, cuidados paliativos, sedación para evitar el dolor, pues no desea sufrimientos de ningún tipo. Para velar por el cumplimiento de las decisiones anticipadas que hace saber, designa a las mismas personas, Sra. LBM y Dr. DR.

III.- Resulta particularmente de interés para estas actuaciones los testimonios recepcionados en sede de la Defensoría Oficial interviniente, a saber:

a) Sra. LBM, de 57 años de edad, amiga de la hija de la accionante y actual apoderada de I en el PAMI, teniendo autorización, para el caso de una eventual incapacidad de cobrar sus haberes. Relata que ha dialogado con Ildara muchas veces y le ha manifestado cómo desea ser tratada en caso que se encontrara en una crisis de salud que los médicos calificaran de terminal, conociendo puntualmente el contenido de sus “directivas anticipadas” conforme el acta labrada a fs. 8/10, al igual que su hija Ildarita, que vive en Estados Unidos. A ello añade que: “I es una mujer capaz de entender todas las decisiones que toma. Es muy inteligente y muy segura de lo que desea” y “Hace como veinticinco años que trabaja en un ámbito de salud. Es muy activa y solidaria. Siempre está ayudando a las personas en sus problemas cuando llegan al HPC con sus emergencias de salud y sabe bien de que se trata...” (confr. fs. 11 y vta.).

b) Sra. MCR, de 73 años, quien manifiesta que hace 8 años que conoció a IB con quien tiene frecuencia en el trato, siendo que su padre (fundador del HPC) y su esposo (también socio fundador) conocían muy bien a la aquí accionante. Refiere que conoce el contenido de sus directivas anticipadas, que “en numerosas oportunidades hemos hablado con I sobre la muerte y una posible y futura incapacidad para decidir en la etapa final de la vida. Ella siempre me dijo que no quiere vivir de manera artificial...” añadiendo que “yo misma asumiría el compromiso de hacer cumplir su voluntad” (fs. 12 y vta.).

c) MAV, de 72 años de edad, manifiesta que tiene frecuencia en el trato con I desde hace 8 años, a través de una amiga en común, la Sra. MCR, siendo actualmente amigas. Asimismo recuerda haberla conocido

con anterioridad, en el año 2008 al sufrir un accidente, recibió en el HPC cuidados por parte de I en la Urgencia del Servicio de Traumatología. Ambas han dialogado sobre la etapa final de la vida y ambas coinciden en tales directivas anticipadas, el rechazar tratamientos agresivos, aceptar los cuidados paliativos, de control del dolor y de confort general porque quiere evitar cualquier forma de sufrimiento.

IV. Dictamen de Perito Psicóloga.

La Licenciada en Psicología, Perito del Ministerio Público Departamental, previa entrevista personal con la accionante, a fs. 15 y vta. considera que la misma se encuentra orientada espacial, temporal y globalmente, con pensamiento de curso normal y sin ideación patológica, con plena conciencia de actual y futura situación. Se advierte su condición de sujeto autónomo, con aptitud para prestar consentimiento de negarse a recibir todo tipo de tratamiento invasivo en etapa terminal, que prolongue su vida de manera artificial y deteriorando su calidad de vida, siendo consciente e informada de las derivaciones que tal decisión implica.

V.- Audiencia personal.

En sede judicial, conforme surge de las constancias de fs. 46/47 vta., el juez invitó a la Sra. IB para que con sus propias palabras y absoluta libertad se exprese respecto de su actual situación de salud y de sus deseos referidos a lo que la compareciente entiende como “muerte digna”. Tales manifestaciones las formula la accionante en el contexto de un diálogo abierto, franco, sin formalidades, rescatando una de sus primeras expresiones iniciales, volcadas en el escrito inicial de estas

actuaciones en el sentido que el voluntariado que viene cumpliendo desde el año 1990 a la fecha, en el Hospital Privado de Comunidad es “su lugar en el mundo”. Al respecto, exhibe y comparte con los participantes de la audiencia, un enorme caudal de fotografías que ilustra, a través de los años su intensa actividad en el ámbito del voluntariado en el HPC (también puede cotejarse las certificaciones adjuntadas a fs. 18/37).

Respecto de su presentación inicial de fs. 1/6 vta. explica que lo allí expresado responde absolutamente a sus propias reflexiones y decisiones largamente meditadas y habladas con personas allegadas, que allí se mencionan. Aclara que tiene en su poder y ha podido releer la copia de dicho escrito que ratifica íntegramente.

Asimismo ratifica el acta de fs. 8/10, señalando que tiene muy presente todas y cada una de las estipulaciones que a modo de “directivas anticipadas” allí menciona, acta del cual no solamente posee copia, sino que ante su último problema de salud, ya fue anticipado por email a su médica tratante, Dra. MG y registrado en la Dirección del Hospital.

De igual manera, ratifica expresamente la designación de la Sra. LBM y del Dr. DR, aclarando que L es su apoderada ante el PAMI.

Finalmente, invitada para que con sus propias palabras exprese qué circunstancias de vida y valores personales la han llevado a adoptar la determinación de documentar sus directivas explica: que los médicos han prestado todos el llamado juramento hipocrático, que ello por lo general los induce a no aceptar la muerte, y de prolongar la vida hasta las últimas instancias. Que esto ocurre, según su larga experiencia en el ámbito hospitalario con los médicos más jóvenes, que con buena

voluntad pueden inclusive incurrir en un encarnizamiento terapéutico, no así tanto con los médicos mayores, con más años de experiencia que suelen adoptar posturas de mayor flexibilidad. Aclara con mucha precisión “no es que quiera que me maten, sino que simplemente quiero evitar el encarnizamiento terapéutico y dolores evitables”, acotando nuevamente, en especial, “evitar dolores”. En otro pasaje de su clarificador relato observa, que cuando llegue la hora “Dios dirá, pero no los médicos”, estando de acuerdo en recibir todo tipo de atención médica, incluyendo cuidados paliativos, en la medida que no impliquen simplemente prolongar la agonía, y evitar los tratamientos inútiles (futilidad).

VI.- Dictamen favorable del Ministerio Público.

Corrida vista a fs. 48 a la Fiscalía General Departamental, se incorpora a fs. 49/51 vta. un pormenorizado dictamen suscripto por la funcionaria competente de la mencionada fiscalía, que en síntesis se expide a favor de la homologación de las directivas anticipadas incorporadas al presente legajo.

Hace particular mención el Ministerio Público Fiscal a las funciones propias de dicho órgano judicial conforme al art. 1ro. de la ley 14.442, con relación al art. 29 inciso 4to. del mismo ordenamiento provincial, en cuanto atañe a su legitimación plena *“en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores consagrados en las disposiciones constitucionales y legales”*.

Se efectúa asimismo en el mencionado dictamen un análisis complementario de las disposiciones de la ley nacional 26.529, artículo

11, y de la ley provincial en la misma materia, específicamente en orden a las denominadas “Directivas Anticipadas” la número 14.464, señalando que el caso aquí traído a decisión encuadra en las mencionada normativa legal, siendo a su vez que en orden al “test de constitucionalidad” el caso encuadra en el ámbito de la autonomía personal que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional.

A su vez entiende el Ministerio Público Fiscal que en lo atinente a la capacidad de comprensión y discernimiento por parte de la **Sra. B** ello se acredita adecuadamente con el informe psicológico incorporado a la causa, y demás actuaciones cumplidas en autos.

Por último estimo muy positiva la sugerencia formulada por la misma Fiscalía en el sentido de poner en conocimiento de la obra social a la que pertenece la **Sra. B** (PAMI) de las Directivas Anticipadas por ella formuladas, para que ello eventualmente sea respetado en cualquier institución de salud, dentro o fuera de la ciudad de su residencia y atención habitual, proponiendo a ese efecto con buen criterio, se incorpore una referencia específica a su credencial en la obra social premencionada.

Y CONSIDERANDO:

I.- Autorización judicial. Juzgado de turno.

Resulta aquí dable destacar que la vía de la “*autorización judicial*”, dado el objeto de la acción aquí entablada que se refiere al reconocimiento y tutela de derechos fundamentales -como lo es el derecho a la autonomía personal y a rehusar un tratamiento médico que

se estima invasivo, a todo aquello que atañe a la “*dignidad de la persona humana*” como derecho y valor fundamental-, participa de la naturaleza de la acción constitucional de amparo, en cuanto tiende a la tutela de derechos esenciales de la persona humana “no patrimoniales” –y *más aún en estos autos en que encontrándose el Juzgado de turno, la competencia es consentida por la parte peticionante, no se cuenta con contraparte y no se causa agravio alguno-* y por ende ante la insuficiencia de normas legislativas pertinentes tornan de aplicación operativa las previsiones del art. 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, numeral 2 en cuanto estatuye -como facultad - deber del juez- encausar el trámite “*mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada*”, todo ello en relación a la operatividad de los derechos fundamentales y el deber a ese respecto que la propia Constitución Provincial impone al Juez o Tribunal (art. 57 Carta Magna Provincial, arts. 31 y 75 numeral 22 de la Constitución Nacional).

En este caso, ante la normativa hoy vigente (ley 26.529 to. ley 26.742) la labor del juez, más que *autorizar* en sentido estricto la petición del paciente, evalúa la concurrencia de todos los requisitos que hacen a un consentimiento verdaderamente libre e informado, y acerca de la compatibilidad de las *directivas anticipadas* con la legislación vigente, y de modo particular, con las normas, principios y valores propios del estado constitucional de derecho.

En ese orden, la sentencia a dictar otorga *autenticidad y validez jurídica a las decisiones libremente adoptadas por la propia persona, que de manera clara exterioriza sus voluntades anticipadas, que deberán ser respetadas en los*

estadios más avanzados de su vida. Tales directivas anticipadas tendrán especial significación en el caso de perder el paciente la conciencia y posibilidad de autodeterminación a consecuencia de la evolución de una eventual enfermedad.

II.- Directivas Anticipadas.

Bajo la denominación de “living will” –testamento de vida o testamento vital–, “medical treatment advance directive” –directivas anticipadas para tratamiento médico–, “health care durable power of attorney –apoderado o representante permanente en cuestiones de salud–, “advance health care documents” –documentos anticipado para el cuidado de la salud–, “health care values orientation history” –historia clínica orientada a valores– u otras análogas, originariamente provenientes de la bioética y derecho anglosajón, se identifica a los documentos u otras expresiones claras e inequívocas de voluntad de una persona, respecto de situaciones de futuro, ya previsibles o simplemente hipotéticas, relacionadas con su propia salud. De modo particular se refiere a los tipos de tratamientos o intervenciones médicas que cada persona considera compatibles –o no– con su derecho inalienable de *vivir y morir con dignidad*, decisiones que implican una prolongación del derecho personalísimo de *señorío sobre su propio cuerpo*.

En la doctrina argentina primero, y luego en la jurisprudencia y legislación, han sido receptados tales documentos, con análoga finalidad, aunque con diversas denominaciones. A título meramente enunciativo podemos indicar las siguientes “directivas anticipadas”, “disposiciones

y estipulaciones para la propia incapacidad”, “actos de autoprotección”, “declaraciones vitales de voluntad”, “voluntades anticipadas”, “instrucciones o directivas respecto a tratamientos médicos en caso de enfermedad terminal”, “directivas de no sometimiento a tratamientos desproporcionados”, y más recientemente, en el ámbito primordialmente notarial, “actos de autoprotección”.

El desarrollo y creciente recepción, primero en el derecho comparado y más recientemente, en las dos últimas décadas en el derecho argentino, no ha sido sino una proyección y ampliación, tanto en el campo bioético como en el estrictamente jurídico de la denominada “doctrina del consentimiento informado” o “consentimiento esclarecido” cuyo origen se remonta prioritariamente a la jurisprudencia norteamericana e inglesa, luego traducida en crecientes previsiones legislativas en el derecho comparado, especialmente en las democracias constitucionales de occidente, que ha tenido también por cierto sus manifestaciones en nuestro país. No puede aquí omitirse señalar la extraordinaria proyección que tuviera el precedente paradigmático de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Bahamondez” -1993- y que en su momento mereciera extensos y elogiosos comentarios doctrinarios (Puede aquí consultarse: Pedro Federico Hooft e Irene Hooft, «“Directivas Anticipadas” o “Testamentos de Salud”: Hacia una mayor protección de la dignidad humana y la autonomía personal», en Revista de Derecho Privado y Comunitario (Revista D.P.y C.), “Derechos del Paciente”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010-3, ps. 225/259, y Doctrina y Jurisprudencia allí citada).

Las denominadas Directivas Anticipadas no son así más que una exteriorización y manifestación en el mundo externo (jurídico, y en la reflexión bioética) del principio de **autonomía personal y su regla derivada del consentimiento informado o esclarecido**. En tal sentido recuerda Luis Daniel Covi (“El deber de informar al paciente. Origen, contenido y régimen legal”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, op. cit., ps. 93/122) con referencia directa a las Directivas Anticipadas que *una persona puede autodeterminar qué tratamientos médicos querrá aceptar y disponer que no se le apliquen tratamientos degradantes y que se le respete, hasta último momento su escala de valores e intereses básicos* (del mismo autor puede consultarse, “Las directivas anticipadas, régimen actual y aspectos pendientes, en “D.F y P.”, año 2, n° 7, Editorial La Ley, agosto 2010; ídem, María Angélica Gelli, “La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad” en La Ley 28/05/2012, Suplemento Especial “Identidad de género. Muerte digna”; Graciela Medina y Carlos Goggi, “Muerte digna”, en D.P.y C., op.cit., ps. 211/224. Señalan allí los autores que *“la dignidad de quien sufre este proceso es también de quienes lo acompañan, cualquiera sea el rol que cumplan al respecto”*, trabajo con cita, entre otras de Alfredo Lemon, “La dignidad personal desde la Constitución Nacional”, en E.D. 168-877; puede también verse: Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, *Derechos del Paciente*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010; Edgardo I. Saux y Alejandro Azvalinski, “Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales. Utilidad y alternativas en J.A 7/11/2007, fasc.n°6, ps. 73, Número Especial Bioética, JA-2007-IV. Es además de referencia obligada el clásico libro de Elena Highton de

Nolasco y Sandra M. Wierzba, *La relación médico paciente. El consentimiento informado*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1991. Como estudio pionero en el ámbito notarial, cabe citar a Nelli Taiana de Brandi y Luis Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Editorial Astrea, Bs. As. 1996; Edgardo Saux y Luis D. Covi, “Muerte digna, en pleno debate”, en revista “Derecho Privado”, año I, número 1, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación –Infojus-, Buenos Aires, 2012, ps. 129/152; James Drane, “Aprendiendo a mirar hacia la muerte. Un rol para los testamentos vitales y las subrogaciones por representantes”, en JA, 7/11/2007, JA-2007-IV-fasc.6, Número Especial Bioética, ps. 8/14; sobre el mismo tema, y desde una armonización y complementación entre Bioética y Derecho, Pedro F. Hooft, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*. Ed. Lexis Nexis, 2da. Edición, Buenos Aires, 2004, primera parte, capítulo VII, “El consentimiento informado. Perspectivas jurídicas y bioéticas”; en la misma línea de pensamiento, Jan M. Broekman, *Bioética con rasgos jurídicos*, trad. De Hans Lindhal, Dilex, Madrid, 1998. Puede asimismo verse aquí: Armando S. Andruet –h-, “El consentimiento informado de la ley 26.742” en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Ed. La Ley, Año VI, Número 8, septiembre 2014; Fransc Abel i Fabre, “La protección de la salud como valor y derecho fundamental, en JA, Número Especial de Bioética del 7/11/2007, p. 87 (nota a fallo); Nuria Terribas Sala, “El rechazo al tratamiento médico y su análisis jurídico en España, en JA, Número Especial de Bioética, op. cit., p. 44).

La instrumentalización de las directivas anticipadas, por vía judicial por parte de la Sra. **INB**, se refiere a los tipos de tratamientos

o intervenciones médicas que cada persona considera compatibles –o no– con su derecho inalienable de *vivir y morir con dignidad*, decisiones que implican una prolongación del derecho personalísimo de *señorío sobre su propio cuerpo*.

En el caso aquí presentado, las Directivas Anticipadas comprenden asimismo lo vinculado con “actos extrapatrimoniales”, la elección del hogar geriátrico en el cual la **Sra. B** desea ser internada de resultar ello necesario dado su estado de salud, y asimismo comprende la designación de personas expresamente por ella autorizadas, para velar por el fiel cumplimiento de sus voluntades anticipadas.

