



REVISTA DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA  
PROVINCIA DE SANTA FE

SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN

INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

---

REVISTA Nro 12 – AÑO 9

**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](mailto:idei@colescribanosros.org.ar) –

[www.escribanos-stafe2da.org.ar](http://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: Centro Municipal Distrito Norte, Villa Hortensia, 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](http://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 Echecury

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**

Marcelo Daniel De Laurentis

#### **Vicepresidente**

Alicia María del Luján Carbonari

#### **Secretaria**

María Verónica García

#### **Pro-Secretaria**

Georgina Mabel Todeschini

#### **Tesorero**

Iván Dekanti

#### **Vocales Titulares**

Carlos Alvaro Gómez Tomei

Cecilia Carla Moreno

Mariana Blanco

Daniel Vicente Cocola

Patricia Lilian Paredes

Iñaki Barrandeguy

#### **Vocales Suplentes**

Silvia Maela Massiccioni

Andrea Esther Orsetti

Mercedes María Romanos

Lucrecia Mónica Pietronave

Gabriela Sofía Tazzioli

#### **Síndicos de la Caja Notarial**

Gonzalo Jorge Sánchez Almeyra

Ricardo Daniel Pasquinelli



# **SUMARIO**

Volumen 1 – Nro 12 – Septiembre Año 2017

**I Editorial**.....pág.9

## **II Doctrina**

Diez preguntas y un funeral.

A propósito de la mejora a favor del heredero con  
discapacidad .....pág.14

*Dr. Juan Pablo OLMO*

Vigencia de los Poderes Preventivos en el Derecho  
argentino. Uno de los sistemas de apoyo al ejercicio  
de la capacidad jurídica.....pág.30

*Not. Enrique Jorge ARÉVALO*

## **III Legislación**

Proyecto sobre modificación del Código Civil y  
Comercial de la Nación.

Autoprotección y Directivas Anticipadas .....pág.82

Comentario al Proyecto sobre modificación del Código  
Civil y Comercial de la Nación. Autoprotección y

Directivas Anticipadas .....pág.98

*Not. Alicia B. RAJMIL*

## **IV Jurisprudencia**

Sentencia de la Excelentísima Cámara de Apelaciones

Departamental - Sala I - de Azul, provincia de

Buenos Aires.....pág.115

Comentario a Fallo: La irrevocabilidad del  
reconocimiento extra-matrimonial de hijo,  
elemento de la esencia del derecho de familia.....pág.143

*Not. Enrique Jorge ARÉVALO*

## **V Jornadas y Congresos**

Conclusiones Desayuno de trabajo IDeI.....pág.160

## **VI Práctica Notarial**

Acto de Autoprotección y Directivas anticipadas  
de salud con designación de interlocutor para los  
actos médicos otorgados por adolescente mayor  
de 16 años.....pág.179  
*Not. María Mercedes CORDOBA*

## **VII Instituciones Notariales**

El verbo Mediar .....pág.191  
*Not. Stella Maris Myriam ESTELRICH.*

Pautas para Publicación de Trabajos.....pág.197



## EDITORIAL

El Instituto de Derecho e Integración nace a la luz de una nueva juridicidad que otorga relevancia a la voluntad de las personas y a su real protagonismo en el ejercicio de sus derechos especialmente en situaciones de mayor vulnerabilidad. Desde el primer número de nuestra revista sostuvimos el derecho de todo ser humano, más allá de la edad, la discapacidad, la enfermedad o cualquier otra circunstancia, a decidir sobre su propia vida y a participar en la mayor medida posible de los asuntos de su incumbencia. Este camino se fortalece hoy en un escenario jurídico que no admite retrocesos.

La autonomía de la persona humana para el ejercicio progresivo de sus derechos se afianza en el concepto de capacidad jurídica que evoluciona desde los criterios rígidos, sostenidos en los códigos decimonónicos, hacia concepciones más flexibles atentas a la real aptitud de discernimiento del ser humano sobre los actos en los cuales interviene. La igualdad de trato y oportunidades en el ejercicio de los derechos de todas las personas, es su piedra angular. El desarrollo y positivización de los Derechos Humanos y su incorporación al Derecho Privado de nuestro país, da cuenta de esa evolución.

En este contexto, nuestro instituto se abocó desde sus inicios a analizar, estudiar, desarrollar y diseñar estrategias y herramientas jurídicas idóneas para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de las personas en situación de especial vulnerabilidad o para prever esa situación en el futuro. Actos de autoprotección, directivas anticipadas

en salud, directivas sobre nuestras propias exequias, poderes preventivos, rentas vitalicias, fideicomisos, testamentos, donaciones, entre otros actos jurídicos, son objeto de nuestro estudio.

Nos empeñamos en su difusión convencidos de que el conocimiento permite eliminar obstáculos para su vigencia.

En estas páginas compartimos doctrina, jurisprudencia y el análisis de normas vigentes o proyectos legislativos que receptan los nuevos criterios en la materia. La complejidad de una realidad cambiante y de un Derecho en permanente evolución nos imponen redoblar esfuerzos y promover el debate permanente para construir y avanzar, con el aporte de otras miradas disciplinares que enriquecen el abordaje.

Invitamos a los lectores a hacernos llegar sus inquietudes, opiniones, trabajos y todo aporte a los temas planteados, y a sumarse a este camino que emprendimos hace años con la esperanza de contribuir, humildemente y desde el lugar de cada uno a promover una mayor igualdad y justicia en nuestra sociedad.



*DOCTRINA*



**DIEZ PREGUNTAS Y UN FUNERAL.**

**A PROPOSITO DE LA MEJORA A FAVOR DEL**

**HEREDERO CON DISCAPACIDAD**

Juan Pablo *OLMO*<sup>1</sup>

**Sumario:**

Pregunta n° 1: ¿Qué es la mejora a favor del heredero con discapacidad? Pregunta n° 2: Si un heredero tiene una discapacidad, ¿tiene derecho a reclamar la mejora? Pregunta n° 3: ¿A través de qué medio se puede otorgar la mejora? Pregunta n° 4: ¿Cuál es la porción de

---

<sup>1</sup> Abogado y Especialista en Derecho de Familia (UBA). Docente universitario de grado y posgrado en el área de Derecho de Familia, salud mental y discapacidad. Miembro adscripto del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Notarial Argentina. Defensor Público Tutor, titular de la Defensoría Pública Tutoría n° 1 de la Capital Federal. Ex Curador Público a cargo de la Curaduría Pública n° 2 de la Capital Federal (2009-2012); ex Coordinador a cargo de la “Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art 22 Ley 26.657” de la Defensoría General de la Nación (2012-2015).

mejora? Pregunta n° 5: ¿Es necesario dejarle también la porción disponible? Pregunta n° 6: ¿Quiénes pueden ser beneficiarios de la mejora? Pregunta n° 7: ¿Qué ocurre si hay más de un heredero con discapacidad? Pregunta n° 8: ¿Quiénes son consideradas personas con discapacidad? Pregunta n° 9: ¿Hace falta tener el Certificado Único de Discapacidad? Pregunta n° 10: ¿Cuándo debe existir la discapacidad? Un funeral.

## **RESUMEN**

El Código Civil y Comercial de la Nación incorporó la mejora a favor del heredero con discapacidad. Se trata de una figura jurídica novedosa para la legislación argentina y, como tal, plantea varios interrogantes en su aplicación práctica: procedencia de la mejora, medios para otorgarla, porción que la conforma, beneficiarios, concepto de discapacidad, aplicación de la ley en el tiempo.

Este trabajo sintetiza las principales dudas interpretativas a lo largo de diez preguntas y también ofrece sus posibles respuestas para una primera etapa de aplicación, teniendo en cuenta que aún no ha habido jurisprudencia referida a este tema.

## **ABSTRACT**

The Civil and Commercial Code of the Nation have incorporated the improvement in favor of the heir with a disability. This is an innovative legal structure for the Argentinian legislation and, as such, raises some questions about its practical implementation: the

source of its improvement, means to grant it, the portion that conforms it, beneficiaries, disability concept, application of the law in time.

This work synthesizes the main doubts of interpretation in ten questions and it offers their possible answers for a first application stage, taking into account that there has not been jurisprudence regarding this issue, yet.

### **PALABRAS CLAVE**

Sucesión - Legítima hereditaria - Porción disponible – Mejora – Heredero con discapacidad – Certificado Único de Discapacidad – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Código Civil y Comercial de la Nación.

### **KEY WORDS**

Succession - Hereditary Legitime – Available portion – Improvement – Heir with a mental or physical disability – Single Disability Certificate - The Convention on Human Rights of Persons with Disabilities - Civil and Commercial Code of the Nation.

### **PREGUNTA N° 1: ¿QUÉ ES LA MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD?**

La mejora a favor del heredero con discapacidad es una novedad que trajo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación



(CCyCN)<sup>2</sup>. En Argentina, hay herederos llamados legitimarios (también conocidos como herederos forzosos) a los que no se los puede privar de la “porción legítima” por testamento o por actos de disposición entre vivos a título gratuito (art. 2444 CCyCN). Estos herederos son: los descendientes (porción legítima: 2/3), ascendientes (1/2) y cónyuge (1/2), tal como lo dispone el artículo 2445 párr. 1° CCyCN.

La parte restante (1/3 o 1/2, según el caso) conforma la porción de la cual el causante puede disponer libremente: “porción disponible”. Puede hacerlo por actos entre vivos o de última voluntad. Asimismo, cuando el causante utiliza la porción disponible a favor de los herederos legitimarios, lo que está haciendo es “mejorarlos” en su porción que de por sí les correspondería en la herencia, ya sea, por ejemplo, a través de un legado, o bien de una donación con dispensa de colación.

La novedad que trae el Código es que amplía los límites para poder mejorar a ciertos herederos legitimarios con discapacidad en mayor medida que a otros; de modo que se amplía la porción de libre disponibilidad en desmedro de la porción legítima.

La mejora está regulada dentro del Libro Quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte), Título X (Porción legítima), artículo 2448 CCyC: “Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante

---

<sup>2</sup> Para un análisis exhaustivo de la mejora a favor del heredero con discapacidad, ver nuestros trabajos previos: “Mejora a favor del heredero con discapacidad”, *Diario La Ley* 27/10/2015, p. 1; “Interpretación de la palabra ‘además’ en el artículo 2448 CCyCN”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Febrero 2017, La Ley, Buenos Aires, p. 101; *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación*, 2° edición ampliada, Dunken, Buenos Aires, 2017.

puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, 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”.

**PREGUNTA N° 2: SI UN HEREDERO TIENE UNA DISCAPACIDAD, ¿TIENE DERECHO A RECLAMAR LA MEJORA?**

La mejora no procede de pleno derecho, sino que depende de la voluntad del causante, ya que es este quien puede optar por hacer uso de la mejora, sea por actos entre vivos o *mortis causa*. Es decir, la discapacidad no otorga, por sí misma, un mejor derecho a uno o varios de los herederos por sobre el resto, pero sí es condición necesaria para ser mejorado por el causante. Por lo tanto, el causante debe expresar su voluntad de mejorar a un heredero con discapacidad. Si no lo hace, la mejora no procede.

**PREGUNTA N° 3: ¿A TRAVÉS DE QUÉ MEDIO SE PUEDE OTORGAR LA MEJORA?**

El artículo 2448 CCyCN establece que el causante podrá disponer de la porción para la mejora “por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso”. Es decir, la norma emplea una fórmula más amplia que la de los antecedentes de nuestro país, donde solo se aludía al fideicomiso<sup>3</sup>. Quizás por ello se debió aclarar expresamente que también era posible a través de un fideicomiso (art. 1699 CCyCN). La mejora también puede concretarse a través de: una indivisión forzosa (art. 2330); un legado de cosa cierta y determinada (art. 2498); alimentos (art. 2509); derechos de usufructo (art. 2129), uso (art. 2154) o habitación (art. 2158); entre otros.

#### **PREGUNTA N° 4: ¿CUÁL ES LA PORCIÓN DE LA MEJORA?**

El Código prevé que sea  $\frac{1}{3}$  de las porciones legítimas. Por lo tanto, no se trata de  $\frac{1}{3}$  de la herencia sino de  $\frac{1}{3}$  de la porción legítima que corresponda, según quién concurra a la herencia. La porción para la mejora será: de  $\frac{2}{9}$  para los descendientes ( $\frac{1}{3}$  de  $\frac{2}{3}$ )

---

<sup>3</sup> Artículo 2397 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 (decr. 685/95): “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, no son válidos. Pero puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun cuando excedan de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad”. Conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009): “El testador puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun cuando excedan la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, siempre que sean beneficiarios todos sus herederos forzosos o un heredero incapaz, pudiendo durar hasta que cese la incapacidad o fallezca, o se cumpla el término de treinta años”.

y de  $1/6$  para los ascendientes ( $1/3$  de  $1/2$ ). En cambio, el artículo 2448 CCyCN no recepta la mejora a favor del cónyuge supérstite.