El desarrollo y la creciente recepción, primero en el derecho comparado y más recientemente –en las dos últimas décadas– en el derecho argentino, no ha sido sino una proyección y ampliación, tanto en el campo bioético como en el estrictamente jurídico de la denominada “*doctrina del consentimiento informado*” o “*consentimiento esclarecido*” –tal como ya se señalara-, cuyo origen se remonta prioritariamente a la jurisprudencia norteamericana e inglesa, luego traducida en crecientes previsiones legislativas en el derecho comparado, especialmente en las democracias constitucionales de occidente, que ha tenido también, por cierto, sus manifestaciones en nuestro país. No puede aquí omitirse la extraordinaria proyección que tuviera el precedente paradigmático de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Bahamondez” –ya citado- y que en su momento mereciera extensos y elogiosos comentarios doctrinarios. Puede aquí verse: Pedro Federico Hooft, Geraldina J. Picardi y Lynette Hooft, “La Corte Suprema fortalece la protección del ámbito de la

autonomía personal: Testigos de Jehová. Respeto a la dignidad humana. Directivas anticipadas. El caso «Albarracini», en JA.19/09/2012 (JA-2012-III-fasc.12), Número Especial Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Coordinador Alberto F. Garay, remitiéndome expresamente a la doctrina y jurisprudencia allí citada, sin desmedro de mencionar en particular: Augusto Mario Morello y Claudio Guillermo Morello, “Las directivas anticipadas en un fallo notable”, en JA del 16/11/2005 (JA-2005-IV-fasc.7), nota a sentencia del suscripto en el denominado **Caso “M”** –Directivas Anticipadas- homologada judicialmente con anterioridad a la sanción de las leyes 26.529 (“Ley de los derechos del paciente”) y 26.742 (“Muerte Digna”), fallo asimismo anotado por Nelly Taiana de Brandi, “El reconocimiento del derecho de autoprotección en una disposición anticipada de salud” en LLBA 2005-1065. Asimismo de la misma autora y de Maritel M. Brandi Taiana, puede consultarse la anotación de la sentencia de la CSJN en el Caso “Albarracini”, trabajo titulado “Principio de autodeterminación”, trabajo publicado en D.J. 14/11/2012, p. 13. Acerca del debate con relación a la eutanasia, la obstinación terapéutica y los cuidados paliativos, puede verse el trabajo de: Willem Lemmens, “Euthanasie en menselijke waardigheid. De grenzen van de zelfbeschikking” (“Eutanasia y dignidad humana. Los límites de la autodeterminación”) en “Ethische Perspectieven”, Editorial Peeters, Universidad Católica de Lovaina, año 24, número 2, junio 2014, ps. 131/156. El autor es catedrático de Ética y Filosofía Moderna en la Universidad de Amberes, Bélgica.

Desde una perspectiva más amplia la citada bibliografía puede ampliarse con la siguiente: Franco Manti, “Testamento biológico y alianza terapéutica. Una ética de las razones para elecciones responsables, en JA. 28/10/2009 (JA-2009-IV-Fasc.4), “XI Número Especial de Bioética”, p. 39.; Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández, “El denominado testamento vital y el derecho a morir dignamente”, en JA. 03/11/2004 (JA-2004-IV-Fasc.5), “Número Especial Bioética”, p. 20; Marta Fracapani de Cuitiño, “Limitaciones de tratamiento”, en JA. 28/10/1998, Número Especial Bioética, p. 22; Alberto G. Bochaty, “Final de la vida y nuevos paradigmas: propuesta del “hospice”, p. 55, en JA. 01/10/2008 (JA-2008-IV-Fasc.1) “Número Especial Bioética. X Aniversario”; Oscar Ernesto Garay, “El consentimiento informado en clave cultural, bioética y jurídica”, en La Ley 24/07/2014, p. 1; Carlos Alberto Ghersi, “La dignidad como principio general del derecho”, en La Ley 08/08/2014, p. 1.

III.- El caso ahora planteado guarda analogía con lo resuelto por este Juzgado en la Causa “Trípodi” con fecha 5/07/2012, con patrocinio de la misma Defensora Oficial Dra. LRF, publicado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, septiembre 2012, p. 1678; JA del 28/11/2012 (JA-2012-IV- fasc.9) “XIV Número Especial de Bioética” con notas de Silvia E. Fernández y José Luis Mainetti.

Como señalara en el indicado precedente –y en el considerando I in fine de esta sentencia-, ante la normativa hoy vigente (ley 26.529 to. ley 26.742) la labor del juez, más que *autorizar* en sentido estricto la petición del paciente, evalúa la concurrencia de todos los requisitos que

hacen a un consentimiento verdaderamente libre e informado, y acerca de la compatibilidad de las *directivas anticipadas* con el derecho vigente, y de modo particular, con las normas, principios y valores propios del estado constitucional de derecho.

En ese orden, la sentencia a dictar otorga *autenticidad y validez jurídica a las decisiones libremente adoptadas por la propia persona, que de manera clara exterioriza sus voluntades anticipadas, que deberán ser respetadas en los estadios más avanzados de una eventual enfermedad*. Tales *directivas anticipadas* tendrán especial significación en el caso de perder el paciente la conciencia y posibilidad de autodeterminación a consecuencia de la evolución de su enfermedad.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la ley 14.464 (BO. 27/08/2010) reconoce a su vez como antecedente la Resolución del Colegio de Escribanos de la Provincia mediante la cual se dispuso la creación del “Registro de Actos de Autoprotección”.

En el citado precedente, se destacó además que *“no debemos perder de vista que el objeto de estas actuaciones, no es obtener una convalidación, homologación o autorización judicial para prácticas eutanásicas, sino que sólo tiende de manera inequívoca a garantizar el ámbito de decisión personal en el campo de conductas autorreferentes”*, señalándose allí asimismo que la referencia a la *eutanasia* suele generar interpretaciones discordantes, prohibición legal que a nuestro juicio, y en el contexto del ordenamiento jurídico argentino debiera limitarse estrictamente a la denominada *eutanasia activa y directa* (puede aquí verse: Leo Pessini – Christian de Paul Berchifontaine, *Problemas Atuais de Bioetica*, Centro Universitario Sao Camilo, Edicioes

Loyolas, Sao Paulo, 2002, capítulo “Eutanasia e o direito a morrer com dignidade”; H. Ten Have et al, *Medische Ethiek*, Houten (Holanda), 1998; Jaime Escobar Triana – Fabio Alberto Garzon Díaz (AAVV); *Bioética y Derechos Humanos*, Ediciones El Bosque, Bogotá, 1998).

IV.- Interlocutor válido. Conductas autorreferentes.

La historia de vida de la **Sra. B**, que incluye en este caso como de una relevancia sumamente significativa su desempeño en trabajos de voluntariado desde el año 1990 a la fecha, en el Hospital Privado de Comunidad de Mar del Plata, ámbito que la propia peticionante en la audiencia llevada a cabo en la sede del Juzgado a fs. 46/47 vta. califica como *“su lugar en el mundo”*.

Dicha labor altruista y solidaria, que denota una especial entrega a las tareas de asistencia a las personas más vulnerables, le confieren al mismo tiempo un conocimiento personal (y percepción emocional) y directo de las múltiples situaciones que se presentan a diario en el ámbito de la atención de la salud, y la coloca en un lugar privilegiado para poder adoptar, con plena libertad y discernimiento, previsiones para el futuro en cuanto a qué tipo de intervenciones médicas eventuales estima compatibles con su dignidad personal, y cuáles no; y al mismo tiempo, poder explicitar con claridad, sus manifestaciones de voluntad acerca de cuestiones patrimoniales y extrapatrimoniales para situaciones de posible incapacidad para la toma de decisiones, y la expresa autorización a favor de personas de su máxima confianza, para velar por el fiel cumplimiento de sus deseos personales, tanto en lo atinente a estrictas cuestiones de

salud como a sus disposiciones extrapatrimoniales adoptadas en pleno y legítimo ejercicio de su autonomía personal.

La audiencia judicial instrumentada a fs. 46/47 vta., con la asistencia de la Sra. Defensora Oficial patrocinante Dra. LRF, permitió al suscripto formar convicción –y comprensión- respecto de todo el contexto y de las especiales circunstancias de la **Sra. B**, que van más allá de lo literalmente incorporado en el acta de la audiencia, y que ponen de manifiesto además la vivencia de valores humanos profundos, en el contexto de la atención sanitaria y humana integral, que va mucho más allá de las cuestiones técnico – científicas de las profesiones involucradas.

Se trata aquí *“una decisión única en un contexto irrepetible”* en el cual la propia paciente es reconocida como *“interlocutora válida”*, condición innescindible de la idea misma de *dignidad* que le es inherente, y que *“tiene el derecho no sólo a que se le haga bien, sino también a ser escuchada en la toma de decisiones que le afecta...”* (Adela Cortina, *Etica aplicada y democracia radical*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, ps.236/7).

Reiteradamente he sostenido en otros pronunciamientos que *en una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común; la intimidad y privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad* (Considerando VIII de sentencia dictada en

Caso “Parodi”, 18/09/1995, publicado en *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, de mi autoría, op.cit. ps. 226/227, con citas de Germán J. Bidart Campos, Daniel H. Herrendorf, *Principios, derechos humanos y garantías*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, ps. 169 y ss; Néstor Pedro Sagüés, “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, en JA, 30/11/1994).

Comparto y hago mías las sabias reflexiones del prestigioso bioeticista Diego Gracia, cuando sostiene: “...*El ser humano tiene que asumir la responsabilidad y el riesgo de gestionar su vida y también su muerte. Debe hacerlo responsable y prudentemente. Pero no está dicho que tenga la obligación de prolongar la vida de cualquier modo y a cualquier precio... lo importante es promover la autonomía, pero dejando claro que autonomía significa capacidad de deliberación, sentido de responsabilidad y prudencia*” (Diego Gracia, en *Diálogos y contrapuntos bioéticos. 18 prestigiosos bioeticistas de Iberoamérica y Estados Unidos debaten sobre temas clave de la actualidad*, AAVV, Editora Lynette Hooft, Ed. Biblos, Fundación OSDE, Buenos Aires, enero 2013, cap. 3 “Tratamientos médicos: la autonomía y la voluntad del paciente”, p. 137)

V.- Legislación aplicable.

Sin perjuicio que me he expedido respecto de la validez constitucional de las directivas anticipadas, en estrecho vínculo con el debido respeto al principio de autonomía personal, aún antes de la vigencia de la legislación aplicable en la materia (Caso “M”) y aún con posterioridad a la misma (Caso “Trípodi”), resulta categórica la previsión del art. 11 de la ley nacional 26.529 (“Derechos del paciente

en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”, BO 20/11/2009) texto ordenado conforme la ley 26.742 (“Muerte digna”, BO 24/05/2012), que expresamente dispone: *“Toda persona mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha presentación podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”*. Dichas directivas pueden ser en cualquier momento revocadas (art. 10) y dejándose a salvo que *“...en todos los casos la negativa o rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”* (Art. 2 inc. “e” ley 26.529 to.ley 26.742, que prevé asimismo *“Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”*).

Por su parte, en la provincia de Buenos Aires, el tema reconoce como antecedente la resolución del Colegio de Escribanos de la provincia mediante la cual se dispuso la creación del “Registro de Actos de Autoprotección”, que inspirara la sanción de la ley provincial 14.464 (BO 27/08/2010) adhiriendo a la ley nacional 26529 y su modificatoria, y que en su art. 4 prevé: *“Declárese que las actuaciones que se promuevan como consecuencia de los derechos emanados de la ley 26.529 y su modificatoria, gozarán*

del beneficio de gratuidad en sede administrativa y judicial y estarán exentas del pago de tasas retributivas de servicios administrativos y judiciales.”

VI. Concepto de salud integral y el derecho a la ancianidad.

Finalmente, resulta oportuno destacar una vez más que la vigencia de las directivas anticipadas brindadas por la Sra. B tienden no sólo a brindar protección a su derecho de autodeterminación personal sino además a su **salud en sentido integral**, que comprende obviamente no sólo los aspectos físicos sino los emocionales y psicosociales, conforme a la ya clásica definición de la OMS.-

En tal sentido respecto de la edad de la peticionaria y ante una potencialidad situación de vulnerabilidad que requiera de cuidados especiales, y siempre en pleno respeto de su autonomía personal, se prioriza su determinación respecto a la elección de sus curadores y lugar donde residir en sus últimos días.

La autonomía de la voluntad –inescindible a la dignidad de la persona humana- se esgrime como principio rector, y aún más pasible de especial protección en la etapa de la vida que presenta, quizás, mayor grado de vulnerabilidad. En tal sentido, María Isolina Dabove, propone – desde hace años- y ante el aumento de la esperanza de vida, el crecimiento vertiginoso de personas que alcanzan la tercera edad –o cuarta edad-, el aumento en la demanda de necesidades básicas, particularmente en salud, jubilaciones, atención domiciliaria, viviendas, empleo del tiempo libre –a lo que hoy añadiríamos en este caso, el respeto de sus *directivas anticipadas*- el reconocimiento autónomo de un *derecho de la ancianidad*, que

tienda a brindar *respuestas jurídicas* que puedan resultar más justas, además de eficaces, frente a la desprotección de los ancianos. (puede verse María Isolina Dabove, “Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad”, en JA Número Especial Bioética, 1/11/2000, ps.17/23; y “Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica en la vejez”, en Revista Derecho de Familia, “Derecho de familia y mayores expectativas de vida”, Coord. Cecilia P. Grosman, Ed. Abeledo Perrot, julio/agosto 2008, ps. 39/54; de la misma autora (y otros) “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”, en La Ley 23/05/2008, 1, LL 2008-D, 751, y asimismo Pedro F. Hooft, “La Bioética y el Derecho de Familia en las fronteras de la vida. El respeto a la libertad personal y las directivas anticipadas”, en Revista de Familia, op.cit., ps. 77/91).

Por todo ello, citas constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinarias efectuadas, los antecedentes del caso, las pericias practicadas en autos, declaraciones testimoniales realizadas, la audiencia personal mantenida con la persona solicitante y el dictamen favorable del Ministerio Público Fiscal Departamental, de conformidad con principios, valores y normas constitucionales invocados en los considerandos que anteceden y arts. 19, 75 numeral 22 de la C.N., art 11 de la ley 26.529 to. Ley 26.742, ley provincial , definitivamente juzgando, **RESUELVO:**

I.- Declarar la plena validez jurídico-constitucional del instrumento de “Directivas Anticipadas” de fecha 12/05/2014, otorgado por la Sra. INB (DNI. ...) con intervención de la Unidad de Defensa n°3 de Mar del Plata, agregado a fs. 8/10 vta.

II.- Establecer que forma parte integrante del citado documento de fs. 8/10 vta. el contenido de la audiencia personal llevada a cabo en la sede del Juzgado con la Sra. INB, agregado a fs. 46/47 vta, cuyo contenido integra las *directivas anticipadas indicadas en el apartado anterior*.

III.- Disponer igualmente, que no obstante la negativa de la Sra. B, con relación a tratamientos o intervenciones médicas que considera invasivas, determinadas en el *acta de directivas anticipadas*, deberá el profesional o equipo médico eventualmente interviniente en la atención de la paciente brindar a ésta, absolutamente todos los *cuidados paliativos no invasivos*, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida que *no implique prácticas eutanásicas activas*, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana sin incurrir en momento alguno en abandono de la paciente.

IV.- Dejar expresa constancia que la Sra. B, en pleno ejercicio de sus libertades fundamentales podrá, si así lo deseara modificar las *directivas anticipadas homologadas* en esta sentencia.

V.- Librar oficio al Hospital Privado de Comunidad, a PAMI –para que se asiente en la credencial de la obra social de la Sra. B “paciente con directivas anticipadas. Ley 26.529” como lo sugiriera la Fiscalía General Departamental- y al Hogar Geriátrico “...” adjuntando: a) copia de la presente sentencia; b) copia del acta de *directivas anticipadas* de fs. 8/10 vta. y c) copia de la audiencia judicial de fs. 46/47. Todo ello, a fin que se respeten las voluntades anticipadas de

la Sra. B, debiendo ser consignado en su historia clínica y en las demás registraciones internas del hospital que la Dirección del establecimiento considere pertinente a fin de garantizar el debido cumplimiento de las mismas.

VI.- Librar oficio al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, a fin que se tome nota de las *directivas anticipadas* (homologadas en la presente sentencia), adjuntando la documentación indicada en el punto III de la presente.

VII.- Librar oficio al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, por intermedio de la Delegación Mar del Plata del referido Colegio profesional, a fin de solicitar se contemple la posibilidad de inscribir las *Directivas Anticipadas* y demás documentación individualizada en el apartado III, en el “Registro de Autoprotección” en atención de tratarse en este caso de una paciente, *a quien se ha otorgado en esta causa el beneficio para litigar sin gastos*.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE CON HABILITACION.
Fdo. Dr. Pedro F. HOOFT, Juez; Geraldina J. Picardi, Secretaria”

**COMENTARIO A FALLO:
LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y EL DERECHO
A LA AUTO-DETERMINACIÓN.**

E. Jorge ARÉVALO¹

Los prolongados estados agónicos que numerosas personas portadoras de diversas dolencias terminales se ven obligadas a soportar hasta el momento de su deceso, consecuencias no deseadas de los prodigiosos avances científicos verificados en la ciencia médica, constituyeron uno de los factores determinantes- no los únicos- que dieran origen al instituto de autoprotección.

Los actos de autoprotección resultan un medio idóneo para la tutela del derecho a la dignidad de cada ser humano, ya reconocido (aunque no necesariamente salvaguardado) desde los tiempos del movimiento cultural conocido como Humanismo (siglo XV- Italia-), de

¹ Notario jubilado de la ciudad de Rosario. Docente de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Derecho (PUCA). Secretario del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) y miembro del Comité de redacción de la presente Revista.

cuyos precursores se destaca Giovanni Picco Della Mirándola (1463-1494). Precisamente, el Humanismo subraya el derecho de cada hombre, en su carácter de microcosmos, para ir diseñando su propia identidad, sustentándose en el libre albedrío que le fuera otorgado a partir de su creación.²

La sentencia que ocupa nuestro interés, puede ser considerada otro aporte a la reafirmación, continuidad y ulterior desarrollo de los principios legados de aquel ya lejano Humanismo nacido en el “Quattrocento”: el derecho de cada persona de adoptar decisiones concernientes a su propio cuerpo.

Resulta pertinente destacar, la cualidad irrefutable de la naturaleza preventiva de las directivas anticipadas o actos de autoprotección. Operan en forma semejante a los exámenes periódicos de salud aconsejados por los galenos: según las variantes que presenten las circunstancias de cada individuo, pueden servir de herramienta para evitar o simplemente prestar alivio ante situaciones de extrema gravedad. Medítese que el otorgamiento de un acto de autoprotección, hubiera permitido sortear o al menos reducir considerablemente, un calvario de casi 20 años a la víctima de un accidente automovilístico y a su familia. El protagonista de esa aberrante situación permaneció durante todo ese lapso en estado vegetativo persistente, hasta que, finalmente, el 07 de julio del año en curso la Corte Suprema de Justicia

² Pico Della Mirándola, Giovanni, “Discurso sobre la Dignidad del Hombre. Una Nueva Concepción de la Filosofía”. Estudio Preliminar, traducción y notas: Silvia Magnavacca. Artes Gráficas del Sur, Avellaneda, Pcia. de Bs. As. 2008.

de la Nación autorizó el retiro de los soportes vitales y la supresión de las medidas terapéuticas que prolongaban artificialmente la vida del sufrido paciente. Complemento irónico de esa situación macabra, fue el hecho de que la sentencia no alcanzara ser ejecutada, porque la muerte se encargó de acelerar el desenlace. Ante la imposibilidad de recabar en forma directa la voluntad del propio interesado, sea a través del consentimiento informado o de las directivas anticipadas, el Tribunal recabó el testimonio juramentado de las hermanas de aquel.³

El fallo dictado por el Juzgado Correccional de Mar del Plata número 4 el 06 de octubre de 2014 (causa 4033), integra una naturaleza diversa al pronunciamiento recordado en el párrafo anterior. El decisorio del juez Pedro Federico Hooft, resulta una aplicación puntual del concepto de “justicia preventiva”, esto es: aquella que procura evitar, o al menos neutralizar, los efectos perniciosos que inevitablemente conlleva todo litigio. La finalidad perseguida se concretó, a través del reconocimiento jurisdiccional del acto de autoprotección. Presupone actividad requerida al órgano jurisdiccional en situaciones que no implican litigios, controversias o contiendas. El ejemplo típico, son los denominados actos de jurisdicción voluntaria.⁴

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos: “C, M. A. s/ declaración de incapacidad” (CSJ 376/2013 -49 D- . 07-07-2015).

⁴ Los actos de la denominada “jurisdicción voluntaria”, se encuentran contemplados en los códigos de procedimientos de cada demarcación provincial. En Santa Fe, los trata el Libro Cuarto, Título I a VIII. La jurisprudencia ha señalado, respecto de tales actuaciones, que “La intervención judicial también es legítima cuando a requerimiento de parte da legalidad a una actuación, certeza a un hecho, verifica la constitución o integración de una relación jurídica, aunque sea sin perjuicio de terceros y revista cierta naturaleza administrativa más que jurisdiccional” (Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, Sala 3ra. 06-03-1975 (Revista Zeus, tomo

Sin menoscabo alguno de la competencia judicial, la función preventiva es una incumbencia propia del notario, quien vuelca su análisis jurídico de la voluntad de las partes en el instrumento público de su autoría, dotándola de certeza.⁵ El artículo 302 del Código Civil y Comercial de la Nación resume los deberes que incumben al escribano en calidad de intérprete jurídico con la expresión “...calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente...” (párrafo segundo de la norma citada). La normativa sustancial atribuye **plena** fe a los instrumentos públicos autorizados por los fedatarios (artículo 296 C.C. y C.).

La sentencia que en esta oportunidad se glosa, guarda estrecha analogía con la dictada por el mismo Juzgado el 05 de julio de 2012 (causa 3265), que también fuera objeto de difusión por esta revista⁶. En ambos casos, la pretensión de los justiciables es idéntica: la obtención de la tutela judicial del respeto efectivo a sus directivas anticipadas o actos de autoprotección. El texto de la primera parte de ambos “resuelvo” es idéntico en ambos pronunciamientos.⁷

5, página J-131). A nuestro entender, se trata de competencias materiales concurrentes entre funcionarios judiciales y notariales, a semejanza de lo que ocurre con la cesión de derechos litigiosos, en la medida que no involucren derechos reales sobre inmuebles (art. 1618, inciso b del Código Civil y Comercial de la Nación).

⁵ Carnelutti, Francesco en “La figura jurídica del Notario” (Gaceta Notarial, Colección Biblioteca Notarial –Serie 1, Edición 2011-, página 149), destaca el aspecto preventivo de la función del notario, encaminado a desalentar la litis

⁶ Ver Revista del IDEI, número 8, año 4, página 221 y siguientes.

⁷ La primeras partes de ambas resoluciones en su punto I, expresan en forma coincidente: “Declarar la plena validez jurídico-constitucional del instrumento de “Directivas Anticipadas” de fecha... otorgado por..., con intervención de la Unidad de Defensa n° 3 de Mar del Plata...”

Sin embargo, se advierten diferencias entre los contenidos de las presentaciones realizadas, que se concretaron con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial titular de la Unidad N° 3 del Departamento Judicial de Mar del Plata. En la recordada causa 3265, resuelta en el año 2012, el acto de auto-protección que obtuvo reconocimiento jurídico-constitucional, contemplaba la tutela de directivas anticipadas en materia de salud, particularmente el rechazo a tratamientos o intervenciones médicas invasivas, cuidados paliativos y, eventualmente, el acompañamiento del paciente “...en un proceso de muerte digna, en la medida que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el máximo respeto de la dignidad de la persona humana afectada por una enfermedad irreversible...”.. La **sentencia** dictada, respondió a lo solicitado en la acción incoada ⁸

Una mayor amplitud luce el contenido de la presentación resuelta en la sentencia que aquí se reseña. La precisa relación del contenido del acta labrada en la Defensoría Oficial (punto II de los vistos o “resulta”), nos ilustra sobre los diversos tópicos previstos en las “Directivas Anticipadas” otorgadas por la actora, ante el supuesto de que ella se vea imposibilitada de tomar decisiones por sí. Específicamente, la solicitud de la interesada contempla directivas extra-patrimoniales (lugar de permanencia en el geriátrico que detalla), persona encargada de adoptar decisiones de índole personal y directivas anticipadas sobre actos médicos y cuestiones de salud (rechazo de toda obstinación terapéutica inútil, que sólo cause a la interesada dolores evitables).

⁸ Ver nota (4).

En este momento histórico, la plena validez constitucional y aplicabilidad de las directivas anticipadas o actos de auto-protección y el cumplimiento de los requisitos relativos a la información y acuerdo del paciente sobre tratamientos médicos (consentimiento informado), no suscita duda alguna. La ley nacional 26529 (“Derechos del Paciente en su relación con los profesionales de instituciones de la salud” – texto ordenado conforme ley nacional 26742), los artículos 51 (inviolabilidad de la persona humana y derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad), 59 (consentimiento informado), 60 (directivas médicas anticipadas) del Código Civil y Comercial de la Nación, receptan paradigmas reconocidos por nuestra Carta Magna y tratados de jerarquía constitucional (artículos 19 y 75 inciso 22, Constitución de la Nación Argentina). La sentencia dictada recepta importante bibliografía y jurisprudencia que fundamenta acabadamente la decisión adoptada y, asimismo, sirve de valiosa fuente de conocimiento.⁹

Finalmente, sin desconocer los méritos de la ponderada actuación del sentenciante y funcionarios intervinientes en el proceso, debe insistirse una vez más, que el ejercicio de derechos fundamentales como la autonomía de la voluntad, intrínsecamente vinculado a la dignidad de las personas, no requiere de autorización judicial. Se trata de derechos constituciones aplicables sin necesidad de acudir a legislación.¹⁰

⁹ Punto II de “Considerando”

¹⁰ Nota a Fallo, Revista IDEI, número 9, año 5, página 253.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN¹

Vistos los autos:

“D., M. A. S/ declaración de incapacidad”.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén dejó sin efecto la sentencia que, al confirmarla de primera instancia, había rechazado la pretensión de las representantes de M.A.D. para que se ordenara la supresión de su hidratación y la alimentación enteral, así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantienen con vida en forma artificial (fs. 978/1002):

Para decidir de esa forma, el a quo señaló que tal petición se encuentra comprendida en la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (ley 26.529, modificada por la ley 26.742) por lo que no resulta necesario que las representantes de M.A.D. requieran autorización judicial alguna.

¹ Sentencia de la Corte Suprema de la Justicia Nacional, Buenos Aires 7 de julio de 2015.

Sostuvo el tribunal que existe en autos un conflicto entre derechos constitucionales, a saber, el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal. A su entender, un sujeto puede en determinadas circunstancias adoptar decisiones que tengan como fin previsible la culminación de su vida, en tanto se trata de cuestiones que se encuentran dentro de la zona de reserva que asegura el derecho a la autonomía personal. Destacó que en esa zona de reserva el individuo es dueño de hacer elecciones sobre su propia vida sin intromisión del Estado, en tanto no afecten la moral, el orden público ni a terceros. Aseguró que esas decisiones libres hacen a la dignidad de la persona y al pleno ejercicio de la libertad.

Agregó que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, procura asegurar el goce del derecho a la autonomía personal en la etapa final de la vida y que ese derecho se plasma en la posibilidad de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos.

Señaló que la ley garantiza la formación de un consentimiento informado por parte del paciente, y prevé la posibilidad de que, en determinados supuestos, este sea otorgado por los representantes legales. Apuntó que la norma pretende que estos asuntos no se desplacen desde el ámbito íntimo del paciente, su familia y el médico a la esfera judicial. Aclaró que, en el ámbito provincial, la ley 2611 persigue la misma finalidad.

Por estas razones, consideró que la petición de las hermanas y curadoras de M.A.D. se halla comprendida en las disposiciones de la ley citada. En consecuencia, sostuvo que tienen legitimación para dar consentimiento informado en representación de su hermano, M.A.D.,

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

quien se encuentra desde 1994 en estado vegetativo persistente e irreversible. También destacó que el pedido del retiro, cese y abstención de la hidratación y la alimentación enteral, así como de todas las medidas de sostén vital que mantienen a M.A.D. con vida en forma artificial, está contemplado en la nueva normativa.

Finalmente, enfatizó que la ley establece un mecanismo que no requiere intervención judicial, por lo que dejó sin efecto la sentencia apelada y declaró que la petición debe tramitar conforme a ese procedimiento.

2º) Que contra este pronunciamiento, el curador ad *litem* y el representante del Ministerio Público de Incapaces interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1010/1030 y 1032/1063, respectivamente), que fueron concedidos por el tribunal a quo (fs. 1103/1106)

El curador ad *litem* sostiene que la sentencia es arbitraria en tanto prescinde de pruebas conducentes y aplica erróneamente el derecho vigente, así como que se aparta de las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral.

Afirma que el a quo no valoró las pericias médicas de las que surge que el paciente no padece una enfermedad terminal, sino que se encuentra en estado vegetativo permanente y tiene un estado de salud estable. Se agravia de que las representantes de M.A.D. pretendan la supresión de la hidratación y la alimentación, pese a que no enfrenta una situación de muerte inminente.

Aduce que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, es inaplicable al caso, en tanto exige que el paciente se encuentre en estado terminal para autorizar el retiro de la hidratación y la alimentación. Sostiene que para esta medida el precepto exige que ellas no satisfagan su finalidad específica, esto es, hidratar y alimentar al paciente. Manifiesta que una interpretación diversa autorizaría prácticas eutanásicas, que se encuentran prohibidas por el artículo 11 de la ley en cuestión. Enfatiza que en este caso el retiro petitionado habilitaría una muerte por deshidratación e inanición, que dista de un final en paz.

Por su parte, el representante del Ministerio Público de Incapaces alega, en primer lugar, que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, fue aplicada en forma retroactiva, por lo que los jueces han incurrido en un exceso de jurisdicción ignorando el valladar impuesto por el artículo 3° del Código Civil.

Además, manifiesta que esa ley es inaplicable al caso. Destaca que el paciente no se encuentra en una situación terminal y que solo necesita para vivir hidratación y alimentación, sin requerir algún mecanismo artificial respiratorio o de otra índole. Agrega que la hidratación y la alimentación no configuran en este caso procedimientos extraordinarios o desproporcionados, sino necesidades básicas de todo ser viviente.

A su vez, enfatiza que el paciente no expresó su voluntad respecto al retiro del soporte vital, lo que debe guiar el análisis de las garantías Constitucionales en juego. Aduce que morir con dignidad es un derecho inherente a la persona y que, como tal, solo puede ser ejercido por su titular.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por otro lado, sostiene que la decisión apelada viola la garantía de la doble instancia pues lo decidido no podrá ser revisado en forma amplia por otro tribunal. Por último, postula que el tribunal no se integró correctamente, lo que afecta el principio del juez natural.

3°) Que a fs. 1116/1127 vta. obra el dictamen de la Procuradora General de la Nación del 9 de abril de 2014 quien por los argumentos allí expuestos propone confirmar la sentencia impugnada.

Con fecha 30 de abril, 26 de agosto y 30 de septiembre de 2014 el Tribunal ordenó al Cuerpo Médico Forense la realización de estudios científicos al paciente, los que fueron concretados el 2 de junio, 12 de septiembre y 15 de octubre de 2014.

Asimismo, el 28 de octubre de 2014, como medida para mejor proveer, la Corte efectuó una consulta científica al Instituto de Neurociencias de la Fundación Favaloro respecto de la situación del paciente M.A.D., que fue respondida el 18 de febrero de 2015.

El curador *ad litem*, las peticionantes y la Defensora General de la Nación, en su carácter de representante del Ministerio Público Pupilar ante esta instancia, se expidieron respecto de esos estudios los días 6, 7 y 8 de abril de 2015.

Finalmente, el 15 de junio del corriente la Defensora General de la Nación presentó su dictamen en el que también propone que se confirme la resolución impugnada, quedando de esta forma la causa en condiciones de ser fallada.

4º) Que los recursos extraordinarios son admisibles, en cuanto los agravios formulados suscitan cuestión federal suficiente pues los planteos deducidos conducen a determinar el alcance de los derechos constitucionales en juego: el derecho a la vida, a la autonomía personal, a la dignidad humana y a la intimidad (artículo 14, inc. 3º de la ley 48; Fallos: 330:399; 331:1530; 332:2559; 335:799, entre otros); y la resolución apelada ha sido contraria al derecho invocado por los recurrentes.

Por otra parte, las cuestiones referentes a la interpretación de los derechos constitucionales involucrados y a la arbitrariedad atribuida a la sentencia impugnada se encuentran inescindiblemente ligadas entre sí, por lo que corresponde examinar los agravios de manera conjunta.

5º) Que, sin perjuicio de lo expuesto, el recurso del representante del Ministerio de Incapaces es inadmisibile en tanto pone en tela de juicio la aplicación de normas locales en relación con la conformación del tribunal superior de la causa pues, como ha sostenido esta Corte, las cuestiones sobre la aplicación de las normas provinciales que organizan el funcionamiento de la justicia son de derecho público local y se encuentran reservadas, en principio, a los jueces de la causa, máxime cuando la decisión en recurso cuenta con fundamentos suficientes que bastan para descartar la tacha de arbitrariedad (conf. Doctrina de Fallos: 262:212; 312:2110, entre otros).

Por otra parte, resulta inadmisibile el agravio vinculado a la doble instancia en atención a lo decidido por el Tribunal en Fallos: 320:2145 y 329:5994.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

6°) Que según resulta de las constancias de autos, el 23 de octubre de 1994 M.A.D. sufrió un accidente automovilístico que le ocasionó un traumatismo encéfalo craneano severo con pérdida del conocimiento, poli traumatismos graves y epilepsia postraumática. Fue internado en el Hospital Castro Rendón de la Provincia del Neuquén y luego derivado a la Clínica Bazterrica de la Ciudad de Buenos Aires. Allí fue sometido a varias intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos. A fs. 7/8 obra el resumen de su historia clínica elaborada en este último nosocomio -fecha 5 de febrero de 1995- en la que se establece que “durante la internación el paciente evoluciona con estado vegetativo persistente”. Posteriormente, en el año 2003, fue ingresado en el Instituto Luncec de la Provincia del Neuquén, destacándose en la historia clínica de esa institución que M.A.D. presenta estado vegetativo permanente (fs. 502/506). También en el informe de estado neurológico del Instituto de Neurología y Neurocirugía de Neuquén, del 30 de junio de 2006, se señaló que el paciente se encuentra en estado vegetativo persistente (fs.510), diagnóstico que fue ratificado en el año 2009, por el Jefe del Servicio de Terapia Intensiva del Hospital Castro Rendón de la Provincia del Neuquén, profesional que atendió al paciente durante la primera etapa posterior al trauma (conf. fs. 378, 385/386 y 805).

7°) Que de acuerdo con lo señalado por el galeno citado en último término, desde la fecha del accidente, M.A.D. carece de conciencia de sí mismo o del medio que lo rodea, de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno y no presenta evidencia de actividad cognitiva residual (conf. fs. 385/386 y 805).