Por lo tanto, si tomamos como ejemplo la existencia de dos descendientes (porción legítima:  $2/3$ ; porción disponible:  $1/3$ ), uno de los cuales tiene una discapacidad, en la hipótesis de máxima este podría llegar a recibir:  $3/9$  de porción disponible (o sea,  $1/3$  con el denominador común 9), la mejora de  $2/9$  ( $1/3$  de  $2/3$ ) y  $2/9$  de su parte de la herencia como heredero legitimario (los restantes  $4/9$  a repartir entre dos). En este caso el heredero con discapacidad recibiría un total  $7/9$  y el otro heredero solo los  $2/9$  restantes.

Veamos ahora el caso de los ascendientes. Si los herederos fueran los padres y uno de ellos tuviera una discapacidad, como máximo recibiría: la porción disponible de la herencia ( $1/2$ , o sea  $3/6$  con el denominador común 6), la mejora ( $1/3$  de  $1/2$ , o sea  $1/6$ ) y su parte de la herencia como heredero legitimario (los restantes  $2/6$  a repartir entre dos, o sea  $1/6$ ). En este caso, el ascendiente con discapacidad recibiría un total  $5/6$  y el otro heredero  $1/6$ .

En efecto, el artículo 2448 CCyCN se aparta de su antecedente del derecho español, según el cual la porción es de  $1/3$  no de la legítima, sino de la herencia. Es decir, el artículo 808 del Código Civil español hace referencia a uno de los dos tercios que conforman la porción legítima, que no es lo mismo que decir un tercio de las porciones legítimas<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Texto según artículo 10 de la ley 41/2003 (B.O.E. 19/11/2003).

### **PREGUNTA N° 5: ¿ES NECESARIO DEJARLE TAMBIÉN LA PORCIÓN DISPONIBLE?**

No. Sin embargo, debemos señalar que hay opiniones encontradas en este punto. El análisis se circunscribe a la interpretación de la palabra “además” utilizada en el artículo 2448 CCyCN.

Una primera postura “restrictiva”, limita las posibilidades de libre disponibilidad de la porción disponible. Según esta postura, para que proceda la mejora estricta correspondería que al beneficiario también se le deje la totalidad de la porción disponible. Dicho de otro modo: cuando hay un heredero con discapacidad y se lo quiere beneficiar con la mejora estricta, debe dejársele no solo la mejora sino también la porción disponible, ya que esta porción formaría parte de la mejora a favor del heredero con discapacidad. En el caso de dos descendientes, uno con discapacidad, este recibiría:  $\frac{3}{9}$  de porción disponible,  $\frac{2}{9}$  de mejora estricta (o una porción menor) y  $\frac{2}{9}$  de legítima; en tanto que el otro descendiente recibiría los  $\frac{2}{9}$  restantes (o un poco más, si es que el causante solo dispone de una parte de la mejora estricta).

Nosotros, en cambio, adoptamos una postura “amplia”. De este modo, no es que al heredero con discapacidad solo se le puede dejar la mejora estricta “además” de la porción disponible (ergo, la mejora no procede sin la disponible también a su favor), sino que el causante puede hacer uso de la disponible y “además” de una porción extra pero, en este caso, solo para el heredero con discapacidad. Por lo tanto, en el

caso de dos descendientes, uno con discapacidad, este podría recibir: 2/9 de mejora estricta y 2/9 de legítima; en tanto que un tercero podría recibir 3/9 de disponible y el otro descendiente los 2/9 restantes.

Nuestros argumentos: 1) la mejora estricta no afecta la porción disponible sino la legítima, de modo que la mejora no necesariamente va de la mano de la disponible; 2) la mejora estricta no incluye la porción disponible, sino que son dos porciones distintas; 3) de lo contrario, se haría desaparecer la porción disponible entendida como de libre disponibilidad y ello iría en contra del principio de autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio; 4) la postura restrictiva se basa en un error de interpretación gramatical de la norma, o bien en un excesivo paternalismo en materia de discapacidad que sobrepasa el principio de solidaridad familiar.

### **PREGUNTA N° 6: ¿QUIÉNES PUEDEN SER BENEFICIARIOS DE LA MEJORA?**

El artículo 2448 CCyCN no incluye a todos los herederos legitimarios, sino a algunos: los descendientes y ascendientes con discapacidad. En cambio, la norma no incluye: al cónyuge supérstite (también heredero legítimo), a los parientes colaterales hasta el cuarto grado (herederos legítimos no legitimarios) y a los herederos testamentarios. Con relación al cónyuge supérstite, si bien es cierto que goza de medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no lo es menos que ellas

alcanzan a todo cónyuge, independientemente de que tenga o no una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legitimarios al asignárseles una porción legítima.

Por otra parte, para ser beneficiarios de la mejora, estos herederos deben tener vocación hereditaria actualizada al momento de la apertura de la sucesión: no alcanza con una vocación eventual. Es decir, habiendo descendientes, toda vez que en el orden sucesorio estos ocupan el primer orden, excluyen a los ascendientes (segundo orden sucesorio). Asimismo, dentro de cada orden, los parientes en grado más próximo excluyen a los más lejanos, salvo el derecho de representación, el cual solo opera en el caso de los descendientes y no así de los ascendientes.

Ejemplos: a) Si al causante lo suceden dos hijos (descendientes) y uno de ellos tiene una discapacidad, puede recibir la mejora estricta. b) En cambio, si lo suceden un descendiente y un ascendiente (con discapacidad), este último no podría recibir la mejora, ya que no concurre a la herencia puesto que es excluido por el descendiente (orden preferente); pero podría recibir la porción disponible. c) Lo mismo ocurriría si la única familia del causante es un hijo y su propio hijo (nieto del causante), este último con discapacidad, quien no hereda por ser excluido por el hijo del causante (grado preferente dentro de un mismo orden) y, por ende, tampoco puede recibir la mejora. d) Si el causante tenía dos hijos y uno es prefallecido (falleció antes de la

apertura de la sucesión del causante), renuncia a la herencia o es declarado indigno, en cualquier caso opera el derecho de representación a favor de su hijo (nieto del causante y sobrino del otro hijo del causante): en este caso el nieto con discapacidad podría recibir la mejora estricta, porque al momento del fallecimiento del causante tenía su vocación hereditaria actualizada ya que concurre a la herencia de su abuelo junto a su tío, por derecho de representación sobre su propio padre, por más que al momento de otorgar la mejora estricta (p.ej.: a través de testamento) no fuera heredero legitimario porque todavía su padre estaba vivo.

Las soluciones se explican porque la norma habla de “mejora”, lo cual solo se da en casos de herederos legitimarios con vocación hereditaria actual al momento de la apertura de la sucesión.

### **PREGUNTA N° 7: ¿QUÉ OCURRE SI HAY MÁS DE UN HEREDERO CON DISCAPACIDAD?**

El causante podrá otorgar la mejora a favor de los distintos herederos con discapacidad que se presenten (uno o más), en los porcentajes que lo estime más conveniente, pero siempre respetando los topes de las porciones.

Ejemplo: si concurren a la herencia tres descendientes, de los cuales dos tienen discapacidad, la mejora siempre será de  $\frac{2}{9}$  a distribuir entre los dos herederos con discapacidad del modo que el



causante lo disponga y no necesariamente respetando porciones iguales para cada uno de ellos.

Podría ocurrir que uno de los dos herederos con discapacidad reciba a título de mejora una porción más grande que el otro, o bien que solo uno de ellos se vea beneficiado. En cualquier caso, insistimos en que la porción de la mejora es una sola y puede ser distribuida entre los herederos con discapacidad del modo que el causante lo estime conveniente.

### **PREGUNTA N° 8: ¿QUIÉNES SON CONSIDERADAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?**

La definición de “persona con discapacidad” que adopta el artículo 2448 CCyCN ha sido tomada de las leyes 22.431 y 24.901: se pone el acento en la deficiencia de la persona<sup>5</sup>.

Sin embargo el Estado Argentino, al aprobar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) mediante ley 26.378 –de jerarquía constitucional (ley 27.044)– se ha comprometido ante la comunidad internacional, poniendo en crisis

---

<sup>5</sup> Artículo 2 ley 22.431: “A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. Artículo 9 ley 24.901: “Entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el artículo 2° de la ley 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral”.

nuestra legislación nacional en la materia y, con ello, la definición de “persona con discapacidad”<sup>6</sup>.

Por lo tanto, para entender y definir la discapacidad ya no se pone el acento en las deficiencias de las personas, sino en las barreras que la sociedad les coloca, y es en esa interacción de donde, justamente, surge la discapacidad. Asimismo, la diferencia que existe entre ambas definiciones no está dada únicamente según el modelo dentro del cual fueron concebidas cada una de ellas (la de las leyes 22.431 y 24.901 en el modelo “médico-rehabilitador” y la de la CDPD en el modelo “social”), sino también en que la definición que brinda la CDPD no es una fórmula cerrada sino abierta, ya que dice: “Las personas con discapacidad *incluyen* a aquellas...”.

De todas formas, si en la práctica se presentara algún caso en el cual persona tiene discapacidad a la luz de la CDPD pero que no encuadra en la definición del artículo 2448 CCyCN, la consideramos igualmente beneficiaria de la mejora. Entendemos que una postura contraria llevaría a una “discriminación por motivos de discapacidad” en los términos de los artículos 3 inc. b) y 5 inc. 2º, a la luz de la definición del artículo 2 de la CDPD<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Artículo 1 CDPD: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (párr. 2º).

<sup>7</sup> Artículo 3 CDPD: “Principios generales. Los principios de la presente Convención serán: ...b) La no discriminación...”. Artículo 5 CDPD: “Igualdad y no discriminación. 1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en

## **PREGUNTA N° 9: ¿HACE FALTA TENER CERTIFICADO ÚNICO DE DISCAPACIDAD?**

No, porque la norma no lo prevé. En todo caso, el Certificado Único de Discapacidad (CUD) será útil a los fines probatorios.

A diferencia de lo que ocurre v.gr., con la ley 24.901, que exige que la persona cuente con el certificado para poder acceder a la cobertura que allí se regula; el artículo 2448 CCyCN, en cambio, solo habla de discapacidad y no exige que la persona haya tramitado el certificado. En todo caso, será una cuestión de prueba si es que la existencia de la discapacidad llegara a ser controvertida por los otros herederos legitimarios que concurren a la herencia, quienes verían disminuida su porción legítima por motivo de la mejora.

---

igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”. Artículo 2 CDPD: “Definiciones. A los fines de la presente Convención: ...Por ‘discriminación por motivos de discapacidad’ se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables...”. En efecto, al utilizar esta fórmula la CDPD no solo protege contra la discriminación a las personas con discapacidad, sino también a terceros, los cuales pueden ser discriminados “por motivos” de discapacidad v.gr., por ser familiar de una persona que sí se encuentre en esa situación.

Por otra parte, cabe aclarar que el artículo 2448 CCyCN refiere a la persona con “discapacidad”. En efecto, una cosa es que la persona se encuentre en una situación de discapacidad y otra, muy distinta, es que a una persona (con o sin discapacidad) se le haya restringido su capacidad jurídica a través de una sentencia judicial. En este punto, la norma se aparta de sus antecedentes, donde los beneficiarios eran las personas “incapaces”<sup>8</sup>.

### **PREGUNTA N° 10: ¿CUÁNDO DEBE EXISTIR LA DISCAPACIDAD?**

La discapacidad debe existir al momento de la apertura de la sucesión (fallecimiento del causante) y no necesariamente al momento del otorgamiento del testamento o de la partición. Por lo tanto, si se hace una mejora en los términos del artículo 2448 CCyC a favor de un heredero que no tiene una discapacidad pero que luego, al momento de la apertura de la sucesión, se encontrara en una situación de discapacidad, entonces la mejora es válida.

A la inversa, si se beneficia a una persona que tiene una discapacidad al momento de la mejora (p. ej.: cuando se hace el testamento) pero que al momento de la apertura de la sucesión su situación se ha modificado y ya no tiene una discapacidad, entonces la mejora no procede.

---

<sup>8</sup>Artículo 2397 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 (decr. 685/95), conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) y artículo 808 del Código Civil español.

Del mismo modo, si se beneficia a una persona que tiene una discapacidad al momento de la apertura de la sucesión, la mejora es válida a pesar de que luego su situación haya cambiado por motivo de su recuperación, incluso si ello ocurre antes de la partición. En este punto el nuevo Código se aparta –con buen criterio– de sus antecedentes, los cuales hacían referencia no solo a la incapacidad en lugar de la discapacidad, sino que establecían como límite temporal el cese de esa incapacidad. En el artículo 2448 CCyCN, en cambio, no existe ese límite temporal.