También en el informe producido por el Jefe del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de Neuquén, que considerara la jueza de primera instancia en la sentencia de fs. 819/825 vta., se señaló que, a esa fecha, el paciente se hallaba en estado vegetativo desde hacía 15 años sin conexión con el mundo exterior y presentaba una grave secuela con desconexión entre ambos cerebros, destrucción del lóbulo frontal y severas lesiones en los lóbulos temporales y occipitales, con participación del tronco encefálico, el que mostraba atrofia (conf. fs. 712/721).

8º) Que, atento a la complejidad científica, ética y deontológica que presenta la cuestión planteada y, teniendo en cuenta que se encuentra involucrado el derecho a la vida, a la salud, a la autodeterminación y a la dignidad de M.A.D., el Tribunal consideró necesario requerir la opinión técnica del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Instituto de Neurociencias de la Fundación Favaloro a los efectos de contar con la mayor cantidad de información científica posible y actualizada para decidir un caso de tal trascendencia. En razón de ello, profesionales de ambas instituciones realizaron evaluaciones directas del paciente, adjuntando no solo los informes periciales pertinentes, sino también registros audiovisuales de los estudios realizados. En efecto, dichos profesionales acompañaron junto con sus informes escritos dos discos compactos que contienen una filmación de la revisión que los médicos hicieron al paciente M.A. D. A través de esos videos e informes, este Tribunal pudo tomar acabado conocimiento de las condiciones en las que se encuentra actualmente el paciente.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Los informes producidos por el Cuerpo Médico Forense destacan que el paciente sufre un evidente trastorno de conciencia grave (fs. 1149) y que los resultados del examen efectuado a M.A.D. son prácticamente idénticos a los arrojados por el estudio neurológico realizado por el Instituto de Neurología y Neurocirugía de Neuquén en el año 2006 (conf. fs. 1152).

Agregan que el paciente no habla, no muestra respuestas gestuales o verbales simples (si/no), risa, sonrisa o llanto. No vocaliza ni gesticula ante estímulos verbales. Tampoco muestra respuestas ante estímulos visuales (conf. fs. 1168/1169).

En este mismo sentido, el Instituto de Neurociencias de la Fundación Favalaro afirma que M.A. D. permanece desde su accidente con un profundo trastorno de conciencia, no comprende órdenes simples, no emite ningún tipo de vocalización y, al estímulo auditivo, no localiza ni presenta respuesta de sobresalto (conf. fs. 1186)

9º) Que, desde el momento de su hospitalización M.A.D. ha sufrido varias dolencias como epilepsia postraumática, esofagitis por reflujo y hemorragia digestiva alta, neumonitis química broncoaspirativa, neumonía intrahospitalaria tardía e infección del tracto urinario por pseudomona multiresistente (conf. fs. 502/504 y 667).

Para atender algunas de estas afecciones se le suministra, diariamente, medicación anticonvulsionante, antieméticos, antireflujos y un gastroprotector.

Además, requiere de atención permanente para satisfacer sus necesidades básicas. Por ello, ante la imposibilidad de deglutir, M.A.D. es alimentado por yeyunostomía, procedimiento por el cual se realiza una apertura permanente en el intestino delgado para administrar nutrientes a través de una sonda. También, se le ha colocado una sonda vesical permanente y pañales, por incontinencia vesical y rectal.

10) Que la condición descripta ha perdurado por un lapso que supera los veinte años. El cuadro clínico de M.A.D. no ha sufrido cambios y los profesionales que se han pronunciado en las instancias anteriores coinciden en que no tiene posibilidad alguna de recuperación neurológica o de revertir su actual estado.

Así lo señaló el Jefe del Servicio de Terapia Intensiva del Hospital Castro Rendón en su informe obrante a fs. 385/386. Por su parte, el Jefe del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de Neuquén sostuvo que la situación de M.A. O. es irreversible, es decir que "...no hay posibilidad de mejoría neurológica, por lo tanto se transforma en un desahuciado en cuanto a la posibilidad de abandonar algún día su estado vegetativo". En su criterio, M.A.O. es un paciente desahuciado en estado terminal (conf. fs. 712/721).

Si bien las evaluaciones médicas solicitadas por esta Corte difieren respecto al diagnóstico de estado vegetativo permanente que efectuaran los profesionales que han intervenido en la causa, resultan coincidentes en cuanto al pronóstico del cuadro que presenta el paciente.

En efecto, el Cuerpo Médico Forense afirma que M.A.D. padece de un estado de conciencia mínima, variante *minus* (fs. 1169), no

obstante lo cual, en todos los informes que realizara a requerimiento del Tribunal expresamente destaca que, a los fines de valorar la reversibilidad del cuadro, la diferencia de diagnóstico resulta irrelevante pues, a casi dos décadas del hecho generador, sin cambios de mejoría manifiesta y sostenida, las probabilidades son estadísticamente las mismas (fs. 1152/1153).

El cotejo de los informes de este Cuerpo Médico obrantes a fs. 1137/1154 y 1167 bis/1172 resulta por demás demostrativa de esta circunstancia. En efecto, en el primero de ellos se manifestó que en el caso de "...pacientes con Estado Vegetativo Persistente, de origen traumático y de más de 12 meses de duración, prácticamente no muestran probabilidad de recuperación. La supervivencia no suele superar los 5 años. La posibilidad de supervivencia mayor a 15 años es de 1/15.000 a 1/75.000. El índice de mortalidad dentro del primer año, según informe de la Multi-Society Task Force sobre 'Estado vegetativo persistente', en pacientes adultos, es 53% en el daño hipóxico-isquémico y, 33% en el daño traumático. A los 3-5 años, se observó que el índice de mortalidad es del 65-73% y, a los 10 años, 90%...".

Asimismo, al ser requerido específicamente respecto de las posibilidades de reversibilidad del cuadro de M.A.D., el mismo Cuerpo Médico en su segundo informe, y no obstante haber diagnosticado el estado de conciencia mínima, señala que "... a dos décadas del hecho generador, sin cambios clínicos ni mejoría manifiesta y sostenida, la probabilidad estadística de reversibilidad es extremadamente baja, tanto espontáneamente como mediante la aplicación de los recursos

terapéuticos...”. Agrega que “...El cuadro se considera como permanente si perdura más allá de 12 meses. El índice de mortalidad a 10 años es 90%. La posibilidad de supervivencia mayor a 15 años es de 1/15.000 a 1/75.000 [...] por ello, existen sólo muy pocos casos -comunicados en la literatura especializada-, de estados vegetativos o de conciencia mínima de 20 años de evolución, tal como es el del paciente de autos. Los casos internacionalmente más notorios de trastorno de conciencia persistente/permanente, de K.A. Quinlan y T. Schiavo, duraron 10 y 15 años respectivamente; M.A.D. es, por lo tanto, excepcional...”.

También el Instituto de Neurociencias de la Fundación Favalaro concluye que M.A.D. se encuentra en un estado de mínima conciencia al que califica como permanente y, en cuanto a su pronóstico, afirma que: “Las chances de recuperación del ‘estado de mínima conciencia’ (EMC) disminuyen con el tiempo. La mayoría de los pacientes que han evolucionado lo han hecho dentro de los 2 años posteriores a la instalación del cuadro. Si bien hay casos aislados de mejoría tardía, la bibliografía remarca que las chances de recuperación disminuyen con el tiempo y luego de los 5 años del evento son extremadamente raras e inexorablemente los pacientes que se recuperan quedan profundamente secuestrados. Por otro lado los estudios remarcan, además del tiempo, que la trayectoria de recuperación es un indicador pronóstico, entendiéndose a esta última como mejoría en el nivel de respuesta con el transcurso del tiempo. Como conclusión aquellos pacientes que permanecen en EMC por 5 años sin signos que demuestren mejoría en la capacidad de respuesta deben ser diagnosticados como ‘EMC permanente’ y las

chances de recuperación son casi nulas. El paciente M.A.D. se encuentra en esta situación desde hace más de 20 años sin evidencia de mejoría en todo este tiempo. Por éstos motivos se concluye que el paciente se encuentra en EMC permanente y sus posibilidades de recuperación son excepcionales” (fs. 1186/1190).

11) Que descriptos los antecedentes del caso, así como el diagnóstico y el pronóstico que efectuaron los profesionales médicos que tuvieron contacto con M.A.D., corresponde ingresar en el examen de los planteos formulados por las recurrentes.

Al respecto, cabe en el primer lugar señalar que no pueden prosperar las impugnaciones formuladas por el Ministerio de Incapaces en el sentido de que el fallo apelado es arbitrario dado que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, no puede ser aplicada en forma retroactiva. Ello es así en tanto, como se sostiene en el dictamen de la señora Procuradora General, no se demostró la arbitrariedad de la decisión del a quo de aplicar en forma inmediata la referida normativa a la situación del paciente.

12) Que, aclarado ello, es importante remarcar que la ley 26.529 reconoce el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad.

El artículo 2º, inciso e, prevé que “el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar

posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Por su parte, el artículo 5° establece que debe entenderse “por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: (..). g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de

hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”.

13) Que el texto legal transcrito es el resultado de la modificación recientemente introducida a la Ley de Derechos del Paciente por la ley 26.742 luego de un amplio debate parlamentario y que tuvo por principal objetivo atender a los casos de los pacientes aquejados por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación (conf. Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 10 -7a Sesión Ordinaria (Especial) - 30 de noviembre de 2011; y Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, 5º Reunión - 3º Sesión Ordinaria - 9 de mayo de 2012).

De esta manera, se reconoció a las personas que se hallan en esas situaciones límite, como forma de ejercer la autodeterminación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos.

No fue intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas, expresamente vedadas en el artículo 11 del precepto, sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la “abstención” terapéutica ante la solicitud del paciente (conf. Fallos: 335:799, considerando 16).

Por lo demás, sobre este punto, cabe señalar que estas previsiones consagradas por la legislación especial no resultan incompatibles con las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado por la ley 26.994 y que, de acuerdo a la ley 27.077, entrará en vigencia a partir del 1º de agosto de 2015.

14) Que si bien M.A.D. no padece una enfermedad, lo cierto es que, como consecuencia de un accidente automovilístico, ha sufrido lesiones que lo colocan en un estado irreversible e incurable. En efecto, tal como se ha señalado anteriormente, hay coincidencia entre los profesionales que lo han examinado en cuanto a la irreversibilidad o incurabilidad de su situación, sin que se hayan expresado fundamentos médicos -según los estándares científicos reconocidos a nivel internacional- o acompañado antecedentes que permitan suponer que tenga posibilidades de recuperarse de su actual estado. Esta circunstancia llevó a uno de los profesionales médicos que relevó su situación a manifestar que se trata de un paciente desahuciado en estado terminal (confr. fs. 721).

Es por este motivo que resulta posible encuadrar su estado, así como la petición formulada de retiro de medidas de soporte vital, dentro de lo contemplado en los artículos 2º, inciso e, y 5º, inciso g, de la ley 26.529.

15) Que abonan esta conclusión las expresiones de los legisladores que participaron del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.742, que introdujo la actual redacción de los artículos 2º, inciso e, y 5º, inciso g, de la ley 26.529. En esa oportunidad, al exponer los motivos por los que se entendía necesaria la modificación de la Ley

de Derechos del Paciente, se hizo expresa referencia a la necesidad de atender a situaciones como la que atraviesa M.A.D. (conf. Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, págs. 30, 38, 39 y 58 y Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 10 - 7a Sesión Ordinaria (Especial) - 30 de noviembre de 2011).

Asimismo, al regular lo atinente a los procedimientos de alimentación e hidratación artificial en los términos ya reseñados, se consideró que estos también pueden ser rechazados cuando “..produzcan, como único efecto, la prolongación, en el tiempo, del estadio terminal irreversible o incurable. De esta forma, abarcamos todos los tipos de procedimientos mencionados, a los efectos de que claramente rija la autonomía de la voluntad para rechazarlos y que la muerte se produzca naturalmente sin necesidad de prolongarla de manera artificial, dando lugar así al encarnizamiento médico [...]. o al alargamiento de situaciones de vida vegetativa...”. (conf. diputada Ibarra, Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 10-7a Sesión Ordinaria (Especial) - 30 de noviembre de 2011).

16) Que este Tribunal entiende adecuado resaltar que la solicitud incoada para que cesen los procedimientos de hidratación y alimentación artificial que recibe M.A.D. puede ser encuadrada en los distintos supuestos previstos en forma alternativa por los artículos 2º, inciso e, y 5º, inciso g.

Ello es así por cuanto, más allá de la especificidad de estos procedimientos y de la expresa referencia que estas normas contienen al respecto, lo cierto es que en el marco de una situación como la que

se encuentra M.A.D. existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que estos, en tanto brindan al paciente soporte vital, constituyen en sí mismos una forma de tratamiento médico.

Esta conclusión también resulta del dictamen de fs. 1137/1154 al expresar que “el soporte vital incluye tratamientos de alta complejidad (técnicas de circulación asistida, oxigenación extracorpórea, reanimación cardiopulmonar, la ventilación mecánica, la diálisis, etc.) y de baja complejidad (empleo de derivados sanguíneos, sustancias vaso activas y fármacos -antibióticos, diuréticos, quimioterápicos, etc.-) entre los que se encuentran la alimentación e hidratación artificiales. El soporte vital excluye la prolongación de vida solamente biológica...” .

En este sentido, en ese mismo informe se señala que las medidas de alimentación e hidratación que se suministran a M.A.D. “...no tienen la finalidad de recuperar la conciencia [...] sino, suplir la función de uno o más órganos o sistemas cuya afectación compromete el pronóstico vital, con el objeto de mantener la vida en un paciente crítico como el de autos ..”. (fs. 1153).

Similares consideraciones se expresaron en los dictámenes de los Comités de Bioética agregados al expediente en los que se destaca que estos procedimientos también pueden ser rechazados en situaciones análogas a la que se encuentra M.A. D. (cf fs. 378/380; 381/383 y 543/553)

17) Que, por lo demás, el relevamiento de la jurisprudencia comparada demuestra que la hidratación y la alimentación han sido reconocidos como tratamientos médicos, aun en ausencia de previsiones

normativas expresas en distintos precedentes dictados por los tribunales extranjeros de máxima instancia al decidir peticiones similares a las planteadas en autos respecto a pacientes que carecían de conciencia de sí mismo y del mundo exterior y cuyos estados resultaban también irreversibles (cf. Suprema Corte de los Estados Unidos, “Cruzan v. Director Missouri Department of Health”, 497 U. S. 261, voto concurrente de la jueza O’ Connor, sentencia del 25 de junio de 1990; Cámara de los Lores del Reino Unido, “Airedale NHS Trust v. Bland” [1993] 1 All ER 821, sentencia del 4 de febrero de 1993; Corte Suprema de Casación de Italia, sección primera civil sentencia N° 21748/07 del 16 de octubre de 2007, (caso “Englaro”); Suprema Corte de la India, “Aruna Ramchandra Shanbaug v. Union of India & Ors.”, sentencia del 7 de marzo de 2011; Consejo de Estado Francés, “Mme. F.I. et autres”, sentencia del 24 de junio de 2014).

Este encuadre fue admitido, con sustento en las disposiciones de la Guía del Consejo de Europa para el Proceso de Toma de Decisiones relativas al Tratamiento Médico en Situaciones del Final de la Vida, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al convalidar, en fecha reciente, una decisión del Consejo de Estado Francés que autorizó el retiro de la nutrición y la reducción de la hidratación de una persona que se encontraba en un estado similar al de M.A. D. (conf. “Lambert y otros c. Francia”, fallo del 5 de junio de 2015).

18) Que la situación concreta en la que se halla M.A. D. permite aseverar que, en el presente caso, se está en presencia de un paciente mayor de edad que hace más de 20 años que se encuentra internado

sin conciencia de sí mismo ni del mundo que lo rodea, alimentado por yeyunostomía, con las complicaciones médicas que naturalmente se derivan de la circunstancia de que esté postrado y con una apertura permanente en su intestino delgado para recibir, a través de una sonda, los nutrientes que prolongan su vida.

Asimismo, de las constancias de la causa surge que M.A.D. no ha brindado ninguna directiva anticipada formalizada por escrito respecto a qué conducta médica debe adoptarse con relación a la situación en la que se halla actualmente. Tal omisión no puede entenderse indicativa de voluntad alguna si se tiene en consideración que al momento del accidente no solo no se encontraban vigentes las normas que aquí se examinan, sino que esa práctica no era habitual ni se hallaba tan difundida socialmente la posibilidad de hacerlo como ocurre en la actualidad.

Asimismo, atento a su condición médica, no puede ahora ni podrá en el futuro declarar por sí mismo la decisión relativa a la continuidad del tratamiento médico y del soporte vital que viene recibiendo desde el año 1994.

Es decir, en el *sub lite* lo que corresponde examinar es si pese a estas circunstancias es posible conocer cuál es la voluntad de M.A.D. respecto de esta cuestión.

19) Que, ello aclarado, cabe reiterar que, como se estableciera anteriormente, la decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En efecto, esta Corte, en innumerables precedentes ha resaltado el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no solo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de este para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo (Fallos: 332:1963; 335:799).

En este orden, ha dejado claramente establecido que el artículo 19 de la Constitución Nacional otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros (Fallos: 316:479; 324: 5) .

En la misma línea, ha recordado que nuestro sistema jurídico recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo presupone su condición de ente capaz de autodeterminación (Fallos: 328:4343).

Es en este marco que la ley 26.529 reconoce este derecho a toda persona y dispone lo necesario para asegurar su pleno ejercicio, incluso para casos como el que aquí se examina (conf. artículo 11).