### **UN FUNERAL**

Para finalizar, resta señalar que la mejora estricta solo se aplica en las sucesiones de personas que hayan fallecido a partir del 01/08/2015. Según el artículo 2644 CCyCN, la ley aplicable a la sucesión es la del domicilio del causante al momento de la apertura de la sucesión, es decir, en el mismo momento de su fallecimiento. Por lo tanto, en los casos donde el fallecimiento del causante ocurre con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código, no podrá aplicarse la mejora del artículo 2448 CCyCN, puesto que en el Código Civil anterior no estaba prevista. Pero si la mejora se otorga con anterioridad a la entrada en vigencia del Código (p. ej.: a través de un testamento) y el causante fallece luego de su entrada en vigencia, la mejora es válida.

**VIGENCIA DE LOS PODERES  
PREVENTIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO.  
UNO DE LOS SISTEMAS DE APOYO AL  
EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.**

Enrique Jorge *ARÉVALO*.<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Prólogo. Los poderes preventivos, un medio de ejecución de las directivas anticipadas. II. Conceptos: mandatos, representación, poder y apoderamiento. III El artículo 60 del C. C. y C. y su interpretación. La necesaria remisión a los principios generales.

---

<sup>1</sup> Notario jubilado del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. Director del Archivo de Protocolos y Registro de Actos de Autoprotección ciudad de Rosario Santa Fe. Secretario del Instituto de Derecho e Integración (IDeI). Trabajo presentado ante la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24, 25 y 26 de agosto de 2016). Dedicatorias: A mi esposa e hijos. Agradecimientos: Alicia Beatriz Rajmil, Luis Rogelio Llorens, María Claudia Torrens, Rosana Mabel Dellamea, Pedro Eugenio Marzuillo, Mercedes María Romanos, Claudio Daniel Rossi, Nora Azucena Rubio y a todos los integrantes del IDeI por su pertinaz apoyo.

IV. La aplicación de los métodos interpretativos al caso concreto. V. Características y alcances de los poderes preventivos. VI. Las escrituras de apoderamiento y los poderes preventivos. Particularidades. VII. Conclusiones.

### **RESUMEN:**

En el presente trabajo, se sostiene la plena vigencia de los poderes preventivos que otorguen los sujetos ante la posibilidad de caer en situación de vulnerabilidad como medio idóneo para la ejecución de las voluntades anticipadas previstas en el artículo 60 y concordantes del C. C. y C.

La aplicación de los métodos interpretativos (art. 2 y concordantes C. C. y C.), permiten sostener la vigencia del instituto en consideración a través de sus dos variantes: los mandatos propiamente dichos o los prorrogados en el supuesto de la pérdida de discernimiento por parte del otorgante. Es lo que el artículo 1732 del ordenamiento español contempla con meridiana claridad.

### **PALABRAS CLAVES:**

Poderes preventivos – mandato – representación – apoderamiento - escrituras de apoderamiento - principios generales de interpretación legal - características.

## **ABSTRACT**

The present work, holds the full force of preventive powers granted by the subjects who could be seen in the eventually situation of vulnerability, as the perfect way to execute advances directives foreseeing in articles 60 and subsequents of the C.C and C. The application of interpretative methods (art.2 and concordant CC and C), support the validity of the institute in consideration through its two variants: the legal mandates as itself, or extended in case of grantor's loss of discernment. That is what the article 1732 of the spanish legal system contemplates with deep clarity.

## **KEY WORDS**

Preventive powers- legal mandate- legal representation- empowerment- power of attorney- general standars of legal interpretation- characteristics.

## **I. PRÓLOGO. LOS PODERES PREVENTIVOS, UN MEDIO DE EJECUCIÓN DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS.**

La pertinaz lucha que desde fines del siglo XX se verifica mediante los encomiables esfuerzos de la doctrina, la jurisprudencia y el legislador con el propósito de alcanzar la igualdad en el efectivo ejercicio de los derechos por parte de las personas que padecen distintos grados de discapacidad con aquellas que no se encuentran



alcanzadas – al menos momentáneamente – por esas limitaciones, se materializa a través de institutos previstos en la normativa sustancial. Constituyen herramientas que permiten a los sujetos en situación de mayor vulnerabilidad, sortear los obstáculos que les impiden o restringen “...su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (Art. 1º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuya adhesión por parte de la República Argentina, se concretó por ley 26378, sancionada el 21-05-2008, reconociéndole jerarquía constitucional la ley nacional 27.044).

A pesar de la diversa dinámica que se advierte en los distintos países en cuanto a la aplicación efectiva del cambio de paradigma ocurrido en materia de capacidad jurídica, esa fuerza incontenible que lo impulsa –la realidad social- concluirá consolidando inevitablemente el camino iniciado. Llegará el tiempo en que los principios igualitarios habrán trascendido definitivamente el terreno de los conceptos y expresiones declamatorias para insertarse con firmeza inmovible en la realidad cotidiana.<sup>2</sup> Bien entendido que tal como puede advertirse

---

<sup>2</sup> Resulta ilustrativa al respecto la lectura del Prólogo inserto en la Segunda Edición de la obra “Discapacidad Intelectual y Derecho”, realizado por Rafael Leña con motivo de las Cuartas Jornadas de la Fundación Aequitas y II Jornadas FEAPS, Andalucía España. Impresión Gráficas Arias Moreno SA, editado por Aequitas, España febrero 2005, pág. 57 y sig. Refiere el autor que “Los preceptos de que hablo, son conocidos por todos, pero creo que no es ocioso proclamarlos una vez más. Las palabras repetidas acaban por echar raíces y dejan de ser llevadas al viento para convertirse en árboles concretos, que poco a poco, van desarrollándose en ramas y hojas para acabar dando los frutos apetecidos”. Revisten particular interés los conceptos del Profesor Leonardo B. Pérez Gallardo en “El notario ante las recientes reformas a los Códigos

de un superficial repaso a los hechos que registra la historia de la humanidad, todo avance o evolución, particularmente en lo que refiere a derechos y garantías individuales y de orden social, sufre inevitables tentativas de retroceso que se concretan a través de decisiones anacrónicas. Corresponde a la sociedad en su conjunto velar por la vigencia permanente de esos derechos, reconocidos universalmente. En esa tarea, cabe al notariado como profesional del derecho en ejercicio de una función pública, un papel garantista de relevancia.<sup>3</sup>

La superación del esquema binario relativo al ejercicio de la capacidad jurídica, registra en nuestro derecho un antecedente de marcada relevancia en la reforma introducida en el Código Civil Argentino a través de la ley nacional 17711: el artículo 152 bis que asignó al curador (hasta ese momento, representante y sustituto de la voluntad de los incapaces) de las personas inhabilitadas judicialmente funciones limitadas a su asistencia. Hoy en el contexto del derecho positivo vigente, pese a la catalogación que se verifica en el Código Civil y Comercial de la Nación y en diversa normativa sustancial, la

---

Civiles y de Familia Latinoamericanos en materia de Autoprotección: crónica de un protagonismo anunciado”. Revista del Instituto de Derecho e Integración –IdeI-, número 11, año 7, pág. 20 y sig.

<sup>3</sup> No debe olvidarse el constante zigzag que ha caracterizado a nuestro país en materia de derechos cuya evolución suele verse frustrada atendiendo a las “variables de intereses que se presentan como “tutores de los débiles” y en general actúan con contradicciones, primero generan derechos fundamentales... y luego... consideran que ha ido demasiado lejos y se pretende volver atrás...”; Wingarten Celia- Ghersi Carlos “Los magistrados y el control de constitucionalidad. El Principio de Progresividad como Principio General del Derecho” en “Código Civil y Comercial en Cuadros Sinópticos” Editorial Nova Tesis, octubre de 2015, página 14 y sig.

categoría de incapaces que agrupa a las personas humanas en situación de mayor vulnerabilidad debe considerarse inexistente. Esa inadecuada designación legislativa resulta contradictoria dentro del contexto normativo vigente – leyes 26.061, 26.529 y 26.657 – y preceptos de jerarquía constitucional, normativa entre la que debe incluirse la ley nacional 27360, sancionada el 09 de mayo de 2017 (BO 31-05-2017, n° 33635), relativa a la “Aprobación Internacional sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, emanada de la 45 Asamblea General de los Estados Americanos (OEA) el 15 de junio de 2015.<sup>4</sup> No se debe a la casualidad la inclusión dentro del actual régimen del Código Civil y Comercial de la Nación del sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad, cuyo objeto es facilitar la toma de decisiones de carácter personal, relativas a la administración de bienes a los sujetos necesitados de esa asistencia, salvaguardo su derecho a la determinación (Art. 43). Las medidas de apoyo, por su naturaleza, no comprenden la sustitución de la voluntad del asistido debido a que su “...función es promover la autonomía...” de éste. Es la aplicación concreta de la

---

<sup>4</sup> Conforme lo enseñan Alicia Beatriz Rajmil, Luis Rogelio Llorens y María Claudia Torrens en “Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado”- Eduardo Gabriel Crusellas- Coordinador-, tomo 1 (Editorial Astrea y FEN- Editora Notarial-) en su comentario al art. 24 del C.C.y C. “...los nuevos postulados en la materia afirman, como principio general, el ejercicio igualitario de los derechos para todas las personas, con las limitaciones que excepcionalmente imponga la ley o una sentencia judicial, pero estas limitaciones no justifican ...que se catalogue a las personas sometidas a ellas como incapaces.” (pág. 101). Ver además: Rajmil, Alicia B. y Llorens Luis R “¿Existen personas humanas incapaces en el derecho civil argentino?”, publicado en DF y P 2016 (marzo) 07-03-2016, 145.

tutela que la normativa dispensa a la capacidad de obrar: está sujeta al principio de la excepcionalidad en cuanto a sus restricciones (Art. 31).<sup>5</sup>

Pero además el derecho positivo contempla dos institutos que garantizan a los individuos la adopción de medidas en previsión de su propia incapacidad, relativas a sus cuidados personales y a la administración de sus bienes, salvaguardando el principio de autonomía de la voluntad de cada sujeto en un todo de acuerdo a sus necesidades y deseos de índole particular. Nos referimos a las estipulaciones o “previsiones para la eventual pérdida de discernimiento”, conocidas en la doctrina como “actos de autoprotección” y a los denominados poderes preventivos. Estos últimos se efectivizan a partir de actos de apoderamiento y permiten el cumplimiento de la voluntad expresada por cada sujeto en el acto de autoprotección en circunstancias en que éste se encuentra impedido de hacerlo por sí.<sup>6</sup>

La ligazón necesaria entre los actos de autoprotección y poderes preventivos puede advertirse en el artículo 60 del C. C. y C que garantiza a las personas el otorgamiento de directivas anticipadas de salud y de mandatos en previsión de “... su propia incapacidad...”

---

<sup>5</sup> Llorens y Rajmil, comentario al art. 31 del C.C. y C. en “Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado”, citado en nota (4), pág. 125.

<sup>6</sup> Brandi Taiana, Maritel Mariela: “El poder al servicio del derecho de autoprotección”. Sostiene la autora que el poder preventivo es la herramienta “...más concreta, eficiente y efectiva para poner en marcha y asegurar...” el ejercicio del derecho de autoprotección.

El propósito del presente trabajo es fundamentar, acudiendo a los métodos de interpretación de la ley, la plena vigencia en nuestro C.C. y C. de los poderes preventivos en sus dos variantes contempladas con meridiana claridad en el artículo 1732 del Código Civil Español: los poderes preventivos propiamente dichos o los poderes o los llamados mandatos prorrogados. Los primeros se otorgan para que produzcan sus efectos una vez acaecida la pérdida de discernimiento o situación de incapacidad –permanente o temporaria- por parte del otorgante. Por su parte, caracteriza a los poderes o mandatos prorrogados la posibilidad de su continuación aún cuando sobrevengan en la persona del mandante las circunstancias indicadas.<sup>7</sup>

Consideramos de utilidad ensayar una recapitulación de los conceptos de mandato, representación, poder y apoderamiento en forma previa al tratamiento de la cuestión hermenéutica, debido a las modificaciones ocurridas en la codificación a partir del 1º de agosto de 2015.

---

<sup>7</sup> Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro “Comparencia de una persona con discapacidad ante el notario”- IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año IX, número 36, punto 2.1 “Poderes preventivos”, pág. 20 y siguientes; Roldán Sánchez, Alida Viviana: “Poderes Preventivos o de Autoprotección” en Revista del Instituto de Derecho e Integración –IDeI- número 5, año 3, página 99 y sig. Llorens, Luis Rogelio “El notario ante los deficientes mentales. Hacia una revitalización de la capacidad en el derecho civil”, trata sobre “Mandato otorgado en previsión de la incapacidad propia”, pág. 99 y sig. Taiana de Brandi Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, en el capítulo III, página 42 y sig. (Editorial Astrea Bs. As. 1996). Ordellin Font, Jorge Luis y Vega Cardona, Raúl José “Los Poderes Preventivos. Breves apuntes para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico cubano”.