20) Que en este punto resulta oportuno recordar que, como fuera sentado en el ya citado precedente de Fallos: 335:799 y sus citas, "...el art. 19 de la Ley Fundamental [...] protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica,

las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo [...]. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello”.

21) Que en la ley 26.529 se prevé la situación de los pacientes que, como en el caso de M.A.D., se encuentran incapacitados o imposibilitados de expresar su consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico. Así, en el artículo 6º se establece que en estos supuestos el consentimiento del paciente “[...] podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 [Trasplante de Órganos], con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

De acuerdo con los términos del citado artículo 21, y al orden de prelación allí establecido, los hermanos se encuentran autorizados a dar testimonio de la voluntad del paciente.

22) Que teniendo en cuenta el principio de autodeterminación del paciente que, como se señaló, posee raigambre constitucional y

la aplicación que efectuó el a quo de la norma señalada, corresponde formular las siguientes precisiones.

Por aplicación del sistema establecido por el legislador, son determinadas personas vinculadas al paciente –impedido para expresar por sí y en forma plena esta clase de decisión-, los que hacen operativa la voluntad de este y resultan sus interlocutores ante los médicos a la hora de decidir la continuidad del tratamiento o el cese del soporte vital.

En este sentido, debe aclararse y resaltarse que por tratarse la vida y la salud de derechos personalísimos, de ningún modo puede considerarse que el legislador haya transferido a las personas indicadas un poder incondicionado para disponer la suerte del paciente mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia.

En efecto, no se trata de que las personas autorizadas por la ley -en el caso, las hermanas de M.A.D., decidan la cuestión relativa a la continuidad del tratamiento médico o de la provisión del soporte vital de su hermano en función de sus propios valores, principios o preferencias sino que, como resulta claro del texto del artículo 21 de la ley 24.193 al que remite el artículo 6° de la ley 26.529, ellas **solo pueden testimoniar, bajo declaración jurada, en qué consiste la voluntad de aquel a este respecto.**

Los términos del artículo 21 de la ley son claros en cuanto a que, quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente no actúan a partir de sus convicciones propias sino **dando testimonio** de la voluntad de este **..Es decir que no deciden ni “en el lugar” del paciente ni “por” el paciente sino comunicando su voluntad.** Ello,

a diferencia de diversas soluciones adoptadas en el derecho comparado que permiten reconstruir la presunta voluntad del paciente teniendo en cuenta para ello tanto los deseos expresados antes de caer en estado de inconsciencia como su personalidad, su estilo de vida, sus valores y sus convicciones éticas, religiosas, filosóficas o culturales (conf. Corte Suprema de Casación de Italia, sección primera civil, sentencia N° 21748/07 del 16 de octubre de 2007, (caso “Englaro”); Código Civil alemán (BGB) parágrafo 1901a).

De este modo, la decisión respecto de la continuidad del tratamiento no puede ni debe responder a meros sentimientos de compasión hacia el enfermo, ni al juicio que la persona designada por la ley se forme sobre la calidad de vida del paciente, aunque esta sea parte de su círculo familiar íntimo. Tampoco puede basarse en criterios utilitaristas que desatiendan que toda persona es un fin en sí mismo. Lo que la manifestación de la persona designada por ley debe reflejar es la voluntad de quien se encuentra privado de consciencia y su modo personal de concebir para sí, antes de caer en este estado de inconsciencia permanente e irreversible, su personal e intransferible idea de dignidad humana.

Esta premisa, por otra parte, encuentra plena correspondencia con los principios del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en la ley 27.044.

23) Que, en igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el ya citado caso “Lambert”, destacó que el paciente es la parte principal en el proceso de toma de decisiones y que su consentimiento debe permanecer en el centro de este último; esto es cierto incluso cuando el paciente es incapaz de expresar sus deseos. Recordó ese tribunal que la Guía del Consejo de Europa para el Proceso de Toma de Decisiones relativas al Tratamiento Médico en Situaciones del Final de la Vida recomienda que el paciente debe participar en el proceso de toma de decisiones a través de cualquier deseo expresado anteriormente que pueda haber sido confiado por vía oral a un miembro de la familia.

24) Que en razón de los valores en juego y con el objeto de evitar cualquier equívoco relativa al alcance de este pronunciamiento, corresponde remarcar que no está en discusión que M.A.D., es una persona en sentido pleno que debe ser tutelada en sus derechos fundamentales, sin discriminación alguna (artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional).

Asimismo, debe subrayarse que de la dignidad que le asiste por el simple hecho de ser humano, reconocida en distintas normas convencionales, se desprende el principio de inviolabilidad de las personas que proscribe tratarlo con base en consideraciones utilitarias (Fallos: 335:197, considerando 16).

Es justamente por ello que goza tanto del derecho a la autodeterminación de decidir cesar un tratamiento médico como también, en sentido opuesto, a recibir las necesarias prestaciones de salud y a que se respete su vida, en tanto primer derecho de la persona

humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 323:3229; 324:3569; 331:453; CSJ 698/2011 (47-P) “P., A.C. s/insania”, fallada el 11 de diciembre de 2014; CSJ 9/2013 (49-R) “R., S.E. c/Provincia Servicios de Salud S.A. s/incumplimiento de contrato”, fallada el 30 de diciembre de 2014; entre otros) .

25) Que es en razón de estas esenciales premisas que se impone aclarar que la solución que aquí se adopta respecto de la solicitud formulada por las hermanas de M.A.D. de ninguna manera avala o permite establecer una discriminación entre vidas dignas e indignas de ser vividas ni tampoco admite que, con base en la severidad o profundidad de una patología física o mental, se restrinja el derecho a la vida o se consienta idea alguna que implique cercenar el derecho a acceder a las prestaciones médicas o sociales destinadas a garantizar su calidad de vida Fallos: 327:2127; 335:76, 452).

Por el contrario, partiendo del concepto de que justamente por tratarse M.A.D. de una persona humana que posee derechos fundamentales garantizados por normas de superior jerarquía, lo que este pronunciamiento procura es garantizar el máximo respeto a su autonomía y asegurar que esta sea respetada, en los términos dispuestos por la ley, en una situación en la que él no puede manifestar por sí mismo su voluntad a causa del estado en que se encuentra.

Es decir, no se trata de valorar si la vida de M.A.D., tal como hoy transcurre, merece ser vivida pues ese es un juicio que, de acuerdo con el sistema de valores y principios consagrado en nuestra Constitución Nacional, a ningún poder del Estado, institución o particular corresponde

realizar. Como esta Corte ha señalado “en un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio Estado se arroge la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo” (Fallos: 329: 3680).

26) Que resulta claro, entonces, que el artículo 6° de la ley 26.529 no autoriza a las personas allí designadas a decidir por sí, y a partir de sus propias valoraciones subjetivas y personales, con relación del tratamiento médico de quien se encuentra impedido de expresarse en forma absoluta y permanente a su respecto. **De este modo, lo que la norma exclusivamente les permite es intervenir dando testimonio juramentado de la voluntad del paciente con el objeto de hacerla efectiva y garantizar la autodeterminación de este.**

27) Que, en este contexto y a partir de todo lo afirmado precedentemente, resulta indispensable valorar que las hermanas de M.A.D., que son mayores de edad y, a su vez, fueron designadas como sus curadoras, solicitaron el cese de la provisión de tratamiento médico y de medidas de soporte vital manifestando con carácter de declaración jurada que esta solicitud responde a la voluntad de su hermano (conf. fs. 424 vta. y 428).

Asimismo, reviste interés resaltar las concordantes manifestaciones posteriormente efectuadas por la Sra. A. D. en el sentido que “está representando a su hermano, que ella sabe cuál era su voluntad y quiere que se respeten los derechos de su hermano” (conf. fs. 710)

y que ratificó, al contestar el traslado de los recursos extraordinarios interpuestos en autos, cuando señaló que estaban “...cumpliendo la voluntad explícita manifestada por él, en vida a una de sus hermanas...”. (fs. 1089).

Por último, en esta línea corresponde dejar asentado que en el sub examine no se ha alegado ni aportado elemento alguno ante esta instancia tendiente a sostener que la aplicación del sistema adoptado por el legislador pueda implicar, en este caso concreto, desconocer la voluntad de M.A.D. al respecto.

Tampoco hay en el expediente consideración o testimonio alguno que permita albergar dudas acerca de que esta es la voluntad de M.A.D. ni existen constancias de que esta voluntad hubiere sido modificada con posterioridad a las manifestaciones de las que se da testimonio en autos. La ausencia de una controversia sobre estos extremos permiten diferenciar claramente a la situación planteada en el *sub examine* de la examinada en el precedente de Fallos: 335:799.

28) Que, en este contexto, es insoslayable señalar que este Tribunal advierte la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentra M.A.D., así como las derivaciones en el plano de sus derechos humanos que plantea la cuestión debatida.

Por ello, se estima necesario destacar que, con el objeto de garantizarlos, en el curso del proceso sus intereses fueron defendidos por una persona especialmente designada a esos efectos y distinta de las curadoras nominadas en los términos de la legislación civil. De esta forma, se extremaron los cuidados destinados a asegurar que, en el marco de un

profundo examen de las cuestiones médicas y éticas involucradas, todos los puntos de vista sobre la cuestión fueran expresados y escuchados (conf. Arg. CSJ 698/2011 (47-P) “P., A.C. *si insania*”, fallada el 11 de diciembre de 2014)

29) Que, por ello, debe descartarse el agravio de arbitrariedad invocado pues cabe concluir que la petición efectuada por las hermanas de M.A.D. -en el sentido de que los profesionales de la salud se abstengan de proveerle a este todo tratamiento médico- se enmarca dentro de los supuestos previstos en la ley, al ser efectuada por los familiares legitimados, sin que los testimonios por ellos brindados fueran contrarrestados.

Por lo tanto, y atento a que se ha dado cumplimiento con los requisitos exigidos, la petición debe aparejar todos los efectos previstos en el citado marco normativo. En tales términos, y teniendo en cuenta las circunstancias ya descriptas, corresponde admitir la pretensión deducida a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente en las condiciones establecidas por la ley 26.529. En especial, deberá darse cumplimiento **con el artículo 2, inciso e, *in fine*, en cuanto precisa que en los casos en que corresponde proceder al retiro de las medidas de soporte vital es menester adoptar las providencias y acciones para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente.**

30) Que si bien en este caso particular no corresponde realizar juicio alguno relativo a la circunstancia de que la solicitud efectuada por las hermanas de M.A.D. fue judicializada, el Tribunal estima conveniente formular algunas precisiones respecto de cómo deberán tratarse, en el

futuro, situaciones en las que se pretenda hacer efectivo el derecho a la autodeterminación en materia de tratamientos médicos.

31) Que, para ello, resulta necesario recordar que esta Corte ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 334: 13; CSJ 369/2013 (49-R) /CS1 “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar”, sentencia del 18 de junio de 2013).

De este modo, partiendo de estas premisas interpretativas, debe resaltarse que en lo que se refiere a esta importante cuestión y para el supuesto que aquí nos ocupa, el legislador no ha exigido que el ejercicio del derecho a aceptar o rechazar las prácticas médicas ya referidas quede supeditado a una autorización judicial previa.

Esta conclusión, basada en la lectura del texto de la norma que no formula ninguna referencia a esta cuestión, se ve corroborada al acudirse a los antecedentes parlamentarios. De ellos surge que distintos legisladores manifestaron en forma contundente que la normativa introducida pretendía evitar la judicialización de las decisiones de los

pacientes (conf. Senadores Cano, Lores y Fellner, Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, págs. 32, 39 y 49).

32) Que, por lo tanto, aquí resultan aplicables las consideraciones expuestas por el Tribunal en el precedente “F.A.L.” (Fallos: 335:197) en cuanto a que “por imperio del artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (considerando 20).

Por tal razón, no debe exigirse una autorización judicial para convalidar las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos, en la medida en que estas se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión.

33) Que, por otra parte, la particular situación que se suscitó en la institución en la que se atendió a **M.A.D.** pone de manifiesto la necesidad de que, las autoridades correspondientes, contemplen mediante un protocolo las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente.

A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las

actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a los pacientes que se encuentren en la situación contemplada en la ley 26.529.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se declaran parcialmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos y se confirma la sentencia apelada en los términos y con los alcances indicados en el considerando 29, segundo párrafo. Notifíquese y oportunamente devuélvase. **Firmado LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - JUAN CARLOS MAQUEDA.**

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén.**

**COMENTARIO A FALLO:
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE
EL DERECHO A LA DIGNIDAD
HASTA EL FINAL DE LA VIDA.**

María Mercedes CORDOBA¹

No nos cabe duda de que el fallo que traemos al análisis en esta oportunidad es de una trascendencia fundamental. Es el primer caso sobre el que se expide la Corte Suprema de la Nación luego de la sanción de la ley 26.529 con su modificatoria de la ley 26.742. La Corte no desperdició la oportunidad de explayarse en conceptos que pueden esclarecer la determinación y el alcance del mal llamado derecho a la muerte digna. Como partidarios de la vida vamos a llamarlo en este comentario ejercicio final del derecho a una vida digna.

¹ Notaria titular de registro de la ciudad de Rosario, Santa Fe, Miembro pleno del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) y miembro del comité de redacción de la presente Revista.

La cuestión judicializable pasó entre la solicitud de las hermanas de M.A.D. del retiro de los soportes de hidratación y alimentación enteral y de todo soporte artificial de la vida de aquel y los agravios manifestados por el curador ad litem y el Representante del Ministerio Público de Incapaces quien entendía que se violaban los derechos a la vida y la integridad de M.A.D al retirarle estos soportes ya que su estado de salud no era terminal como requiere la ley, por lo que la alimentación e hidratación serían cuidados normales y no extraordinarios, destacando que M.A.D. no habría manifestado en vida su voluntad de rechazar estos cuidados extraordinarios de su salud.

M.A.D. sufrió un accidente en 1994, traumatismo encefalocraneano, con pérdida de conocimiento, politraumatismos graves y epilepsia postraumática. A partir de febrero de 1995 se le diagnostica estado vegetativo persistente. El estado de salud de M.A.D. es de los que más desafíos presenta en cuanto a definir el posible pronóstico de recuperación y por lo tanto el límite entre hasta qué punto la prolongación de ese estado por medio de soportes artificiales de la vida es encarnizamiento terapéutico y cuando es cuidado normal. A la Corte también le pareció difícil esta cuestión por lo que pidió auxilio del instituto de neurociencias de la Fundación Favaloro para que junto con el Cuerpo Médico de la Corte Suprema se acercara a un panorama completo en cuanto a diagnóstico acertado y posibilidades de recuperación de M.A.D. La conclusión en base al estado del paciente y los estudios estadísticos en casos similares alrededor del mundo fue que el pronóstico era muy desfavorable a la recuperación, la condición sería irreversible.

Pasando a las consideraciones jurídicas, en primer lugar la Corte hace un recuento de sus fallos anteriores y pone de manifiesto que toda persona tiene derecho a elegir o rechazar tratamiento médico. Este es un derecho consagrado constitucionalmente en el art. 19, basado en la autonomía personal y la dignidad humana. Estos principios han sido definidos y conceptualizados por fallos de Corte Suprema que ha sido consecuente en encuadrar estas decisiones personales autorreferentes dentro del ámbito de la intimidad y fuera de la órbita de la autoridad estatal. La ley 26.529 modificada por la 26.742 recepta en forma expresa estos derechos en el ámbito específico de las relaciones médico paciente.

Estando en etapa terminal ésta la ley acuerda a las personas el derecho de abstenerse de medidas o soportes de alimentación, hidratación y respiración artificiales sin que esta abstención implique “per se” una práctica eutanásica. Advierte la corte que la ciencia médica está mayormente de acuerdo en que estas medidas tienen el carácter de tratamiento médico, que forman parte del soporte vital de baja complejidad y que no tienen como fin la recuperación de la conciencia sino suplir el funcionamiento de órganos con el único objetivo de mantener la vida biológica del sujeto. Trae a relación que la jurisprudencia comparada en distintos antecedentes ha reconocido el carácter de tratamiento médico de estas técnicas y sobre todo fundamenta la decisión en que ambos procedimientos han sido lo suficientemente discutidos y analizados en el debate parlamentario de la modificación a la ley 26.529 habiéndose logrado consenso en cuanto a atribuirles dicho carácter.

Dicho esto se pasa a analizar a quien corresponde decidir sobre situaciones de pacientes adultos que no han formalizado directivas anticipadas por escrito. La omisión en el caso concreto de M.A.D. no puede considerarse como una negativa al retiro del soporte vital por no ser las directivas anticipadas una práctica habitual ni difundida hace 20 años. No cabe en este análisis hacer especulaciones pero a futuro el otorgamiento de directivas anticipadas deberá ser necesariamente tenido en cuenta a la hora de determinar la voluntad de los pacientes terminales. Lo que corresponde examinar en cada caso es si pese a la circunstancia de imposibilidad de comunicación actual es posible conocer cuál es la voluntad de M.A.D. es decir si él quiere o no mantener su cuerpo con vida aunque esto signifique la prolongación de su estado por años o si él preferiría transitar la etapa final de su vida sin extenderla por medios artificiales.

Volviendo al punto central de la cuestión, no cabe duda que la decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio del derecho de autodeterminación que asiste a toda persona, el individuo es persona y como tal se presupone su condición de capacidad de autodeterminación, ésta corresponde a la esfera de la intimidad personal. Las directivas anticipadas son una herramienta formidable para asegurar el pleno ejercicio del derecho de autonomía personal para los casos en que el individuo se ve privado temporalmente de ejercitar sus derechos por sí mismo. Pero no siempre vamos a tener claramente manifestada la voluntad en una directiva anticipada, tal como pasó en el caso de M.A.D. La Ley de derecho de la salud prevé expresamente en el

art. 6 una autorización a los parientes en el orden establecido en la ley de transplante de órganos a dar o negar consentimiento para actos médicos por el impedido para darlo. ¿Cuál es la naturaleza de esa manifestación del pariente? No se trata según expresa la Corte en el fallo en análisis de una sustitución de la voluntad del paciente sino que estos parientes dan testimonio de la voluntad del impedido. El que decide es siempre el paciente, los representantes designados o parientes no sustituyen su voluntad sino que la transmiten. Esta es la solución que consagra la ley de transplante.

No se expide la corte en cuanto al valor que tendría una directiva médica anticipada por escrito. Se ha dicho que las directivas anticipadas son un consentimiento médico anticipado. En nuestro derecho podemos distinguir claramente ambos institutos atendiendo a su naturaleza jurídica a pesar de que la norma parece deslizar que sean idénticas. El consentimiento informado es según el art. 5 de la ley 26529 modificada por ley 26.742 “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de

los alternativos especificados. g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Requiere que sea dado en base al conocimiento de la situación, informada por el médico, debidamente circunstanciada y según el estado de conocimiento científico al momento de realizarse la práctica. En el caso de las directivas anticipadas la persona prevé que puede llegar a estar en una situación en la que tenga que decidir sobre su salud y no pueda prestar su consentimiento, esta situación es una eventualidad que puede no darse nunca, pero si así fuera la persona hace declaraciones que serán indicativas de cuales son su valores, expectativas y deseos, su plan o proyecto de vida. En esa línea de pensamiento el art. 11 no define las directivas anticipadas *pero de la lectura del artículo parece surgir que fueran un consentimiento anticipado Directivas anticipadas*. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su

salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó. Sin embargo las directivas anticipadas son más amplias que el consentimiento informado ya que a diferencia de este se proyectan en el tiempo hacia un futuro incierto. Penzzano las diferencia en una forma muy simple “Una expresión acabada de la aplicación de este principio aparece en el proceso del consentimiento informado. En tal sentido, las directivas anticipadas (DA) pueden considerarse una extensión de la aplicación de dicho concepto ante la eventual pérdida de la capacidad del paciente o la imposibilidad de expresar su voluntad, pero a diferencia de él no supone solo la aceptación o no de un procedimiento sino la expresión de su voluntad real” La ley de salud exige para esa voluntad anticipada la forma escrita con intervención de escribano o juez de primera instancia y el requisito de dos testigos. No nos cabe duda que toda manifestación que no cumpla con estos requisitos será tenida en cuenta en un proceso judicial para dirimir los desacuerdos que surjan en cuanto al destino del paciente terminal pero mientras mejor se haya ocupado la persona en darle formalidad a su opinión menos tratamiento judicial de la situación y menos dificultades al momento de decidir qué tratamiento aplicar.

Retomando la pregunta sobre quién debe dar el consentimiento en caso de que no haya una expresión inequívoca de voluntad anticipada,

se resalta en el fallo que no hay una transferencia del poder de decisión a estos representantes. Los valores a ser sopesados al momento de integrar la voluntad no son los de los autorizados quienes solo pueden dar testimonio bajo declaración jurada en qué consiste la voluntad de aquel. No deciden ni en lugar ni por el paciente sino comunicando su voluntad. Se nos remite a la Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida del Consejo de Europa, donde se clarifican los conceptos de representación, apoderamiento para el cuidado de la salud y demás autorizados a la toma de decisiones. En la guía se pone énfasis en la necesidad de que el paciente integre el equipo de toma de decisión y que su voz sea tenida en cuenta en todo momento. La toma de decisión es un proceso complejo no siempre se reduce a responder preguntas por si o por no por lo que no en todos los casos el representante será un mero nuncio de la opinión del paciente por lo que creemos que las directivas anticipadas dadas por escrito son la mejor manera en que la opinión del sujeto privado de discernimiento sean aportadas a ese proceso. Recordemos que el art. 60 del código civil y comercial de la Nación dice que la persona puede designar representante para expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Puede elegir a cualquier persona sin limitación. Solo en caso de que no haya designado representante se aplicará supletoriamente la regla del art. 6 de la ley 26.529.

Resulta digno de destacar la recomendación dada por la corte en cuanto a la necesidad de no judicializar los casos que involucren decisiones de salud. Es decir que en todo caso en que la voluntad del

paciente surja expresada en forma inequívoca y no haya controversia sobre dicha expresión de voluntad no existe ninguna necesidad de solicitar autorización judicial alguna para respetar dicha voluntad. El ámbito de toma de la decisión es el hogar, la residencia o el hospital, no el tribunal. En este sentido las directivas anticipadas otorgadas mediante escritura, con la presencia de dos testigos y la aceptación de parte del representante de la designación deberían ser suficientes como para que dicha voluntad sea aceptada y respetada.

La complejización del proceso de final de la vida como consecuencia del desarrollo técnico ha obligado al derecho a responder a las necesidades particulares de cada individuo que transita por esa situación. No nos cabe duda de que estamos en los albores de una época en que se tornará cada vez más difícil compatibilizar la técnica y el desarrollo de la medicina con los valores, ideales y derechos de las personas. Nos alegra vislumbrar que la Corte está a la altura de las circunstancias al reconocer el respeto por las personas en situación de vulnerabilidad cuando lo único que queda es la dignidad.

*JORNADAS
Y
CONGRESOS*

CUADRAGÉSIMA PRIMERA CONVENCIÓN NOTARIAL ¹

“Capacidades: sus limitaciones.”

Coordinadora: Esc. Maritel Brandi Taiana, **Co-Coordinador:** Esc. Alfonso Gutiérrez Zaldívar. **COMISION REDACTORA:** Esc. María Mercedes Córdoba, Esc. Paula Galante de Mayol, Esc. Vanesa Bloise, Esc. Lidia Patania de Botte, Esc. Maritel Brandi Taiana, Esc. Alfonso Gutiérrez Zaldívar.

Introducción:

Se propuso abordar la Capacidad a la luz del nuevo Código Civil y Comercial en dos bloques temáticos: **a)** La capacidad en el ámbito de los actos y contratos en general; y **b)** La capacidad en relación con los Derechos personalísimos.

Se presentaron los siguientes trabajos:

Primer eje temático: tres trabajos y un escrito de ponencias:

¹ Convención llevada a cabo los días 24,25 y 26 de junio de 2015.

“La Capacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación: un cambio de paradigma”, presentado por las escribanas Claudia Busacca, Clara P. Czerniuk de Picciotto, María Ivana Pacheco de Ariaux, Liliana Palladino y Lidia Patania de Botte.

“Los eslabones perdidos de la capacidad”, presentado por la escribana Maritel Brandi Taiana *“Capacidad restringida y la incapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”*, presentado por el escribano Alfonso Gutiérrez Zaldívar.

Escrito de ponencias, remitido por la escribana María Noel Luaces.

Segundo eje temático: cuatro trabajos y un escrito de ponencias:

“¿Pueden los niños otorgar poderes? Algunas reflexiones en torno a la competencia procesal de los adolescentes en el Código Civil y Comercial”, de la escribana María Mercedes Córdoba *“El derecho de autoprotección a la luz del nuevo CCC. Algunos interrogantes”*, de la escribana Patricia Adriana Lanzón.

“El poder al servicio del derecho de autoprotección” y escrito de ponencias independientes, presentado por la escribana Maritel Brandi Taiana *“La Discapacidad”*, de la escribana Griselda Jatib.

Tras una breve reseña acerca de los cambios introducidos en la materia por el Código Civil y Comercial con expresa referencia a la incidencia de los tratados y convenciones internacionales, así como a las leyes especiales, los nuevos conceptos de capacidad, capacidad

restringida e incapacidad, los sistemas de apoyo y la curatela, se invitó a los autores de los trabajos presentados a proceder con su exposición.

Desarrollo del primer eje temático: La capacidad en los actos y contratos.

En los trabajos presentados y en el debate de los mismos, se abordaron los siguientes puntos:

La **diferencia existente entre capacidad y discernimiento** y la función de los contratantes, el escribano y los restantes operadores del Derecho al respecto. La importancia del notario al momento de valorar el discernimiento de los comparecientes.

La diferencia entre lo biológico y lo jurídico.

La importancia y trascendencia de la presunción de capacidad y de la buena fe en la contratación.

Una de las exponentes expresó que tal vez hubiera sido conveniente que el legislador previera un sistema diferente para las personas incapaces y para las personas con capacidad restringida.

Se valoraron las consecuencias de la inscripción de la sentencia de restricción de capacidad o de declaración de incapacidad en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Al respecto se recordó que la obligación de inscripción de la misma no es nueva sino que consta como exigencia en la Ley 26.413 del Registro del Estado Civil y en normas procesales.

Se señaló que la sanción de nulidad prevista en el artículo 44 del Código Civil y Comercial alcanza a todo tipo de acto o contrato sin distinción ni limitación alguna.

Se analizaron las modificaciones introducidas en el régimen de nulidad, en especial respecto al artículo 1166 del Código de Vélez que prevé que el incapaz, sus representantes o sucesores, pueden instar la respectiva acción de nulidad del contrato solo en los casos en que el dolo consistiera en la ocultación de la incapacidad. El nuevo artículo 388, además de ampliar la legitimación activa para la interposición de la acción de nulidad, **elimina, con especial relevancia, la posibilidad de instar la nulidad cuando el sujeto ocultó su propia restricción a la capacidad. Al contrario, se puntualizó que la reforma permite considerar que las personas con capacidad restringida deben informar su situación al co-contratante y que la ocultación de su situación puede verse enmarcada en la figura del dolo.** Debe tenerse en cuenta que, en todo caso, nos encontramos frente a **personas capaces.**

Asimismo, se hizo expresa mención a la **función de los apoyos y curadores**, así como del Ministerio Fiscal y el juez interviniente, a la hora de asistir a la persona con capacidad restringida o incapaz y dar a conocer sus restricciones a aquéllos con quien contrata la persona a la que protegen. El juez deberá ordenar las **medidas cautelares** procedentes para la protección del patrimonio de la persona en cuestión, **en los Registros donde se encuentren inscriptos sus bienes.**

Se analizó la **exigibilidad o no de la solicitud de un certificado y/o partida de nacimiento** que acredite la inexistencia de restricción a la capacidad por parte de todo contratante y operador jurídico (inclusive los jueces) y se concluyó que **no hay norma expresa que así lo determine en el nuevo Código, más allá de su imposibilidad práctica y técnica.**

Se sostuvo que la interpretación sería la misma aún en el caso de que existiera un Registro Civil Nacional de acceso inmediato que confiriera prioridad registral.

Al ser las limitaciones a la restricción de la capacidad una excepción, la capacidad de las personas y el ejercicio efectivo de sus derechos no quedan supeditados a un control registral.

Brevemente se expuso el alcance de los artículos 45 y 46 y se advirtió acerca de las deficiencias en la redacción, en especial, del último de ellos y la conveniencia, de lege ferenda, de su aclaración. En cuanto a la eventual nulidad de los actos a título gratuito contemplada en ambos artículos, se expuso la utilidad de dicha clase de actos en especial en el ámbito del Derecho de Autoprotección y la exponente propuso la consideración de su modificación de lege ferenda.

Se analizó el tema de la **autorización de viaje** a menores de edad y, en especial, a los menores adolescentes. Se discutió sobre el término “consentimiento expreso” que menciona el artículo 645.

Se hizo especial mención a que la correcta interpretación de dicho consentimiento y de los fines perseguidos con el mismo, se

obtiene en cada oportunidad en que un menor viaja. Es irrelevante que lo haya prestado en el acto escriturario por cuanto puede modificarlo en cualquier momento.

CONCLUSIONES

1. No hay obligación legal que determine la exigencia de control registral mediante la solicitud de certificado y/o partida de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para el otorgamiento de actos y contratos, por parte de contratantes y operadores jurídicos en general.

2. Nuestra actuación como escribanos en cuanto a los certificados que deben requerirse para la autorización de los actos en los que intervenimos, no se ve modificada por la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial.

3. Con respecto a la autorización de viaje a menores de edad adolescentes, no se requiere su comparecencia en el acto escriturario a los fines de la prestación del consentimiento expreso al que hace referencia el artículo 645 del Código Civil y Comercial, sin perjuicio de que es posible su intervención personal.

Todas las conclusiones fueron aprobadas por unanimidad.

Desarrollo del segundo eje temático: La capacidad en relación con los Derechos personalísimos.

Se analizaron las siguientes cuestiones:

El **régimen del menor y su participación como poderdante en el ámbito procesal judicial**. Deberá considerarse la **capacidad progresiva** del adolescente al momento del otorgamiento del poder.

Se discutió acerca de la función notarial en cuanto a la **determinación de la capacidad progresiva y del concepto de “grado de madurez suficiente”**.

Se planteó el tema de la **delegación del ejercicio de la responsabilidad parental** y la redacción de los artículos 643, 645 y 674 del Código Civil y Comercial. Su trascendencia e instrumentación.

Se analizaron puntualmente las **directivas anticipadas de salud** y su expreso reconocimiento en el artículo 60 del Código Civil y Comercial. En especial **se consideró que la posibilidad de otorgar disposiciones en previsión de la propia eventual futura incapacidad o capacidad restringida se extiende a todo el ámbito del Derecho de Autoprotección y no sólo a las cuestiones de salud**.

Se hizo especial hincapié en la incorrecta terminología utilizada por el Código Civil y Comercial al establecer que podrán otorgar Directivas anticipadas de salud las personas “plenamente capaces”. La disposición debe interpretarse armónicamente con el artículo 26 del mismo cuerpo legal.

Se sostuvo que las directivas anticipadas de salud y todo acto de autoprotección pueden ser otorgados por personas con capacidad restringida y aún por menores de edad. Se discutió acerca del alcance de la palabra “mandato” incluida en el artículo 60. Se sostuvo que, **o bien**

se trataba de una excepción al régimen general previsto respecto del contrato de mandato, o bien el vocablo hace referencia a un “encargo” o “representación”.

Se analizó el alcance conceptual de “*contrato de mandato*” y “*poder*” y su utilización en el marco del Derecho de autoprotección, así como las **causales de extinción** de ambos institutos.

Se hizo hincapié en que la capacidad del poderdante debe existir al momento del otorgamiento del poder de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 364 y 380 inc. h CCC.

Expresamente se mencionó que **subyace en todo poder preventivo un acto de autoprotección sujeto a sus propios requisitos**, por lo que no se extingue por la discapacidad sobrevinida del otorgante sino que nace a la vida jurídica con ella.

Se debatió acerca de la edad a partir de la cual los **menores pueden participar personalmente en los actos escriturarios**.

CONCLUSIONES

Por unanimidad se aprobó:

1.- Se sugiere que la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental prevista en el artículo 674 del Código Civil y Comercial se instrumente por escritura pública a fin de preservar la seguridad jurídica.

2.- El poder preventivo, como aquél en el que subyace un Acto de Autoprotección, podrá ser otorgado con plena validez en el marco del

Código Civil y Comercial. Este poder no se extinguirá por la incapacidad o la restricción a la capacidad sobrevenida del otorgante sino que nace a la vida jurídica en ese momento.

3.- En el ámbito del Derecho de Autoprotección los menores y las personas con capacidad restringida pueden intervenir en escrituras públicas.

Se aprobó por mayoría:

Los menores adolescentes pueden otorgar poderes especiales judiciales para designar abogados patrocinantes en los casos en que el Código expresamente autoriza su actuación.

PRÁCTICA NOTARIAL

APODERAMIENTO ESPECIAL OTORGADO POR ADOLESCENTE

María Mercedes CORDOBA¹

Nº *. Fº ***. APODERAMIENTO ESPECIAL PARA JUICIOS. AGUSTIN GARCIA a ABEL CUERVO. ESCRITURA NÚMERO *****.** En la ciudad de Rosario, departamento del mismo nombre, Provincia de Santa Fe, República Argentina, a los... días del mes de ... de dos mil quince, ante mí EUGENIA PASACANTANDO, Notaria Titular del Registro Nº 157, COMPARECE: **AGUSTIN GARCIA**, quien acredita identidad en los términos del artículo 306 inciso b) del Código Civil y Comercial, D.N.I. Nº 43.769.127 y manifiesta ser argentino, nacido el 21 de febrero de 1999, de apellido materno Maisel, soltero, domiciliado en calle Paraná Nº 1330 de esta ciudad, CUIL 23-43769127-4. Y expone: Que en fecha 10 de abril de 2000 falleció su padre señor Juan José García. Que al día de la fecha su señora madre

¹ Notaria titular de registro de la ciudad de Rosario, Santa Fe, Miembro pleno del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) y miembro del comité de redacción de la presente Revista.