## II. CONCEPTOS: MANDATO, REPRESENTACIÓN, PODER y APODERAMIENTO.

**II.1. MANDATO:** El mandato en nuestro derecho es un contrato bilateral, nominado, conmutativo, presuntamente oneroso, que puede ser conferido con carácter representativo y cuyo objeto es el compromiso que asume una parte (mandataria) para realizar uno o más actos en interés de la otra (mandante). El concepto insinuado es la resultante incompleta de lo expuesto por los artículos 966, 967, 968, 970, 1.319, 1.320, 1.322 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación. Con acierto se ha caracterizado al mandato como a un contrato auxiliar mediante el cual el mandante encomienda al mandatario la ejecución de actos jurídicos. Por cierto que una de las notas distintivas de este contrato es su situación de accesoriidad con relación a otros actos jurídicos, ya que su celebración es la resultante del propósito de que alguien – mandatario – actúe por cuenta de otro – mandante.<sup>8</sup> Como refiere la nota glosada al artículo 1.869 del derogado Código Civil Argentino: “Todo mandato presupone una orden para obrar; pero no toda orden de obrar es mandato para obrar como contrato”. El mandato es un medio que la normativa pone a disposición de los sujetos para que puedan llevar a cabo los diversos fines (la causa

---

<sup>8</sup> Farina, Juan M. “Representación, Mandato y Poder” –Revista Zeus- tomo 2 D-. página 41/45, mayo agosto 1974. Lamber, Rubén A. “Representación, poder y mandato”, Revista Notarial n° 898, pág. 638-. Llorens, Luis R., Rajmil, Alicia B. “Representaciones, poderes y Mandatos. Casos de Irrevocabilidad, de Eficacia Post-Mortem y de Eficacia –Post-Incapacidad”.

Art. 281) que determinan la realización los actos jurídicos. Apartándose el legislador de lo referido en la nota al artículo 1.871 del derogado Código Civil Argentino “el rasgo característico y distintivo del mandato es la función representativa y nada más”), debemos insistir, siguiendo enseñanzas de Ihering, que no necesariamente el mandato coexiste con la representación (Art. 1.929, Código Civil Argentino y 1.320 C. C. A.).<sup>9</sup> En el contexto de los principios reglados en el Libro Primero, Título I, puntualmente en los capítulos 2 – Capacidad – y 3 (Derechos y Actos Personalísimos) del Código Civil y Comercial de la Nación, la figura del mandato debe ser entendida como una herramienta eficaz para la ejecución de las directivas anticipadas (artículo 60).

**II.2. REPRESENTACIÓN:** Refiere a la potestad que tiene una persona- representante – para realizar uno o más actos jurídicos en nombre y por cuenta de otra – representado. El representante declara su propia voluntad pero acredita ante los terceros con los cuales concreta negocios jurídicos, que los derechos y obligaciones emergentes de esas celebraciones recaen exclusivamente en cabeza de su representado de quien ha recibido la investidura y atribuciones pertinentes (artículo 366 del Código Civil y Comercial de la Nación). La figura del representante, difiere de la del nuncio o mensajero, que se limita a comunicar una declaración ajena, es el caso del notario cuando

---

<sup>9</sup> Spota, Roberto G. “Instituciones de Derecho Civil- Contratos-“- Vol. VIII- Mandatos. Ediciones Depalma Bs. As. 1983

realiza una diligencia de notificación (una de las numerosas variantes que admite el acta notarial, Art. 310 a 312 C. C. y C.). En virtud de la representación, es la persona del representado quien asume la autoría de los actos jurídicos que su representante ejecuta en su nombre. Como se ha indicado, el contrato de mandato permite el otorgamiento de potestades representativas (Art. 1320 C. C. y C.)<sup>10</sup>

**II.3. PODER:** En el derogado Código Civil Argentino (artículos 1880/1881) el término se refería a las atribuciones o facultades del mandatario para obligar al mandante. El actual C. C. y C (artículo 375 “poder conferido en términos generales y facultades expresas”), con mayor precisión terminológica, alude a facultades expresas, otorgando una significación genérica a la expresión poder. Sin embargo, conforme la terminología empleada en los artículos 366 (“actuación en ejercicio del poder”) y 367 (“representación aparente”) la palabra “poder” equivale a las potestades – facultades – conferidas al representante. Situación similar se advierte en el artículo 1320 que trata sobre mandato con representación. Por otra parte, se ha equiparado el término poder al instrumento en el cual consta el otorgamiento de la representación (escritura pública, carta-poder, acta de discernimiento de tutela, curatela, etc). Esa significación “documental”, era la sostenida

---

<sup>10</sup> Farina, Juan M. Ob. Cit. en nota (8), Pag. D- 41 y sig. Manuel Albaladejo, jurista español (“Derecho Civil, Introducción y Parte General”, Librería Bosch, Barcelona 2002, pág. 803), sostiene que el poder de representación es una autorización dada al representante para que actúe en interés y en nombre de otro.



por el artículo 1877 del abrogado Código Civil Argentino al legislar sobre la presunción relativa a la aceptación entre presentes del mandato que operaba en caso de que el mandante hubiera entregado "...su poder al mandatario y éste lo recibió sin protesta alguna". También el documento era reconocido a través de la expresión "procura" o "procuración" (artículo 1878, inciso 1 del derogado Código Civil Argentino).<sup>11</sup>

**II.4. APODERAMIENTO:** Entendemos por tal al acto jurídico unilateral (interviene en su otorgamiento el poderdante), recepticio (usualmente tiene por destinatario al apoderado), modal (sometido a la modalidad de la aceptación por parte del mandatario) y dirigido a terceros por el cual el mandante otorga al mandatario facultades suficientes a los fines del cumplimiento del objeto del mandato.<sup>12</sup>

### **III. EL ARTÍCULO 60 del C. C. y C. y SU INTERPRETACIÓN. LA NECESARIA REMISIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES.**

---

<sup>11</sup> Farina, ob. Cit. en nota (8), Pág D-43. Lamber, ob. Cit. nota (8) Pág. 665, considera al poder "...atributo o facultad..."

<sup>12</sup> Spota, ob. Cit. en nota (9), Pág. 37 y sig; Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos" – Edición Actualizada- Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., Sta. Fe, pág. 211.

La aplicación concreta de los diversos métodos interpretativos al contenido de los principios consagrados por el actual artículo 60 del C. C. y C. - Directivas Médicas Anticipadas- fundamentará la hipótesis sobre la vigencia de los poderes preventivos en nuestro ordenamiento jurídico.

Conviene recordar especialmente el texto del primer párrafo de ese precepto: “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad.” Acertadamente se ha calificado a la inclusión de las directivas anticipadas como “...un reconocimiento de la realidad social en la que vivimos y atiende a cuestiones ignoradas o que – al menos – no salían a la luz pocas décadas atrás”.<sup>13</sup> Resulta pertinente insistir que, sistemáticamente, la consagración de institutos a través de la legislación es la resultante de las necesidades impuestas por el devenir histórico de cada pueblo o de la humanidad. Las directivas anticipadas o actos de autoprotección no escapan a esa regla. Los pertinaces esfuerzos de la doctrina, jurisprudencia y legislaciones locales (provincias del Chaco y Buenos Aires), lúcidos receptores de los cambiantes paradigmas sociales, fueron receptados – aunque en forma insuficiente – por la legislación sustancial positiva.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Crusellas, ob. Cit en nota (4), comentario al art. 60, pág. 230 y sig.

<sup>14</sup> Cifuentes, Santos “Régimen General de Incapacidad y el denominado living will”, La Ley, 2006, A-1183. Taiana de Brandi-Llorens, “Disposiciones y Estipulaciones

El primer párrafo del artículo 60, autoriza a la “...persona plenamente capaz...” para que otorgue directivas anticipadas y a “... conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad”. La interpretación gramatical de la regla, procedimiento prioritario en la indagación de su fidelidad (Art. 2 C.C. y C.), nos presenta un primer interrogante: si el texto del precepto excede en su extensión al título que solamente refiere a “directivas médicas anticipadas”. La aplicación del denominado “principio de vigencia”, nos indica que la propia letra de la norma –elemento gramatical– permite al interesado el otorgamiento de las mentadas directivas anticipadas... y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad”.<sup>15</sup>

La conjunción copulativa “y” sugiere una concatenación necesaria entre las directivas anticipadas y los poderes preventivos. Es el criterio sostenido por las conclusiones de la jornada organizada por el Instituto de Derecho e Integración (IDeI) del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe - 2da. Circunscripción – realizada el 06 de mayo de 2016. Allí se puntualiza sobre la insuficiente especificación de los poderes preventivos por parte del legislador y se destaca su implementación como “...necesaria y altamente beneficiosa para la persona...en situación de vulnerabilidad...”. Sin que se contraponga al

---

para la propia incapacidad”, ob. Cit., en nota (5). Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia B. “Derecho de Autoprotección”, Editorial Astrea, Bs. As. 2010.

<sup>15</sup> Soler, Sebastián “La Interpretación de la Ley”, pág. 168. Ediciones Ariel-Barcelona, España 1962.

procedimiento judicial, el poder preventivo conlleva una mayor celeridad en la aplicación concreta de la tutela de los derechos de todo sujeto que padece la pérdida – permanente o transitoria – de su discernimiento.<sup>16</sup> Desde el punto de vista “gramatical”, puede considerarse que la escueta referencia del artículo 60, reproducida anteriormente, admite con recelo el instituto de los poderes preventivos. Cabe recurrir a una interpretación extensiva con miras a la superación de la tacañería literal que luce la norma.

Esa carencia o, mejor dicho insuficiencia de previsión normativa, impone al intérprete abocase a la indagación finalista de la ley con miras a su aplicación conforme lo establecido por la Constitución Nacional, los usos, prácticas y costumbres vinculantes conforme a derecho y tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (Arts. 2 y 1, C. C. y C y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional). Por sobre la intención del legislador volcada de ordinario en exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias, la atención se finca en la verificación permanente del cumplimiento de las finalidades y valores ínsitos en la propia normativa. El legislador es un receptor de creaciones culturales preexistentes, encargado de plasmarlas

---

<sup>16</sup> El punto 5) de las conclusiones del mentado “Desayuno de Trabajo” expresa: “Cuando el art. 60 del C.C.C.N. determina que La persona plenamente capaz puede conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad, se entiende que se refiere tanto a la pérdida del discernimiento como a la restricción judicial de la capacidad de ejercicio, pues la urgencia de las decisiones en el ámbito de la salud no puede supeditarse a una sentencia judicial”.

en la norma que sanciona.<sup>17</sup> Si reconocemos que la ley adquiere como las personas vida propia y autónoma una vez que ha nacido, independiente del pensamiento de sus hacedores, ella resultará un instrumento de justicia duradero, apto en la satisfacción de las necesidades sociales sujetas a cambios continuos. La interpretación lógica suple la escasez que adolezca el lenguaje, apoyándose en el razonamiento que otorga coherencia a valores y principios sustentados por la norma. La importancia de los poderes preventivos en su función operativa del derecho de autoprotección amerita largamente el esfuerzo.

Asimismo la analogía (mencionada en tercer lugar como opción interpretativa en el artículo 2 del C. C. y C. a través de la expresión “las leyes análogas”), permite la integración de la laguna legislativa acudiendo al auxilio de preceptos que contemplen situaciones semejantes. La Corte Suprema en un antiguo pronunciamiento del 29 de agosto de 1958 (J.A. 1959-II-311) ha sostenido que: “Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país”. Más recientemente, la jurisprudencia – fallo de la Cámara Nacional A en lo

---

<sup>17</sup> Soler, ob. Cit. nota (15), Pág. 121. Aunque la jurisprudencia ha dicho que “...es regla en la interpretación de las leyes, dar pleno efecto a la intención del legislador...”, sin que esa finalidad sea descartada, se sostiene que en forma creciente la finalidad se encuentra “...en la propia ley que establece objetivos y valores.” “Código Civil y Comercial de la Nación”- Comentado- Ricardo Luis Lorenzetti- Director-T I, pág. 35- Runbinzal-Culzoni Editores. Bs. As., Santa Fe.