Juana Laloca no ha abierto la sucesión a pesar de que el dicente ha insistido verbalmente en reiteradas oportunidades. Que ha comentado esta situación al Dr. Abel Cuervo quien le explicara lo que significan la sucesión y el estado de indivisión de bienes y que habiendo comprendido su significado ha decidido proceder a pedir autónomamente la apertura de la sucesión. **POR LO QUE OTORGA PODER ESPECIAL** a favor del Dr. ABEL CUERVO D.N.I. 23.569.128; para que actuando en su nombre y representación, inicie, prosiga y termine el Juicio Sucesorio de su padre señor JUAN JOSE GARCÍA, para deferir los bienes del acervo. A tal efecto los faculta para presentarse ante los tribunales, jueces, autoridades judiciales y administrativas competentes, legitimando su carácter de parte; pedir la apertura del sucesorio y la citación por edictos de acreedores y derechohabientes o intervenir si estuviere abierto; aceptar la herencia con beneficio de inventario; admitir, reconocer o rechazar coherederos, legatarios y acreedores; producir informaciones sumarias, declaratoria de herederos, sus rectificaciones y ampliaciones; realizar actos procesales tales como presentar y agregar partidas, escritos, documentos públicos y privados, títulos notariales, boletas de impuestos; asistir a audiencias, interrogatorios y juicios verbales; pedir y diligenciar cédulas, oficios, exhortos, certificados administrativos, ofrecer y rechazar pruebas; manifestar bienes; proponer administradores, tasadores, rematadores, escribanos, depositarios, partidores y peritos, aceptar o impugnar inventarios, avalúos, pedir partición de bienes, su homologación y tomar posesión; solicitar venta de bienes relictos por subasta pública o en forma privada, pactar condiciones y modalidades,

APODERAMIENTO ESPECIAL OTORGADO POR ADOLESCENTE

aprobar contratos, solicitar dispensa judicial para instar y proseguir juicios contra terceros, intervenir en los que éstos les suscitaran; demandar y contrademandar, pedir y diligenciar mandamientos y procedimientos de comunicación procesal; requerir y ofrecer providencias cautelares y sus levantamientos; interponer y rechazar excepciones; terminar el proceso por los modos anormales previstos en las leyes; recusar, reconvenir, prorrogar y declinar jurisdicción; argüir de nulidad y falsedad; poner y absolver posiciones; tachar, apelar, interponer y renunciar recursos legales y prescripciones adquiridas; presentar recursos en cualquier instancia; y realizar toda clase de gestiones tendientes a la solución de las cuestiones que pudiere tener el mandante fuera del ámbito judicial con facultades para efectuar toda clase de actos arriba referidos en forma extrajudicial en la medida en que ellos fueran compatibles con el objeto de presente apoderamiento el que se tendrá por amplio y sin limitaciones y que no se podrá sustituir. CONSTANCIAS NOTARIALES: Acredita el fallecimiento de Juan José García con Acta Número 40 Folio 40 de fecha 11 de abril de 2000 Registro Civil Rosario Sección Defunciones. La autorizante deja constancia que ha tenido una entrevista personal con el requirente quien a su entender tiene la edad y manifiesta el grado de madurez suficiente para comprender el acto que está otorgando en los términos de los art. 26, 677 y 678 del C. C. C. Leo al compareciente y firman por ante mí, doy fe.

UN ACTO DE AUTOPROTECCIÓN

Luis R. LLORENS¹

Alicia B. RAJMIL²

I. ALGUNAS PAUTAS PREVIAS:

El CCCN regula en el artículo 60 las “Directivas médicas anticipadas” y en el 139 las “Personas que pueden ser curadores”. La redacción de ambas normas resulta limitativa y poco clara. El derecho a otorgar estos actos no se circunscribe a las cuestiones de salud y al nombramiento de curador, sino que abarca y de hecho así ocurre en la práctica notarial, otros ámbitos de la vida de la persona. Una interpretación armónica de las normas del nuevo código, en el marco de los principios

¹ Notario titular de Registro de la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires. Miembro Honorario del Instituto de Derecho e Integración. Miembro del comité de referato de la Revista del IDeI.

² Abogada. Notaria. Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, Jefe de Trabajos Prácticos concursada, Profesora Adjunta ad honorem de la Residencia de Minoridad y Familia, Tutora de Seminario de la Metodología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Directora del Instituto de Derecho e Integración, Directora de la presente Revista

constitucionales y convencionales que sostienen la dignidad y la libertad del ser humano en sus actos autorreferentes, no deja dudas al respecto.

Las circunstancias personales, familiares y patrimoniales, así como los sentimientos, deseos y preocupaciones de cada persona, son únicas. Cada acto de autoprotección presentará características propias. El escribano deberá mantener las entrevistas necesarias con el requirente a fin de analizar juntos su situación personal y sus inquietudes, brindar el asesoramiento profesional adecuado y elaborar un documento idóneo que refleje fielmente su voluntad para que sea respetada en el futuro.

Así, el contenido y orden de las cláusulas deberán siempre servir a una exposición clara y precisa de las disposiciones otorgadas. Aquí presentamos sólo un ejemplo.

Se trata de un acto para la vida, no de un testamento. Nada obsta pues al otorgamiento conjunto por dos personas, cuando la naturaleza de las disposiciones lo justifiquen. Por ejemplo en el caso de los cónyuges que proyectan su futuro, con el anhelo de transitarlo juntos, bajo las mismas condiciones y cuidados.

Sólo se requiere la presencia de testigos en aquellos actos que contengan disposiciones sobre salud. En este caso la ley 26529, modificada por ley 26742, en su artículo 11, exige la presencia de dos testigos. Esta ley no ha sido modificada por el CCCN y mantiene su vigencia.

La exposición detallada de la situación personal del otorgante, de sus relaciones familiares, de sus sentimientos con respecto a las

UN ACTO DE AUTOPROTECCIÓN

personas designadas o excluidas para ejercer alguna función, de sus preocupaciones y los motivos que lo llevan a otorgar el acto, permitirán interpretar con fidelidad la voluntad del otorgante cuando deban ejecutarse las disposiciones establecidas.

Aunque no es necesario fundamentar la decisión en las normas legales, resulta conveniente hasta tanto se generalice el otorgamiento de estos actos.

En el ejemplo que presentamos, el otorgante designa a dos personas para que lo representen y hagan cumplir su voluntad llegado el caso, la segunda en sustitución de la primera. Nada obsta a que se designen diferentes personas para ejercer funciones específicas, ni el nombramiento de más de una persona para que actúen conjuntamente. Los artículos 105, 106 y 138 del CCCN autorizan el nombramiento de una o más personas para ejercer la curatela.

Se recomienda, de ser posible y de acuerdo al caso, el otorgamiento conjunto de un poder general de administración a favor de las mismas personas designadas para hacer cumplir las directivas. Esto permitirá la actuación inmediata de los apoderados, llegado el caso.

Las disposiciones vinculadas con la vida cotidiana son muy variadas y se relacionan generalmente con la calidad de vida y la dignidad de la persona. Por ejemplo: lugar de residencia, rechazo a la internación en una institución geriátrica o elección de una de ellas, disposiciones sobre el personal de servicio o de acompañamiento, concurrencia a templos, recepción o exclusión de visitas.

En cuanto a la designación de apoyos o curadores se deben considerar los artículos 31, 43 y concordantes del CCCN. Asimismo, por la remisión del art. 138 es necesario tener presente lo dispuesto por el art. 110 en cuanto a las personas que no pueden ser tutores.

Es conveniente que las disposiciones sobre salud se consignen en una cláusula especial. El reglamento del Registro de Actos de Autoprotección de esta provincia, fue el primero que dispuso que, si el documento otorgado contemplara directivas en esta materia, se deberá dejar constancia en el formulario de registración y se transcribirán en formulario anexo, si así lo autoriza el otorgante. Dicha autorización debe constar en el cuerpo de la escritura.

Si bien se ha asimilado las directivas anticipadas en salud con un consentimiento informado anticipado, cabe señalar sus diferencias. Las primeras suelen contener disposiciones más amplias. Así, el documento no solo podrá expresar la aceptación o rechazo a un determinado tratamiento médico, sino también opciones y preferencias en cuanto a lugares de internación, médicos tratantes, obra social, empresas de emergencias médicas, personas autorizadas a prestar el consentimiento informado en su representación y a actuar como interlocutores con el equipo de salud. Cuando el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado de prestar el consentimiento informado, el art. 59 del CCCN habilita la actuación de otras personas solo en el caso de no haber expresado aquel su voluntad anticipadamente. Se respetará pues, la designación de la persona elegida con antelación por el paciente. Por otro lado, las decisiones asumidas en un acto de autoprotección, que

UN ACTO DE AUTOPROTECCIÓN

contiene directivas anticipadas en salud, son fruto de un proceso de información, asesoramiento y meditación, a veces prolongado.

Si bien los actos de autoprotección no comprenden directivas para ser cumplidas luego del fallecimiento de la persona, por razones de inmediatez y urgencia, y conforme con las disposiciones del artículo 61 del CCCN, como excepción, pueden abarcar disposiciones sobre las exequias, velorio, lugar de entierro, cremación, etc.

Una planificación realista de las directivas, favorecerá el respeto a la voluntad del otorgante y evitará que se tornen en el futuro de cumplimiento imposible. A tal fin es conveniente determinar los bienes y recursos que se aplicarán para ello.

Si bien las normas reglamentarias locales disponen en general la inscripción de estos actos, y en casi todos los colegios notariales del país se crearon registros especiales para su publicidad, al no estar impuesta su registración por la legislación de fondo, es conveniente dejar constancia de la autorización otorgada por el requirente al escribano para que cumpla dicho trámite.

Es importante autorizar en la escritura a las personas que podrán pedir informes al Registro de Actos de Autoprotección. El reglamento del Registro de nuestra provincia dispone que las certificaciones, informes y consultas a sus asientos solamente podrán extenderse a: a) los escribanos que hubieran intervenido en el otorgamiento del acto, sus reemplazantes o miembros del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos; b) el otorgante del acto por sí o a través de apoderado con facultades expresas conferidas a esos fines en el instrumento público

respectivo; c) las personas designadas por el otorgante en el texto de la escritura a los fines del cumplimiento de las directivas; d) juez competente; e) funcionarios del ministerio público; f) representantes de los centros de salud. En el formulario de inscripción deberá agregarse teléfono, mail, dirección o algún dato para localizar en forma rápida a las personas designadas para ejecutar la voluntad del otorgante y habilitadas para solicitar informes al Registro.

El Decreto 1089/12, reglamentario de la ley 26529, modificada por ley 26742, dispone que si se habilitan personas para actuar en representación del paciente, éstas deben dejar constancia, con su firma, de su aceptación. Igualmente dispone que los testigos deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente. Consideramos que el decreto excede sus facultades de reglamentación en un incorrecto avance sobre la legislación de fondo, aquí y en otras de sus normas. Sin embargo la comparecencia y aceptación de las encomiendas formuladas por las personas designadas al efecto, fortalece el acto y determina un mayor compromiso de su parte. El incumplimiento en este caso podría acarrear responsabilidades penales y civiles, de acuerdo a sus consecuencias.

II. ACTO DE AUTOPROTECCIÓN

NºACTO DE AUTOPROTECCION. ESCRITURA NUMERO....: En ..., a ... días del mes ... del año ..., ante mí, escribana autorizante, comparece ... (*Datos y justificación de identidad conforme artículos 305 y 306 del C.C. y C.*) **Y EXPONE:** I) Situación personal y familiar,

UN ACTO DE AUTOPROTECCIÓN

convicciones y sentimientos. 1. Que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. 2. Que es viuda, no tiene hijos y sus sobrinos Florentina y Claudio Blanco constituyen su familia más cercana. 3. Que con sus hermanos, ... y ..., sus relaciones son distantes por antiguas discusiones familiares. Que con sus sobrinos, ... y ..., mantiene poco contacto y sólo los ve en esporádicas reuniones familiares. Que no tiene otros familiares cercanos, aunque si dos amigas, ...y ..., a quienes la une un gran afecto, pero se encuentran en situación similar a la suya.. 4. Que hasta el presente vive sola y a pesar de su avanzada edad, atiende sin dificultades sus necesidades diarias y sus cuestiones personales y patrimoniales. 5. Que sus sobrinos Florentina y Claudio la visitan semanalmente, la acompañan en sus trámites y gestiones, en sus controles médicos, y en todo cuanto requiera. Que son las personas más cercanas en el afecto y en quienes confía plenamente. II. Supuesto de aplicación. Que viene por el presente acto a otorgar disposiciones para el caso de que, en el futuro, por una ineptitud psíquica o física, permanente o transitoria, por enfermedad, accidente o simplemente por vejez, se encuentre imposibilitada de dirigir su persona o administrar sus bienes. III. Fundamentación: Que fundamenta el derecho a efectuar las siguientes disposiciones en el pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad y de sus derechos personalísimos, reconocidos por los principios generales del Derecho, por nuestra Constitución Nacional, los tratados y convenciones internacionales a ella incorporados (art. 33 y 75 inciso 22 C.N.), la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por nuestro país por ley

26.378, con rango constitucional a partir de la ley 27044, los artículos 1, 2, 60, 61 y 139 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 26.529 (modificada por ley 26742), y la ley 26.657. IV. Disposiciones. Que es su deseo y voluntad lo siguiente: **PRIMERO:** Designación de las personas en quienes deposita su confianza para que la representen y hagan cumplir su voluntad aquí expresada. Que, para el supuesto de encontrarse imposibilitada de decidir por sí misma y de expresar su voluntad por alguna de las razones señaladas y sea necesario tomar decisiones con respecto a su persona, atinentes a internaciones transitorias o permanentes, tratamientos médicos o alternativos o a cualquier tema de salud u otra cuestión relativa a su situación personal y/o sobre la administración de su patrimonio, es su voluntad que dichas decisiones sean tomadas por su sobrina **FLORENTINA BLANCO** (*datos personales*) quien es la persona que está siempre a su lado, la acompaña con afecto, se ocupa de sus necesidades cotidianas y en ella deposita toda su confianza. Que para el caso de que Florentina Blanco no pueda asumir dichas funciones, designa para ello a su sobrino **CLAUDIO BLANCO** (*datos*). Al efecto los faculta para representarla ante las autoridades administrativas y judiciales competentes, en defensa de su voluntad aquí expresada, y para ejercer todos y cada uno de los actos procesales a que tenga derecho según la ley. Deja constancia de que en la fecha ha otorgado a favor de sus sobrinos aquí designados, **un poder de administración** a fin de que colaboren con ella en la administración de sus bienes, pago de impuestos, cobro de alquileres y haberes previsionales, y demás gestiones administrativas. Que si bien,

hasta el presente, realiza estas tareas por sí misma, cada vez le resulta más dificultosa y sin duda la colaboración de sus sobrinos será para ella un alivio. **Que es su voluntad que dicho poder subsista aún ante la pérdida de sus aptitudes de autogobierno, y así lo solicita a las autoridades y funcionarios que deban intervenir.** **SEGUNDO:** **Residencia y vida cotidiana:** Que, llegado el caso de que no pueda atenderse a sí misma y requiera cuidados y apoyo continuo en su vida cotidiana, es su voluntad continuar habitando, mientras sea posible, en su domicilio sito en calle, de esta ciudad, atendida y cuidada por una persona contratada a esos efectos por sus sobrinos Florentina y Claudio Blanco y retribuida con el dinero devengado de sus rentas. **TERCERO:** **Nombramiento de curador o apoyo:** Que en el supuesto de que se le inicie algún tipo de proceso judicial tendiente a restringir su capacidad, cualquiera fuera la causa, designa como apoyo, o curadora de ser necesario, a **Florentina Blanco**, cuyos datos obran ut supra, cuyo nombramiento solicita desde ya a las autoridades judiciales que deban decidir en dicho proceso. Si esto último no es posible, designa en esas funciones a **Claudio Blanco**, cuyos datos obran ut supra. **CUARTO:** **Disposiciones sobre salud.** Que, para el caso de sufrir una enfermedad terminal, irreversible e incurable, o haya sufrido lesiones que la coloquen en igual situación, es su deseo no ser sometida a tratamientos invasivos y a permanencia y que se evite a ultranza el encarnizamiento terapéutico. Que designa a **Florentina Blanco** o, de no ser ello posible, a **Claudio Blanco**, cuyos datos obran ut supra, para que la representen y actúen como interlocutores ante los equipos médicos, consientan o rechacen

tratamientos quirúrgicos, clínicos y de cualquier otra especie, a fin de hacer respetar de manera irrestricta su voluntad aquí expresada, y para que adopten toda decisión atinente a su salud que deba tomarse. **QUINTO** Disposiciones para después de su fallecimiento: Que tras su fallecimiento no desea ser velada ni expuesta a la vista de nadie, sino cremada de inmediato. **SEXTO** Disposiciones patrimoniales: Que es propietaria de dos inmuebles sitios en calle..., que se encuentran locados y que desea que continúen en alquiler mientras viva. Que es beneficiaria de una jubilación de...y de una pensión Que dispone que las rentas de los alquileres y sus haberes previsionales sean utilizados para solventar los gastos de su cuidado y manutención en el futuro. Es su voluntad que dichos fondos sean administrados al efecto por **Florentina Blanco** de no ser ello posible, por **Claudio Blanco**, cuyos datos obran ut supra, por lo cual los autoriza a realizar las gestiones necesarias para cobrarlos en su nombre y representación y para aplicarlos a solventar los gastos generados por el cumplimiento de estas disposiciones, así como los necesarios para su subsistencia y salud: **SÉPTIMO**: Publicidad: Que a efectos de garantizar el conocimiento oportuno del presente otorgamiento y la eficacia de sus disposiciones, solicita a la escribana autorizante: a) Que se inscriba en el Registro de Actos de Autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª circunscripción, y autoriza expresamente que se publiciten las disposiciones relacionadas con su salud. b) Que, además de la primera copia que le corresponde de la presente escritura, se expida otra primera copia para ser entregada a Florentina y Claudio Blanco. c) Que autoriza a Florentina y Claudio

UN ACTO DE AUTOPROTECCIÓN

Blanco a requerir informes al Registro de Actos de Autoprotección y a solicitar la expedición de segundas o ulteriores copias de la presente, cuando lo consideren conveniente. Se encuentran **PRESENTES** en este acto, **Florentina y Claudio Blanco**, los cuales ratifican sus datos personales que obran ut supra, y manifiestan que conocen la voluntad de la compareciente aquí plasmada y las instrucciones que esta ha impartido y declaran su total aceptación y conformidad. Se encuentran **PRESENTES** en este acto, en calidad de testigos...En su testimonio, previa lectura y ratificación, así la otorgan y firman los comparecientes como acostumbran a hacerlo habitualmente, todo ante mí, escribana autorizante, de lo que doy fe.