Comercial del 18-08-2000 – admitió que “...ante situaciones de vacío legal, silencio o insuficiencia de las leyes es menester acudir a los principios de las leyes análogas...” Arts. 15, 16 del derogado Código Civil.<sup>18</sup> Así, resulta posible aplicar principios de una norma vigente a situaciones no contempladas legislativamente en casos que guarden semejanza. Una situación análoga, puede encontrarse en el segundo párrafo del artículo 1333 del C. C. y C. que impone al mandatario la ejecución de los actos de conservación en resguardo de los intereses del mandante fallecido o incapacitado ante el supuesto de “peligro en la demora”. Otra semejanza puede advertirse en un requerimiento que debe atender el notario relativo a la autorización de escrituras de apoderamiento cuyo objeto es la percepción de haberes previsionales (Ley Nacional 17040, B.O. 18-06-1974). Es frecuente que tales solicitudes respondan a motivaciones de naturaleza preventiva. Es el otorgante que al advertir la inevitable disminución de sus aptitudes físico-mentales, resuelve encomendar esa gestión – cobro de haberes previsionales – en cabeza de apoderados de su confianza (cónyuge, parientes, profesionales y demás sujetos contemplados en la legislación). Un hipotético planteo relativo a la extinción de esos mandatos que se fundara en la pérdida de capacidad del poderdante (Art. 380 inciso h del C. C. y C.), rayaría en lo absurdo. En los hechos se lo privaría, cuanto menos en forma temporaria, de un derecho inviolable de rango constitucional: los beneficios de la seguridad social (Art. 14 bis, C.N.).

---

<sup>18</sup> Fallo citado en “Código Civil de la República Argentina” – Legis Argentina S.A. 2007, comentario al art. 15 del C.C.A, página 14.

No debe escapar al intérprete una fuente del derecho trascendente como son los tratados internacionales (Art. 1 C. C. y C) y la particular relevancia de los tratados sobre derechos humanos (Art. 2). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado “la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en casos análogos” (Fallos: 315:1492). Es el corolario al que se arriba por aplicación del principio jerárquico, otro elemento gravitante en la amplísima tarea interpretativa, proclamado sistemáticamente por la doctrina y mencionado en el artículo 1 del C.C. y C que ratifica la supremacía de la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos en la resolución de los casos.<sup>19</sup>

La referencia a “los principios y los valores jurídicos”, restante pauta interpretativa contemplada por el artículo 2 del C. C. y C., nos retrotrae al antecedente expuesto en el artículo 16 del Código Civil que establecía la resolución de cuestiones dudosas “...por los principios generales del derecho”. La jurisprudencia los ha caracterizado como “...aquellos principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación en una

---

<sup>19</sup> Soler, ob. Cit, en nota (15), Pag. 169, recuerda que “...para nosotros...” el orden de prelación de las leyes que “...está fijado, en efecto, por el art. 31 de la C.N...” y “...la importancia de los principios generales del derecho, y de la elaboración sistemática creadora de las partes generales de distintas ramas del derecho.”

circunstancia histórico-concreta determinada.”<sup>20</sup> En el sistema actual, los principios y valores jurídicos sustentan el ordenamiento ensamblándose de modo coherente a las reglas anteriores. Su operatividad se materializa a través de la aplicación de principios que orientan axiológicamente el sistema jurídico y lo preservan mediante la descalificación de decisiones manifiestamente contrarias a derecho. En este sentido, sostener la hipótesis de la vigencia de los poderes preventivos en alguna de sus variantes ya sea vía subsistencia del apoderamiento originario en caso de incapacitación del otorgante, o a través del otorgamiento condicionado a su vigencia a partir del momento en que se verifique la pérdida o disminución –transitoria o permanente- de las aptitudes de aquel, responde a tutela de principios constitucionales: la igualdad, la autonomía de voluntad, derechos y garantías consagrados individuales reconocidos expresamente en los artículos 14 a 20 de la C.N., los contemplados por tratados de derechos humanos y normativa sustancial, garante de la inviolabilidad de la persona humana y del “... derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” (Art. 51, C. C. y C.).

#### **IV. LA APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS AL CASO CONCRETO.**

##### **IV.1 Interpretación gramatical (o filológica).**

---

<sup>20</sup> Cámara Nacional A. Civ. Sala F, 24-03-80, “Rodríguez, Alberto R. y otra c/ Agrupación Médica Argentina S.A. y otra”-, sentencia glosada en “Código Civil de la República Argentina”- Legis Argentina S.A., pág. 15, año 2007.



No obstante la igualación establecida por el C.C. y C. en su artículo 2, en lo referente al orden para la utilización de los métodos interpretativos, modificatoria de las reglas generales receptadas por el procedimiento tradicional (el artículo 16 del Código Civil Argentino postulaba un orden prioritario encabezado por lo que indicara la letra de la norma), puede advertirse mencionado en primer término en el cuerpo normativo vigente (artículo 2 del C. C. y C.) al elemento gramatical. En ese aspecto, se verifica una continuación de las reglas generales impuestas por la metodología prevista en el C.C.A.<sup>21</sup> Bien entendido que el lenguaje empleado debe aportar claridad meridiana en un todo de acuerdo a su sentido normativo, no necesariamente similar a su significación usual.<sup>22</sup> Ya nos hemos referido a la exigua previsión terminológica del artículo 60 del C. C. y C que solamente se refiere a la potestad otorgada a “...la persona plenamente capaz...” para “...conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su

---

<sup>21</sup> Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino” – 11ma. Edición – I-Tipográfica Editora Argentina – Buenos Aires 1964, Pág. 274, parágrafo 263: “De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza con las palabras de la ley”, Lorenzetti, ob. Cit. en nota (17), Pág 34, punto III. 1). “Toda interpretación de la ley debe empezar por la ley misma...; por ello, cuando la ley es clara se debe respetar su texto...”; similar criterio fue sostenido por la Suprema Corte de Justicia de B.A. 24-04-1962. L.L.106-893. C.S.N. 2/06/1939 L.L. 10-1014.

<sup>22</sup> Lorenzetti, ob. Cit. Pag y punto citados anteriormente, puntualiza: “no se trata aquí del lenguaje común ni del significado que se puede conseguir en los diccionarios, sino del significado normativo de los vocablos”. Por su parte, Soler, ob. Cit. nota (15), Pág 168, refiere: “Cuando la ley ha dicho algo, debe entenderse que ha querido algo y que por regla general, ha querido precisamente lo que dice”. Diverso es el criterio que rige en materia de interpretación de los contratos, que prioriza en “... las palabras empleadas...”, el significado que “...les da el uso general...” (art. 1063 C. C. y C.).

propia incapacidad”. Comencemos pues por las palabras “conferir mandato”. El verbo conferir, en nuestro contexto normativo sustancial, está vinculado a las prestaciones propias del mandante en la estructura del contrato de mandato (Capítulo 8, Título IV, Libro 3º). Así se desprende del contenido de los artículos 1319 (segundo párrafo del título definición), 1320 (representación), 1323 (capacidad), 1326 (mandato a varias personas), donde se cita la palabra “conferir”, que guarda identidad con el verbo otorgar, mencionado en el artículo 1321 (mandato sin representación). Digamos al pasar, que en este caso “conferir” y “otorgar” no difieren del significado que les atribuye el Diccionario de la Lengua Española (XXI- Edición). La “previsión” es una cualidad inherente a la buena fe, presupuesto ineludible en la formación contractual (artículo 961 C. C. y C.) y aplicación concreta del principio que rige el ejercicio de los derechos individuales (Art. 9). El valor buena fe, está enraizado al obrar lícito, requerido en la formación de todo acto jurídico (art. 259 C.C. y C). La conducta previsora se encuentra estrechamente vinculada al concepto “obrar cuidadoso.” No resulta casual que el legislador haya insertado las expresiones: “...contratante cuidadoso y previsor” en el artículo 961 del Código actual y “...obrando con cuidado y previsión” en el 1198 del Código Civil Argentino una a continuación de otra. Se trata de conductas concatenadas, propias – no exclusivas – del tramo anterior al perfeccionamiento del contrato y que responden a criterios de ejecución diligente – el obrar cuidadoso- y a la adopción de medidas

convenientes con el propósito de evitar o paliar los efectos de las contingencias desfavorables que tarde o temprano, afectarán al sujeto como la incapacidad temporal o permanente – previsión.<sup>23</sup> El artículo 60, comienza refiriéndose a la “persona plenamente capaz”, debiendo entenderse por tal a todo sujeto dotado de discernimiento, esto es aquel que en el momento de la realización del acto, reúna la aptitud necesaria para entender su trascendencia y consecuencias.<sup>24</sup> A “contrario sensu”, la expresión “incapacidad” abarca el espectro de situaciones que padece todo sujeto que afronta en diversos grados la carencia de aptitudes relativas a la comprensión, contenido, alcance y consecuencias de sus actos que limitan capacidad de obrar. Esas circunstancias pueden ser reconocidas mediante decisiones judiciales de acuerdo a las opciones que otorga al magistrado el artículo 32 del C. C. y C. (capacidad restringida e incapacidad, esta última con carácter excepcional), decisorio al que arribará una vez cumplimentadas las etapas regladas en la Sección 3º del Capítulo 2, Título I, Parte General del Libro 1º (Art. 33 y siguientes). El contenido literal del artículo 60 reconoce claramente la vigencia de los denominados poderes preventivos en sentido estricto

---

<sup>23</sup> Refiriéndose al obrar cuidadoso y previsor, requerido a las partes en la celebración del contrato, Jorge Mosset Iturraspe ha dicho: “el deber de diligencia o atención es básico para juzgar de la buena fe: la honestidad se complementa con el respeto a los cuidados necesarios...; la torpeza, el obrar “como quieras” no se compadece con la lealtad y probidad...” “Contratos”- Edición Actualizada- Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As. –Santa Fe (pág. 307).

<sup>24</sup> Rajmil, Alicia B. y Llorens Luis R, ob. Cit., en nota (4) “¿Existen personas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?”, pág. 2, punto II.

o ad cautelam, una de las modalidades previstas en el artículo 1732 del Código Civil Español.<sup>25</sup>

#### **IV. 2. Finalidades**

Las finalidades de la ley, consideradas en la especie bajo la luz de los criterios resumidos en el punto anterior, avalan suficientemente la afirmación de que el otorgamiento de mandato por parte de un sujeto en previsión de su propia incapacidad (artículo 60), resulta una excepción a los supuestos en los artículos 1329 inciso e) – extinción de mandato – y 380 inciso h – extinción de poder. En suma, si del contenido del poder (entendido en este caso al sustantivo como el documento portante de la voluntad del sujeto- la procuración o procura-) surge que el otorgante ha incluido la posibilidad de su vigencia con posterioridad a su estado de incapacidad o para su ejecución en el momento en que se verifique esa situación, la representación conferida en tales condiciones tiene plena vigencia. Entre las fuentes materiales de esa regla, cabe recordar el despacho de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mar del Plata en 1995.<sup>26</sup> La subsistencia se mantendrá hasta el momento del dictado de la sentencia restrictiva o relativa a la declaración de incapacidad del otorgante (Art. 32 C.C. y C.), debiendo tenerse en

---

<sup>25</sup> Roldán Sánchez, Alida Viviana, ob. Cit., en nota (5), págs. 110/111.

<sup>26</sup> En esa reunión jurídica, se resolvió: “Debe permitirse el ejercicio de la representación aún después de la incapacidad del mandante, cuando el mandato ha sido dado en previsión de la propia incapacidad.” La importancia de las fuentes materiales del derecho (doctrina, jurisprudencia), reside en su contribución al esclarecimiento de las instituciones jurídicas.

cuenta la necesidad de su registración a los fines de la eventual anulación de los actos posteriores a su dictado en un todo de acuerdo a lo normado por los artículos 44 y 45 del C.C. y C. La causal resumida resulta una excepción a las restantes causales de extinción de los poderes, mencionadas por el artículo 380, susceptibles de aplicación en cada caso.

#### **IV. 3. Analogía.**

La analogía, también mencionada anteriormente, nos permite integrar la laguna legislativa verificada en el texto del artículo 60. De la lectura del artículo 139 del C. C. y C, se infiere que el contenido de las directivas anticipadas reconocidas por el ordenamiento jurídico actual tiene una mayor amplitud que la indicada en el título y texto del artículo 60 (constreñidas a cuestiones de salud). Adviértase que el artículo 139 permite que la persona “...mediante directiva anticipada...” designe curador. Igual potestad otorga a los padres a los fines del nombramiento de apoyos de sus “...hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores”. Los respectivos textos comienzan con una expresión común: “la persona plenamente capaz...” (Artículo 60) y “la persona capaz...” (Artículo 139). Ambos preceptos responden a finalidades preventivas – pérdida de aptitudes – pero guardan diferencias entre sí: el artículo 139 impone la aprobación judicial de las designaciones de curadores o

apoyos – párrafo tercero.<sup>27</sup> La aplicación de lo preceptuado por el artículo 60 es independiente de toda decisión judicial, atiende a requerimientos propios de situaciones cuya resolución no admite demoras (cobros de haberes, gestiones administrativas, actos conservatorios, etc.). La situación planteada en el precepto anterior, es comparable a la del apoderado, puntilloso en el cumplimiento de sus obligaciones, que cuenta con facultades suficientes emergentes del acto de apoderamiento previo, cuyo representado ha desaparecido sin tenerse noticias de su paradero (Art. 79 C. C y C.). En este caso, corresponderá a ese apoderado abocarse al cuidado de los bienes del ausente mientras tramita el procedimiento reglado en el Capítulo 6, Título I del Libro 1º del C. C. y C.). La comparación referida corresponde a una de las conclusiones de la reunión organizada por el IDeI (“desayuno de trabajo”), realizada el en la sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe -2da. Circunscripción, el 06 de mayo de 2016.<sup>28</sup>

#### **IV. 4. Los Tratados sobre Derechos Humanos.**

---

<sup>27</sup> El artículo 139 en lo pertinente reza: “Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente”.