*INSTITUCIONES
NOTARIALES*

**LOS ARCHIVOS DE PROTOCOLOS NOTARIALES
EN LA PROVINCIA DE SANTA FE.
GÉNESIS DE LA ACTIVIDAD ARCHIVÍSTICA,
EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL**

Jorge E. AREVALO¹

INTRODUCCIÓN:

La presente revista que el Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (IDeI) edita en forma ininterrumpida desde el año 2009, ha publicado enjundiosos análisis doctrinarios, medulosas decisiones jurisprudenciales y difundido normativa sobre temas estrechamente vinculados a los sectores sociales en situación de mayor vulnerabilidad. Ha dispensado especial atención a diversos enfoques inter-disciplinarios. Se trata de miradas provenientes

¹ Notario jubilado de la ciudad de Rosario. Docente de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Derecho (PUCA). Secretario del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) y miembro del Comité de redacción de la presente Revista

de diversas fuentes cognitivas, pero que resultan coincidentes en la defensa de los derechos de los sujetos involucrados, sobre la base del respeto irrestricto a su dignidad, libertad, autodeterminación, igualdad de oportunidades; en suma: su plena integración social.

Otra premisa de la que participan quienes trabajan en esta publicación, refiere a la efectiva vigencia de los derechos de las personas vulnerables. Concretamente: la propia dinámica de los tiempos, ya no permite lapsos de tiempo prolongados entre la proclamación y puesta en vigencia de tales derechos.

Una variante que garantiza ese reconocimiento tan anhelado en forma inmediata, está conformada por los Actos de Autoprotección. Desde esta revista, sin mengua alguna al respeto de otras opiniones, se ha sostenido que la escritura pública es el instrumento público idóneo tutelar de los trascendentes deseos de cada sujeto, que serán aplicados cuando éste se vea privado de su auto-gobierno.

En el presente artículo, se intenta resumir el rol de los archivos de protocolos notariales en lo atinente a la custodia y conservación de los documentos matrices representativos de la voluntad de las personas.

I) La conservación de los instrumentos públicos: aplicación del principio de matricidad.

La custodia y conservación de los instrumentos públicos notariales y la documentación complementaria que se agregue conforme los requerimientos de cada acto autorizado (la variante

más representativa está conformada por los documentos habilitantes, conforme lo establece el artículo 307 del Código Civil y Comercial de la Nación, de contenido similar al reglado por el artículo 1003 del derogado Código Civil), se encuentra entre las obligaciones que hacen la esencia de la función notarial. La trascendente tarea, primigeniamente bajo la responsabilidad de cada fedatario, queda a cargo del Archivo de Protocolos en una etapa posterior, lugar asignado para la guarda perenne de las escrituras matrices.

El procedimiento resumido en el párrafo anterior, es la puesta en práctica de uno de los elementos distintivos del documento notarial (escritura pública): la matricidad, garantía de su permanencia temporal. El segundo párrafo de la nota puesta por Vélez Sarfield al artículo 997 del derogado Código Civil Argentino, define con meridiana claridad a la escritura matriz: "...la que extiende el escribano en el libro de registros que los romanos llamaban protocolo, el cual...debe quedar siempre en poder del escribano sin entregarse nunca a las partes".

La actividad archivística notarial encuentra sus orígenes en el Medioevo. Es la continuación de la guarda que realizaron, en forma consuetudinaria, aquellos escribanos de las notas (de allí la designación de "notario") que sintetizaban los requerimientos de las partes para su posterior desarrollo en los textos escriturarios: las llamadas "imbreuiaturas". La incorporación del papel como soporte escriturario, sustituto del costoso pergamino, alentó la acumulación de esos apuntes, representativos de las intenciones de las partes. La suscripción por los interesados y la ordenación cronológica de estos documentos

preliminares, facilitó el inicio de una nueva etapa del procedimiento documental. Consistió en la unificación del tenor obrante en el instrumento conservado por el notario (matriz) y el que se entregaba a las partes con miras a su circulación dentro del tráfico negocial (copias o testimonios). Los primeros reconocimientos legislativos al principio de matricidad y su corolario el archivo del documento notarial, se encuentran en las Leyes de Partida del año 1256 (Partida 3º), dictadas por el rey Alfonso de Castilla (conocido históricamente como “Alfonso el Sabio) y en similar precepto del emperador Maximiliano de Austria (1493-1519), plasmado en la “Constitución Imperial del Notariado”.

El contenido variopinto de las escrituras, proclive tanto a la inclusión de negocios jurídicos trascendentes como a los actos más diversos de la vida privada o social de los particulares, justificó la tutela dispensada por el Estado a la conservación de los protocolos. El éxito de ese cometido dependió en parte del celo y la pericia de los archiveros y de otras circunstancias, propias del devenir histórico de cada país. Hechos como los conflictos bélicos, el acondicionamiento inadecuado, los traslados en condiciones precarias, las catástrofes naturales y la implacable acción destructora del tiempo, fueron algunas de las causantes de la pérdida de piezas importantes de tan valiosa documentación.

II) Los Archivos de Protocolos en la Provincia de Santa Fe. su creación.

Junto con el notario, arribó a las playas americanas el principio de matricidad, cuyo desarrollo fue paralelo a la formación de las jóvenes naciones de este continente.

En el ámbito de la Provincia de Santa Fe, se sanciona el 24 de agosto de 1865 la ley que dispone la creación de dos archivos generales. Respondiendo a las características geográficas y culturales de la región, se establece una dependencia para cada circunscripción judicial. La Primera Circunscripción, comprendía los departamentos ubicados al Norte de la línea divisoria formada por el Río Carcarañá y la Segunda aquellos territorios que abarcan el Sur de la Provincia, hasta alcanzar el Arroyo del Medio.

El artículo 1º de esa trascendente normativa, puntualiza la función de los archivos generales: "...la conservación y custodia de escrituras y contratos públicos, espedientes (sic) y en general todos los documentos originales pertenecientes a la Administración de Justicia". El Archivo estaba a cargo "... de un empleado que tendrá las mismas calidades que se requieren para ser escribano público con el nombre de Archivero" (art. 3º). Se investía al Archivero de competencia exclusiva en lo relativo al otorgamiento de testimonios de escrituras que "...existan en su protocolo, como de los espedientes (sic) y demás documentos de su archivo" (art. 7º). La disposición legal prohibió en forma absoluta el retiro del protocolo de las oficinas del Archivo, marcando una notoria diferencia con el tratamiento dispensado a los expedientes. Esa limitación alcanzaba a los propios magistrados (art. 10º).

III) La morosa implementación de la ley. El primer Archivero General.

Debieron transcurrir casi trece años para que la ley de creación de los archivos generales tuviera vigencia práctica, al menos en la Segunda Circunscripción. El 30 de marzo de 1878 el Poder Ejecutivo designó al primer Archivero General de la Segunda Circunscripción: el ciudadano Eudoro Carrasco. Sin pérdida de tiempo, Carrasco se abocó personalmente a la clasificación y catalogación de la documentación existente (expedientes y protocolos) que recibió en estado de completo desorden. La mayor parte de los gastos que generaron la ímproba tarea, fueron soportados por el propio archivero, ayudado eventualmente por algunos jóvenes colaboradores. No habiendo transcurrido el primer año de su designación, Carrasco ya había concluido su labor preliminar. La valiosa documentación notarial y judicial lucía depositada ordenadamente en el Archivo. El funcionario elevó un enjundioso informe que incluía propuestas tendientes a la optimización del funcionamiento de esa dependencia. Fue confirmado en su cargo el 22 de marzo de 1879.

IV) Los Archivos de Tribunales en Ley Orgánica del Poder Judicial de Santa Fe.

El cuerpo normativo antes citado (texto conforme Ley Provincial número 10160, ordenado según Decreto 0046/1998), incluye a los Archivos de Tribunales en su Libro Cuarto (Reparticiones Auxiliares de la Justicia), abarcando los capítulos –I- Organización, -II- Destrucción de Expedientes- y –III- Disposiciones Generales- .

Interesa, a modo ilustrativo, recordar que conforme al artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Santa Fe, el Archivo de Tribunales se organiza en cinco secciones, previéndose en su inciso 1) la guarda de protocolos. Éstos deberán archivar de acuerdo al orden cronológico y número de registro notarial. Cada tomo indicará en el lomo el número de registro, los nombres de los escribanos (titular y adscripto, en su caso), año correspondiente a las escrituras y número de folios. El artículo referido concluye indicando escuetamente: “Habrá fichero de las escrituras”, herramienta indispensable a los fines de la inmediata ubicación de cada tomo. Complemento necesario para el eficiente desenvolvimiento de las tareas archivísticas notariales, es el índice alfabético de los apellidos y nombres de los otorgantes con indicación del objeto del acto, número, folio y fecha de cada escritura. Su confección es uno de los deberes del escribano regente. Cada tomo contempla un número máximo de 200 fojas de protocolo (artículos 333 y 334 de la ley citada).

V) La regencia del Archivo de Protocolos a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe.

Desde su creación, dispuesta por la Ley Provincial 3330, sancionada en el año 1948 y sus posteriores modificaciones (ley 6898), el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, entidad profesional no estatal de Derecho Público, ha ido ampliando su esfera de competencia en todo lo concerniente a la actividad notarial. Entre las gestiones de mayor relevancia que tomó a su cargo el Colegio, se incluye la regencia del Archivo de Protocolos Notariales.

La Ley Provincial número 8.940, sancionada el 22 de diciembre de 1981, autorizó la suscripción de un convenio entre el Colegio de Escribanos y Poder Ejecutivo, concretándose ese acto el 10 de septiembre del mismo año. Mediante ese instrumento, se atribuyó al Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe la dirección del archivo.

En la actualidad, los protocolos notariales se encuentran bajo custodia en los edificios previamente acondicionados al efecto en las ciudades de Santa Fe y Rosario, conforme la recordada división originaria de la Provincia en dos circunscripciones.

La organización del funcionamiento del Archivo de Protocolos Notariales de la Segunda Circunscripción, estuvo a cargo de su primer Director, Escribano Ítalo Roque De Vita, secundado por un equipo de jóvenes colaboradores, contándose entre ellos la señora Mariana Suñer, quien continúa prestando sus servicios en la dependencia.

La eficiente labor del notario De Vita, fue continuada por quien fuera un destacado escribano y dirigente notarial: Leo Constantino Rambaldi. Las gestiones de ambos directores, priorizaron lo atinente a la conservación en perfecto estado de los documentos confiados a su custodia, sin menoscabo de los restantes servicios que presta el Archivo.

VI) El espacio físico, desvelo de los archiveros. La digitalización documental.

Uno de los desafíos inherentes al funcionamiento de todo archivo de documentos, es el relativo al espacio disponible. Ya se ha señalado

que hace a la esencia del instrumento público notarial, su conservación por tiempo indefinido, corolario del principio de matricidad. Esa circunstancia desvela a cualquier archivero. La mayor demanda de actos notariales, consecuencia de épocas de mayor desenvolvimiento económico y del constante crecimiento poblacional, repercute en el incremento de la documentación notarial

El Archivo de Protocolos Notariales de la Segunda Circunscripción, debió ampliar su edificio originario, ubicado en calle Dorrego 558 de Rosario, compuesto de cuatro plantas, acudiendo a la adquisición de un inmueble lindero y construcción de nuevas dependencias, que actualmente se encuentran ocupadas casi en su totalidad. Apenas una docena de estantes se encuentran disponibles. Atendiendo a esa carencia, en el año 2014 se concretó la instalación en un sector del edificio originario (el designado internamente como “sub-suelo B”), las denominadas “estanterías móviles”, que permiten el incremento en aproximadamente un 40 por ciento del espacio disponible. La compra de otro inmueble, ya concretada con anterioridad, permitirá la realización de futuras ampliaciones.

Entre las posibilidades que ofrecen los vertiginosos cambios tecnológicos, se encuentra a consideración la digitalización de los documentos existentes.

VII) Servicios a cargo del Archivo de Protocolos Notariales de la Segunda Circunscripción.

Las funciones del Archivo no se agotan en la conservación y custodia en perfecto estado de los documentos notariales.

La guarda de tales instrumentos, se complementa con otras tareas de particular importancia, entre ellas: 1) expedición de testimonios o copias de escrituras y de la documentación agregada a los protocolos, 2) la consulta del contenido de los instrumentos depositados por los usuarios que acrediten interés legítimo (partes otorgantes o sus apoderados, profesionales del derecho, **funcionarios**, magistrados, etc.).

La prohibición del retiro de los protocolos de la oficina (ley 8940), determina la realización de pericias caligráficas en la sede del Archivo.

La anotación marginal y agregación de copias correspondientes a escrituras complementarias (subsanas, rectificatorias, aclaratorias, entre otras) y aquellas que contienen revocatorias de actos de apoderamiento, coadyuvan al conocimiento de toda modificación de los derechos representados en las escrituras matrices (publicidad cartular). Similar tratamiento se dispone a las resoluciones judiciales que se reciben mediante los respectivos oficios.

Previa autorización del Consejo Directivo, los investigadores históricos pueden acceder a la consulta de escrituras matrices.

La más reciente innovación consiste en la reproducción de los documentos la remisión de su contenido a los usuarios registrados al efecto, vía “on-line” a los fines consultivos.

VIII Documentación depositada. Proceso de incorporación del protocolo al Archivo.

A fecha 20 de agosto de 2015, se contabiliza un número de 70137 tomos de protocolos depositados en el Archivo de Protocolos Notariales de la Segunda Circunscripción de la Provincia de Santa Fe. A esa cifra, debe sumarse la documentación notarial en trámite de incorporación. Se trata de los protocolos de ingreso reciente a la Oficina de Inspección de Protocolos, cuya encuadernación se encuentra pendiente. Es que la tarea del Archivo se cumple en forma mancomunada con la Oficina de Inspección de Protocolos, instalada en el mismo edificio donde se encuentra emplazado el Archivo. Una de las funciones a cargo de esta dependencia es la recepción y contralor de la documentación notarial en forma previa a su ingreso. Cumplidas las etapas indicadas, se realiza la encuadernación de protocolos en los talleres que funcionan en la misma dependencia. Finalmente, quedan depositados en el lugar asignado, previo fichado que se vuelca al sistema informático.

Fuentes consultadas:

Estudios Históricos. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Volumen II- Madrid 1965.

“Índice del Archivo General del Rosario de Santa Fe”, por su Archivero D. Eudoro Carrasco. Imprenta de E. Carrasco, año 1881-Rosario.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.

Ley Orgánica del Notariado Santafesino (número 3330/6898 y modificatorias).

Ley Provincial 8940 y convenio dictado en consecuencia.

PAUTAS PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS

El envío de trabajos con pedido de publicación debe ser remitido por vía postal al Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción, Córdoba 1852, 2000 Rosario, Provincia de Santa Fe, República Argentina, y por vía mail a idei@colescribanosros.org.ar.

Los trabajos deben contener el sumario, los datos del autor y su pertenencia institucional, abstract o resumen y palabras clave en español y en inglés. Se recomienda que cada trabajo sea confeccionado en letra Times New Roman n° 12, interlineado doble, con una extensión de no más de 30 páginas con 22 renglones cada una, sin contar las citas bibliográficas. Dichas citas deben incluir los siguientes datos: autor/es de la obra: apellido, nombre; título de la obra (en cursiva); edición; si es traducción, consignar nombre y apellido del traductor; lugar de edición, si no figura: “s/l” (sin lugar); editorial; año de edición; tomo o volumen utilizado; página/s. Cuando se trate de artículos de revistas, luego del nombre del autor, se debe consignar el título del artículo (en cursiva), nombre y número de la revista, año, páginas. Cuando se trate de publicaciones electrónicas se debe consignar: autor/es de la obra, título (en cursiva), dirección electrónica completa y fecha de obtención de la información por Internet.

Los trabajos serán considerados por los integrantes del Comité de Referato.

Invitamos a todos los profesionales del Derecho y de otras disciplinas a publicar en este espacio trabajos de su autoría relacionados con la temática planteada.

IDEI

IMPRESO EN SEPTIEMBRE DE 2015
EN GRAFICARTE – GALVEZ 689
TEL. 0341-485-4002 – ROSARIO
SANTA FE – ARGENTINA