<sup>28</sup> Punto 7 de las “Conclusiones”, correspondiente al acápite A- Poderes Preventivos- que en lo pertinente dice: “ Cabe comparar la situación planteada con la que regula el C.C.C.N en relación al ausente, en la que no procede la declaración judicial de ausencia ni el nombramiento de curador a los bienes del ausente si ha dejado apoderado, salvo...” (a continuación el despacho indica los supuestos de atribuciones –poderes- insuficientes o mal desempeño del cargo, circunstancias que determinan la designación de curador- art. 79-).

El esfuerzo emprendido hacia una interpretación legitimadora de los poderes preventivos conforme las alternativas previstas por el artículo 2 del C. C. y C., encuentra otra herramienta normativa, también incluida entre las fuentes en el artículo 1: los tratados sobre derechos humanos. La indisoluble vinculación de los poderes preventivos con los actos de autoprotección, otorga a cada sujeto una herramienta que le permite la aplicación concreta de principios normativos internacionales, reconocidos por nuestro derecho positivo: los derechos humanos, entendido el concepto en su mayor amplitud. Los derechos fundamentales como el de la igualdad ante la ley, trascendieron su origen estrictamente formal reconocido por las constituciones decimonónicas (de mezquino alcance económico-liberal), extendiendo su protección a los derechos del trabajo, la seguridad social y la igualdad de oportunidades. Quedan contempladas en el concepto “igualdad de oportunidades”, las personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad que sus semejantes a causa de disminuciones en sus aptitudes físico-psíquicas de carácter transitorio o permanente. Es lo previsto expresamente por el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Noventa Conferencia Internacional Americana- Bogotá 1948) que establece para toda persona el derecho a la seguridad social “... que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, vejez e incapacidad...”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica del 22-11-1969, ratificado por Ley

23054/84), regla en el artículo 1 el compromiso de los estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos por la propia convención y “...garantizar su libre ejercicio sin discriminación alguna...por motivos de raza, color, sexo...o de cualquier otra índole”. Entre ese conjunto normativo cabe recordar a la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23849/1990), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala 08-06-1999, aprobada por ley 25280), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas 13-02-2006, aprobada por Ley 26378), preceptos de relevancia que sustentan la vigencia de nuestros poderes preventivos en tanto posibilitan la realización efectiva de sus principios inspiradores. Finalmente, corresponde recordar que entre las atribuciones del Congreso de la Nación, se incluye la legislación y promoción de medidas “... de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades..., en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”<sup>29</sup>

#### **IV. 5. Principios y valores jurídicos.**

En la estructura del actual artículo 2º del C. C. y C., se verifica un acto de jerarquización de los principios y valores como normas de integración y control axiológico, equiparándolos a los restantes métodos de interpretación. Adviértase que en el anterior ordenamiento jurídico

---

<sup>29</sup> Artículo 75- Atribuciones del Congreso-, inciso 23 C.N.



(artículo 16 del Código Civil Argentino) se recurría a los principios generales del derecho solamente en el caso que “una cuestión civil” no pudiera resolverse acudiendo a los restantes procedimientos indicados en el orden de prelación que fijaba la propia norma: las palabras, el espíritu de la ley, los principios de leyes análogas.<sup>30</sup> Actualmente el intérprete debe prestar similar atención a los principios y valores jurídicos en forma armónica con el ordenamiento. Los actos de autoprotección, reconocidos insuficientemente en la letra del artículo 60 como directivas médicas anticipadas, constituyen la respuesta del legislador a reclamos sociales sustentados en valores como el derecho a la autodeterminación (artículo 19 de la Constitución Nacional), el respeto por la dignidad de las personas (artículo 51 C. C. y C), el reconocimiento por parte de cada sujeto a la toma de decisiones personales que no afecten los derechos de terceros ni el orden público.<sup>31</sup> Esa potestad inalienable atribuida a cada ser humano para adoptar decisiones concernientes a su propia existencia ante una eventual pero posible (en ocasiones fatal) disminución o pérdida de su discernimiento, constituye el soporte axiológico que legitima el

---

<sup>30</sup> Así, Salvat (ob. Cit. Nota (21), Pág. 277, punto 271), sostenía: “En defecto de las leyes análogas, se recurre a los principios generales del derecho...”. En el ordenamiento actual, los principios cumplen “...además una función de integración y control axiológico”; Lorenzetti “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ob. Cit. nota (17), pag. 37, punto III. 5).

<sup>31</sup> Al decir de Tullio Ascarelli, (“Problemi giuridici”, T I: “Norma giurídica e realtà sociale”), es un proceso de tipificación de la realidad social, seleccionándose determinada cantidad de hechos dentro de la infinita variedad que cada situación presenta (citado por Soler, en ob. Cit., nota 15, pág. 155).

otorgamiento de directivas anticipadas – actos de autoprotección – y la suscripción de sus instrumentos operativos: los poderes preventivos. El contenido de cada directiva anticipada no se limita a las cuestiones tan trascendentes como la salud, abarca aspectos relacionados al plan de vida de cada persona.<sup>32</sup> Los valores que legitiman la celebración de directivas anticipadas y el otorgamiento de poderes preventivos, fundamentan asimismo una interpretación extensiva del artículo 60 que en modo alguno puede circunscribirse a previsiones relativas a la salud. El criterio interpretativo propuesto satisface el “principio de unidad sistemática”, garante de la aplicación coherente del precepto – en nuestro el artículo 60 – armonizándolo con el resto del ordenamiento jurídico a través del proceso de sistematización resultante de su codificación. No resulta ocioso recordar que las modernas codificaciones posibilitaron la culminación de la tarea esclarecedora valiéndose de los procesos de sistematización que actuando en consuno con los referidos anteriormente, neutralizan los efectos de la situación inorgánica y dispersa que caracteriza la presentación de los sistemas jurídicos.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia B. “Derecho de Autoprotección”, Editorial Astrea, 2010, pág. 6 y siguientes.

<sup>33</sup> Parecen superadas las controversias originadas a partir de la sanción del Código Civil Francés de 1804 (conocido como Código Napoleónico), relativa a las conveniencias o desventajas de la codificación. La adecuada interpretación de los principios allí contenidos permite superar todo riesgo de estancamiento en el Derecho. Conf. Soler ob. Cit. nota (15), pág. 88 y sig.

## **V. CARACTERÍSTICAS y ALCANCE DE LOS PODERES PREVENTIVOS.**

Entendemos que del contenido de la recapitulación insinuada en los puntos anteriores sobre los métodos interpretativos, surgen argumentos que fundan debidamente la vigencia de los poderes preventivos en nuestro derecho positivo.

Un mayor conocimiento del instituto cuyo propósito es su aplicación en la realidad cotidiana que viven los sujetos, urgidos de manera permanente por necesidades que requieren ser satisfechas con la mayor eficacia posible, puede ser alcanzado indagando sobre sus características partiendo de los principios generales.

1) El mandato que confiere un sujeto “...respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad...” (Art. 60 C.C. y C.) , se concreta por medio de un acto de apoderamiento.

2) Ese mandato, en tanto contrato o negocio jurídico auxiliar o accesorio, responde a la finalidad de dotar de mayor eficacia a las diligencias inherentes a la ejecución de las directivas anticipadas (actos de autoprotección) dispuestas por el otorgante; estas últimas constituyen el elemento causal del acto de apoderamiento, usualmente inserto en el documento representativo (artículos 281 y 282 C.C. y C.).

3) Las particularidades que reviste el mandato previsto en el artículo 60, no desnaturalizan su carácter contractual. Por tanto,

resultan de aplicación a la especie preceptos contenidos en el título –II- (Contratos en General) y los que refiere el Capítulo 8 (artículo 1319 y siguientes) del Título –IV- (Contratos en Particular), ambos del Libro III del C. C. y C, en la medida que tales preceptos se adecuen a las peculiaridades que caracterizan a ese mandato.

4) El mandato regulado por el artículo 60, en cuanto especie del género contractual, se caracteriza por su bilateralidad. El vínculo obligacional que genera entre las partes es recíproco (Arts. 966- segunda parte-, 1319, 1324, 1328 del C. C. y C).

5) La posibilidad de su aceptación tácita por parte del mandatario a través de la ejecución de los actos encomendados (artículo 1319 párrafo final del C.C. y C), es una opción que optimiza la diligencia relativa a la conclusión del contrato (artículo 978 del C. C. y C.); esa cualidad permite atender con prontitud necesidades impuestas por la dinámica propia de los actos cuya celebración le encomienda el mandante.

6) El estado de vulnerabilidad que padece el representado al momento de la ejecución de las gestiones a su cargo, justifica una atenta mirada al contenido de las facultades que pueden ser insertas en esta clase de mandatos. Una vez sobrevenida la pérdida de discernimiento por parte del otorgante, puede considerarse al mandatario en situación similar a la de un curador. Consecuentemente, éste no se encuentra legitimado para celebrar actos de disposición

patrimonial (Art. 121, por remisión del artículo 138). Análogo principio rige para el curador del ausente o a su apoderado con poderes suficientes (Arts. 83 segundo párrafo y 79 del C. C. y C.). De allí que las atribuciones susceptibles de otorgamiento, se circunscriben a los actos de administración ordinaria en un todo de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 375 del C. C. y C: "...poder conferido en términos generales". Los actos de administración revisten, en sí mismos, considerable amplitud de potestades: comprenden, entre otras, la percepción de frutos, rentas o bienes de acuerdo a la composición del patrimonio del titular, incluyendo todo lo atinente a su conservación. Resultará de buena práctica que las facultades que se otorguen al mandatario incluyan lo inherente a gestiones y actuaciones ante la administración pública (presentaciones, recursos, tramitación y obtención de certificaciones y determinados beneficios, etc.) y los estrados judiciales (pleitos, incluyendo cuestiones relativas a la jurisdicción voluntaria). Se trata de atribuciones que permiten atender con eficacia los intereses del mandante en situación de mayor vulnerabilidad. En cuanto a los contenidos personales, la función ejecutoria de los actos de autoprotección que se le asigna a este instituto, fundamenta la inclusión de asuntos relativos a la calidad de vida del otorgante (lugar de residencia, designación de guardadores de hecho o personas acompañantes, tipo de alimentación, vestimenta; en fin, lo inherente a cuestiones cotidianas, propias del desenvolvimiento de cada sujeto). Todo mandato que comprenda facultades referidas a

la disposición de derechos personalísimos, estará sujeta a las limitaciones impuestas por los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (Art. 75, inciso 22 de la C.N. y la normativa desplegada en el C.C. y C. en Capítulo 3 del Título I-Parte General). En esta materia –derechos personalísimos-, el otorgamiento de atribuciones en cabeza del mandatario se ajustará con estrictez a las pautas impuestas por la legislación: la exigencia de que ese consentimiento sea expreso, la puntualización en el texto del instrumento de los derechos que se disponen (aplicación del principio de interpretación restrictiva) y la absoluta libertad en cuanto a su revocación (artículo 55). La inalienabilidad, perpetuidad e indisponibilidad –regla general- de tales derechos, constituyen las resultantes del soporte axiológico de la normativa citada: la inviolabilidad de la persona humana y el respecto de su dignidad (Art. 51). Recuérdese que las cuestiones relativas a la salud se incluyen entre las personalísimas.<sup>34</sup>

7) Conforme lo reglado por el artículo 1322 del actual C.C. y C, el mandato que se otorgue en los términos del artículo 60 se presume oneroso. Aquí se advierte en el mandatario -representante- otra situación análoga a la del tutor o el curador (artículos 128 y 138). El Código vigente prioriza el derecho a la retribución que asiste a toda persona que obra en interés de otra. Como se expresa la nota correspondiente al artículo 1871 del derogado C.C.A. “...el mandato no es gratuito por su esencia...”.

---

<sup>34</sup> Llorens-Rajmil “Representaciones Poderes y Mandatos”, ob. Cit., nota (8) Pág. 24.

8) La circunstancia que motiva a un sujeto el otorgamiento de esta clase mandatos - “...en previsión de su propia incapacidad”-, impone la necesaria inclusión de atribuciones representativas en el acto de apoderamiento (artículos: 1320, 362 y siguientes del C. C. y C).

9) La trascendencia de los actos a celebrar por parte del representante (resumidos en el punto 6), fundamentan la instrumentación del apoderamiento por escritura pública. La amplitud del contenido atribuido a los actos de administración ordinaria (cobros, pagos, cumplimiento de obligaciones), la realización de actos conservatorios, las diligencias administrativas y judiciales y hasta ciertas actuaciones cotidianas, ameritan suficientemente la acreditación de la investidura otorgada al mandatario mediante el referido instrumento público dotado de probanza indubitable (artículos 293, 296, 317 C. C. y C. El escribano además de cumplimentar los requisitos inherentes a su función de carácter público (específicamente los previstos en la legislación sustancial y leyes orgánicas notariales), tendrá a su cargo - dentro del cúmulo de sus incumbencias profesionales - la evaluación del grado de discernimiento del otorgante, presupuesto que hace a la validez del acto (Art. 60). Tampoco debe subestimarse la obligatoriedad impuesta al representante de la presentación de la copia o testimonio de la escritura (Art. 308 C. C y C.) a los terceros con los cuales celebre vínculos obligacionales y su entrega a éstos de una reproducción suscripta por él (Art. 374). Un reciente pronunciamiento jurisprudencial (Cámara Nacional Civil Sala H -33630/2015, mayo de 2016), ha

resuelto que el acto de otorgamiento de poderes para la representación en juicio, debe ser instrumentado en escritura pública. El referido decisorio se funda en lo normado en el artículo 1017, inciso d) del C.C. y C. que incluye entre los contratos sujetos a las formas escriturarias a los “... que, por acuerdo de partes o disposición de la ley deben ser otorgados en escritura pública” y lo previsto por el Código Civil y Procesal de la Nación. Indica el fallo que en este caso el legislador al mencionar “disposición de la ley” dejó sujeta a las “autonomías provinciales” la potestad de legislar sobre la forma a que debe ajustarse el otorgamiento de poderes judiciales. Ese decisorio encuentra su apoyo en lo normado por el artículo 363 del C. C.C. que dispone: “El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar”. Finalmente, la sentencia recuerda que “no existe libertad absoluta de formas en la medida que distintas normas procesales o de fondo regulen la cuestión”. Un aspecto de particular importancia para los terceros que establecen relaciones jurídicas con el representante, es la posibilidad de conocer en forma fehaciente toda modificación o cesación del mandato representativo (Art. 381 C.C. y C.). La comunicación que el escribano autorizante de actos de revocatoria o el magistrado de las resoluciones relativas a los nombramientos de apoyos con representación o curadores, efectúen al fedatario autorizante de la escritura de apoderamiento o en su caso a los archivos de protocolos, otorgará un plus de seguridad al tráfico jurídico y optimizará la tutela que el derecho dispensa a personas en



situación de mayor vulnerabilidad. Los anoticiados anotarán en las escrituras matrices de apoderamiento las cesaciones comunicadas, agregando copia del documento respectivo.

10) A falta de prohibición expresa, el mandato previsto en el artículo 60 puede ser objeto de sustitución. (Arts. 1327 y 377). La indisoluble ligazón de este instituto a las directivas anticipadas -actos de autoprotección-, torna aconsejable la indicación expresa de la persona del sustituto.

11) La posibilidad que detenta el mandante en la designación de varios representantes (artículo 378), incluye las variantes de actuación conjunta, fraccionada (gestión dividida, opción contemplada particularmente en la ejecución de actos de autoprotección), sustituta o subordinada. Todas esas posibilidades mantienen estrecha vinculación en la tarea cotidiana del notario. La presunción legal es la actuación indistinta de los mandatarios. (Art. citado).

12) En cuanto a la obligación puesta en cabeza del mandatario relativa a la rendición de cuentas relativas a su gestión (Arts. 1324, inciso f y 372, inciso d), la situación particular del mandante – incapacidad – permite sostener – en principio – que esa diligencia se concretará al tiempo de la conclusión de la relación contractual. Una oportunidad para su realización puede encontrarse en el momento que debe practicarse el inventario y avalúo de los bienes

del mandante, una vez realizado el discernimiento de la tutela (artículo 115). Ello no excluye en modo alguno el derecho a la persona en situación de “capacidad restringida” e incluso aquella “declarada incapaz” (artículo 32), de requerir por sí las rendiciones o, cuanto menos, el de expresar su opinión que deberá ser tenida en cuenta. Los actuales principios rectores del régimen jurídico de capacidad (Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, leyes nacionales 26061 y 26378, todos antecedentes de rango constitucional (ley 27044) y los preceptos vigentes en el C. C. y C. (particularmente la regla del Art. 38 que obliga al juzgador a minimizar en lo posible la afectación de la autonomía personal del sujeto), fundamentan suficientemente esta postura. Hoy los representantes de las personas en situación de mayor vulnerabilidad no sustituyen la voluntad de sus tutelados sino que completan ese vacío, asistiéndolas o actuando en sus nombres - representación en casos extremos (Art. 32). A través de los actos de autoprotección y de los mandatos que se otorguen en consecuencia (Art. 60), estos apoderados son los intérpretes de las voluntades de aquellos sujetos impedidos de exteriorizarlas por sí.

13) Entre las particularidades que distinguen al mandato que nos ocupa, debe excluirse entre las causales de extinción la que hace a la esencia de su otorgamiento: la incapacidad del mandante (Art. 1329, inciso d C. C. y C.). El carácter representativo de estos mandatos, puntualizado en el punto 8, determina la aplicabilidad de

las causales indicadas en el artículo 380, descartándose la mencionada en el inciso h: “...pérdida de la capacidad exigida en el representante...”. La excepción comprende tanto a los poderes preventivos propiamente dichos -los indicados en el artículo 60- como aquellos otorgados con la indicación expresa de su continuación una vez sobrevinida la incapacidad del mandante.

14) Un supuesto inherente a la conclusión del mandato en consideración es el dictado de la sentencia restrictiva de las limitaciones al ejercicio de la capacidad de la persona si ésta dispone la designación de curador (Art. 38). En este caso, las funciones del mandatario concluirán al tiempo del discernimiento de la curatela (artículo 115 por remisión del 138). Asimismo, el nombramiento “de uno o más apoyos” a la persona con capacidad restringida (artículo 32 segundo párrafo) puede incluir el otorgamiento de facultades representativas para determinados actos (artículo 101, inciso c), quedando finiquitado el mandato preventivo. Por cierto que la designación del apoyo puede recaer en la persona del mismo apoderado, teniendo en cuenta la pauta del artículo 43 último párrafo: se trata de una persona de confianza del interesado. No resulta ocioso recordar aquí que la función primordial de los apoyos a las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas, es de asistencia o protección preservando en la medida de lo posible su autonomía y capacidad de actuación (Art. 32, tercer párrafo). Las facultades representativas en el sistema de apoyo (Art. 101 inc. c ya citado) tienen carácter excepcional.

15) La interdependencia entre esta especie de mandatos y los actos de autoprotección (directivas anticipadas), acentúa la posibilidad de su revocación a simple voluntad del mandante (ver Art. 60). Consideramos que este instituto no encuadra entre los supuestos de irrevocabilidad.

## **VI. LAS ESCRITURAS DE APODERAMIENTO Y LOS PODERES PREVENTIVOS. PARTICULARIDADES.**

Adhiriéndonos a la recomendación inserta en las conclusiones del encuentro jurídico-notarial, organizado como “Desayuno de Trabajo” por el Instituto de Derecho e Integración (IDeI), realizado el 06 de mayo del corriente año en Rosario, postulamos que en los textos escriturarios relativos a poderes de representación, se incluya una cláusula que prevea su subsistencia aún en caso de pérdida de discernimiento del otorgante y hasta que la incapacidad sea declarada judicialmente. Resultará de utilidad, particularmente en el eventual proceso de restricción a la capacidad, que el poderdante instituya a los mismos apoderados que indique en la escritura como las personas de su confianza para ser designadas a los fines de prestarle apoyo. (Artículos 43 y 32 ya citados).

A tenor del presupuesto contenido en el artículo 60 (“...persona plenamente capaz...”), el notario y como tarea de apoyo a su función calificadora (Art. 301, segundo párrafo C. C. y C.), podrá, si lo considera conveniente, complementar su juicio relativo a la

capacidad del otorgante, realizando la consulta ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas sobre la inexistencia de inscripciones de sentencias restrictivas (Art. 39). La realización de trámite, estará supeditado al estado operativo de cada demarcación notarial. Conviene recordar en este punto, el principio de la presunción de la capacidad de la persona humana de derecho y de ejercicio (Título I, Capítulo 2, Sección 1º, C. C. y C. y plexo normativo constitucional), que dispensa la obligatoriedad de la exhibición de certificados o partidas de nacimiento por parte de los registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas a los fines de la realización de actos y contratos (punto 2 de las conclusiones de la Comisión I de la XXXII Jornada Notarial Argentina).

Es conveniente que el contenido del documento autorizado prevea lo relativo a la retribución que corresponderá a los apoderados por el ejercicio de las funciones a su cargo o que se aclare en el caso de que éstas se realicen a título gratuito (Art. 1322 C. C. y C.). Las situaciones mencionadas, ameritan la comparecencia de los mandatarios en el acto notarial, aceptando los encargos.

En relación al precepto que rige para la expedición de segundos o ulteriores testimonios de las escrituras (artículo 308 C.C.), las particulares características de estos apoderamientos, imponen la redacción de la una cláusula que faculte expresamente a los apoderados para que efectúen esas diligencias, prescindiendo de la

intervención del otorgante, sin perjuicio de la conveniencia de que esa autorización incluya el retiro de la primera copia. Toda escritura que contenga la revocación de estos mandatos, será comunicada al notario autorizante de la instrumentación de su otorgamiento o, en su caso, al Archivo de Protocolos a los fines de su toma de razón mediante nota marginal (ver ítem 9 del punto 4).

## VII. CONCLUSIONES:

**VII. 1.** El examen del artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación a la luz de los métodos interpretativos previstos en el artículo 2º, permite sostener que nuestra legislación sustancial ha reconocido a las personas la posibilidad del otorgamiento de mandatos en previsión de su incapacidad. Se trata de una excepción a lo reglado por el artículo 380 inciso h) que contempla como causal de extinción del poder, la pérdida de capacidad del representado.<sup>35</sup>

**VII.2.** El texto del artículo 60 alude con meridiana claridad, al “...mandato...en previsión de su propia incapacidad.” Teniendo en cuenta la terminología empleada por la propia ley, se advierte la admisión expresa de la variante conocida como “poder preventivo en

---

<sup>35</sup> Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia Beatriz “Régimen de Capacidad de las personas humanas y de los Derechos Personalísimos en el Código Civil y Comercial (ley 26994), en Revista del Instituto de Derecho e Integración –IDeI- número 11, año 7, pag. 175.

sentido estricto”, que tendrá vigencia en el momento de la disminución o pérdida, temporal o permanente del discernimiento del otorgante (interpretación gramatical).

**VII.3.** La aplicación de los restantes métodos interpretativos previstos en el artículo 2 a la especie en estudio, permite afirmar que la normativa sustancial contempla tanto la posibilidad de mandato con poder preventivo o ad cautelam como aquellos poderes que contengan la posibilidad de su subsistencia una vez acaecida la situación de incapacidad del otorgante.

**VII.4.** El mandato reglado por el artículo 60 del C.C. y C., integra la especie de estos contratos de carácter auxiliar que tienen por finalidad la celebración de otros contratos o negocios jurídicos mediante la actuación de una parte (mandatario) en interés de otra (mandante). En este caso, se otorga con el propósito de optimizar la ejecución de las directivas anticipadas (actos de autoprotección) y de tutelar con la eficacia e inmediatez requeridas por las circunstancias los intereses del otorgante ante la pérdida de su discernimiento.

**VII. 5.** El apoderamiento es el acto mediante el cual la persona viabiliza el mandato que resuelva otorgar en previsión de su propia incapacidad.

**VII.6.** La terminología empleada en el actual C. C. y C., ha limitado en alcance significativo de la palabra “poder”. Se descarta toda

alusión instrumental aludida en los artículos 1184, inciso 7, 1869 y 1877 del C.C. A., manteniendo su similitud con las expresiones: facultades, atribuciones, potestades. Es lo que se infiere del texto de los artículos 366, 367 y 1321 de nuestra normativa sustancial vigente.

**VII.7.** Las facultades insertas en esta especie de mandatos, comprenden esencialmente actos relativos a la administración de bienes, aquellos de carácter conservatorio y cuestiones que respondan a la atención de las necesidades cotidianas del otorgante. Quedan excluidos los actos de disposición y rige, con carácter inderogable, el principio de interpretación restrictiva en cuanto al ejercicio de los derechos personalísimos (Art. 55 C. C. y C.).

**VII.8.** La amplitud de los actos susceptibles de ser incluidos en los mandatos previstos en el artículo 60 del C.C. y C., su relevancia, la necesidad por parte del representante relativa a la acreditación fehaciente de su investidura ante los terceros con los cuales establezca relaciones jurídicas, ameritan su otorgamiento mediante intervención notarial –escritura pública-. En suma, corresponde incluir a estos actos jurídicos entre aquellos cuya celebración debe ajustarse a la forma antes indicada- escritura pública-, apartándose del principio de libertad que con carácter general rige para la especie en el C.C. y C. (Arts. 284 y 1015).

**VII.9.** Atento la finalidad que determina el otorgamiento de esta especie de mandatos, se excluyen entre las causales de extinción toda



situación que genere disminuciones –en diverso grado- o pérdida de la capacidad del mandante. El dictado de sentencia restrictiva o de declaración de incapacidad (Art. 32 C.C. y C.), se erige entre los supuestos conclusivos si la resolución judicial incluye la designación de apoyos con atribuciones representativas – supuesto de capacidad restringida- o curador. En este último caso, las funciones del apoderado cesarán en el momento en que el curador sea discernido judicialmente en su cargo (artículos 138 y 112 C.C. y C). Una causal conclusiva que se acentúa en este instituto, es la voluntad del mandante (Art. 60). Queda descartada, en principio, la posibilidad de su otorgamiento con carácter irrevocable.

**VII.10.** No obstante el expreso reconocimiento legislativo a los mandatos preventivos en nuestro derecho sustancial vigente (art. 60 C. C. y C.), se impone una modificación a la normativa tendiente a otorgar mayor claridad al instituto. La fuente más cercana se encuentra en el actual artículo 1732 español en su número 2, que prevé como excepción a las causales extintivas del mandato mencionadas en ese precepto (revocación, renuncia o incapacitación del mandatario; la muerte, prodigalidad, concurso o insolvencia de de mandante o mandatario e incapacitación), el caso de que el propio mandante hubiera dispuesto su continuación sobrevinida su incapacidad (poder que continúa subsistente) o lo hubiese otorgado para que tenga vigencia una vez acaecida esa situación (poder preventivo en sentido estricto). La normativa ibérica autoriza al propio mandante para que establezca las

pautas a los fines de la verificación de su estado de vulnerabilidad: “... o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste”. El párrafo reproducido facilita la aplicación concreta del instituto, adecuándola a las particulares circunstancias que hacen a la vida de cada sujeto. Finalmente, establece la conclusión del mandato “... por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”. La mayor claridad que se refleje en los textos normativos, garantiza su eficaz funcionamiento y preserva el valor seguridad jurídica.

### **ABREVIATURAS:**

C.C.A., Código Civil Argentino; C.C.C. o C.C.C.N., Código Civil y Comercial de la Nación; C. N. Constitución Nacional; J.A. Jurisprudencia Argentina; L. L. La Ley.

### **BIBLIOGRAFÍA**

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel “El Apoderamiento o Mandato Preventivo como medida en la protección de personas mayores”. Madrid, Portal Mayores, Informes Portal Mayores número 78, publicado el 17-01-2008. <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento->

BRANDI TAIANA, Maritel Mariela “El Poder al servicio del Derecho de Autoprotección”, julio septiembre de 2015.

CIFUENTES, Santos “Régimen General de la Capacidad y el denominado Living Will”, L.L. 2006-A-1183

“CÓDIGO CIVIL de la República Argentina” – Abril 2007- abril 2008. Legis SA 2007.

CRUSELLAS, Eduardo Gabriel –Coordinador “Código Civil y Comercial- Comentado, Anotado y Concordado- Editorial Astrea y FEN- Editora Notarial. Bs. As. 2015, tomos 1 y 2.

ETCHEGARAY, Natalio P. “Representación Voluntaria” LXXI Seminario Teórico-Práctico Laureano Arturo Moreira- Bs. As. 9 y 10 junio de 2016.

FARINA, Juan M. “Representación, Mandato y Poder” – Revista Zeus – Tomo 2 D -41/45, mayo – agosto 1974-

FUNDACIÓN AEQUITAS “Discapacidad Intelectual y Derecho” – IV Jornadas Fundación Anquitas- 2da. Edición febrero 2005- Madrid –España-

GEUNA, Regina y VERGAGNI, Josefina María “Menores decidiendo cuestiones mayores” - Trabajo preparado para la XXXII- Jornada Notarial Argentina, Bs. As, 24 al 26 de agosto 2016.

GHERSI, Carlos A. “El Código Civil y Comercial”- En cuadros sinópticos- Nova Tesis- Editorial Jurídica Bs. As. 2015.

LAMBER, Rubén A. “Representación, poder y mandato”- Revista Notarial n° 898, Pág. 638.

LORA- TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro “Comparencia de una persona con Discapacidad ante el notario” – Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla –México- , número 36, Nueva Época I, año IX, julio-diciembre 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis –Director- “Código Civil y Comercial de la Nación” – Comentado Tomos I y II- Rubinzal Culzoni –Editores- Bs. As.- Santa Fe.

LLORENS, Luis R. “El notario ante los deficientes mentales. Hacia una revitalización de la capacidad en el derecho civil.”

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B. “Regulación de la prórroga de los poderes en los casos de incapacidad del poderdante” – Trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana- Madrid 2012.

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B. “Representaciones, Poderes y Mandatos: casos de irrevocabilidad, de eficacia post-mortem y de eficacia post-incapacidad-.”

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B. “Derecho de autoprotección.”

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B. “¿Existen personas humanas incapaces en el derecho civil argentino?” publicado en DF y P 2016 (marzo) 07-03-2016, 145.

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B. “Régimen de Capacidad de las personas humanas y de los Derechos Personalísimos en el Código Civil y Comercial (ley 26994).”

MOSSET ÍTURRASPE, Jorge “Contratos” – Edición Actualizada- Rubinzal – Culzoni Editores. Bs. As. Santa Fe.

ORDELIN FONT, Jorge Luis y VEGA CARDONA, Raúl José “Los Poderes Preventivos. Breves apuntes para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico Cubano”.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. “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” Revista del Instituto de Derecho e Integración IDEI, número 11, año 7, 2015.

ROLDÁN SÁNCHEZ, Alida Viviana “Poderes Preventivos o de Autoprotección”. Revista del Instituto de Derecho e Integración – IDEI- número 5, año 3, 2011, Pág. 99 y sigs.

SALAS, Acdeel Ernesto “Código Civil y Leyes Complementarias- Anotados- 2da. Edición Tomo I- Ediciones Depalma B. As. 1979.

SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino” – 11ma. Edición –I- Tipográfica Editora Argentina – Buenos Aires 1964.

SOLER, Sebastián “La Interpretación de la Ley” Ediciones Ariel- Barcelona- España -1962-

SPOTA, Alberto G. “Instituciones de Derecho Civil- Contratos-Volumen VIII- Editorial Depalma , 1983, Bs. As.

TAIANA de BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad” –Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 1996.

WOLKOWICZ, Ana Marcela “Capacidad Jurídica. Su Concepción en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicación de la Secretaría de Extensión Universitaria-Facultad de Derecho- Universidad Nacional de Rosario- “FDER EDITA”- Ediciones-



## *LEGISLACIÓN*





**PROYECTO SOBRE MODIFICACIÓN DEL  
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

**AUTOPROTECCIÓN Y DIRECTIVAS  
ANTICIPADAS.<sup>1</sup>**

La Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVE: Autoprotección y directivas anticipadas.  
Modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación.

**Artículo 1.-** Modifíquese el artículo 33 del Código Civil y  
Comercial de la Nación (Ley 26.994) que quedará redactado de la  
siguiente manera:

---

<sup>1</sup> Proyecto de Ley Nacional Expediente Número 8494-D-2016. Trámite Parlamentario 179 de fecha 30 de noviembre de 2016.

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

a) el propio interesado;

b) La persona designada en una directiva anticipada en los términos del artículo 60 y 139 del presente Código.

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

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

e) el Ministerio Público.”

**Artículo 2.-** Modifíquese el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, 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) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por 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

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, pero la ha expresado anticipadamente en los términos del artículo 60, se respetarán dichas directivas, y el consentimiento será otorgado por quien hubiese sido designado en ellas. Si el paciente, no se ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado 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. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.”

**Artículo 3.-** Modifíquese el artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 60.- Toda persona, en previsión de una eventual pérdida de su discernimiento, tiene derecho a anticipar directivas y conferir mandato acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio.

Dichas disposiciones podrán versar, entre otras, sobre cuestiones atinentes a su salud, a su cuidado personal, a sus bienes y a la designación del propio curador o apoyo. Podrá asimismo, nombrar una o más personas para que, llegado el caso, la representen y lleven a cabo los actos necesarios para cumplir con la voluntad expresada. El mandato así otorgado subsistirá mientras no sea revocado o anulado judicialmente.

Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó.

El acto deberá ser otorgado por escritura pública o ante los juzgados de primera instancia ante la presencia de dos (2) testigos.

Las disposiciones anticipadas podrán ser libremente modificadas y revocadas, cualquiera sea la forma, sin restricciones por quien las manifestó.

Los actos de autoprotección, sus modificaciones y revocaciones deberán inscribirse en los registros que a tal fin llevarán los colegios notariales de cada jurisdicción, quienes deberán facilitar el acceso a la información de modo eficaz.

Los colegios notariales deberán crear las condiciones para garantizar el acceso del público al otorgamiento de estos actos. No podrá verse vulnerado o restringido el goce de este derecho por factores geográficos o económicos fehacientemente acreditados por el interesado.

Sin perjuicio de los derechos que les confiere el art. 26 del presente código, los menores de edad tienen derecho a expresar su opinión en el marco de un acto de autoprotección, y a que dicha opinión sea tenida en cuenta conforme con su desarrollo y madurez.

Las personas con discapacidad, aún aquellas limitadas en el ejercicio de su capacidad por una declaración judicial de incapacidad o capacidad restringida, tienen derecho a expresar su voluntad y a que ésta sea respetada en el futuro.”

**Artículo 4.-** Modifíquese el artículo 61 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 61.- Exequias. Toda persona en uso de su discernimiento puede disponer, por cualquier forma, el modo y

circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

**Artículo 5.-** Modifíquese el Artículo 134 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 139.- Personas que pueden ser curadores. Toda persona en uso de su discernimiento puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela o apoyo, y a quien ejercerá el control sobre el cumplimiento de las disposiciones en materias autorreferentes que hubiese estipulado.

Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente

A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de



la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.”

**Artículo 6.-** Modifíquese el Artículo 261 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 261.- Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento el acto de quien, al momento de realizarlo, carece de la razón o madurez intelectual suficiente para comprender y valorar el acto y sus consecuencias.”

**Artículo 7.-** Modifíquese el inciso h del artículo 380 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 380.- Extinción. El poder se extingue:

h) por la restricción judicial al ejercicio de la capacidad en el representante o en el representado para aquellos actos expresamente limitados por la sentencia. Si el instrumento hubiese sido otorgado para cumplir disposiciones anticipadas o de autoprotección, no procederá la extinción.”

**Artículo 8.-** Modifíquese el inciso e del artículo 1329 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 1329.- Extinción del mandato. El mandato se extingue:

e) por la muerte o declaración judicial de incapacidad o de restricción a su ejercicio del mandante o del mandatario, para aquellos actos limitados en la sentencia. El mandato no se extinguirá ante la declaración judicial de incapacidad o de restricción a su ejercicio, si hubiese sido conferido para cumplir con disposiciones anticipadas conforme al artículo 60 del presente Código. ”

**Artículo 9.-** De forma.-

Firmantes: MARCUCCI, HUGO MARIA - HERNANDEZ, MARTIN OSVALDO - BARLETTA, MARIO DOMINGO.

## **FUNDAMENTOS**

Señor presidente:

El presente proyecto de Ley, busca modificar algunos artículos del Código Civil y Comercial de la Nación que, entendemos, presenta algunos desajustes al momento de aplicarlo a las receptadas

disposiciones anticipadas en materias autorreferentes, en términos del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, es decir, aquellas que no ofendan la moral, el orden público ni los derechos de terceros. Entendemos que los actos de autoprotección constituyen herramientas válidas para asegurar el ejercicio de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad y “atañan al declarante, a su propio interés personal y patrimonial, precisamente para cuando él no esté en condiciones de gobernar su persona o su patrimonio de razón de una incapacidad sobreviniente”, en palabras del Dr. Zanoni.

Otros expertos han definido al Derecho de Autoprotección como aquel “que tienen todos los seres humanos para 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. El acto de autoprotección es aquel en el cual una persona deja plasmada su voluntad en ese sentido, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello que sean respaldadas en el futuro.” Llorens y Rajmil (2016) en la publicación “Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el código civil y comercial de la nación.”

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial receptó estos actos bajo el título de “Directivas médicas anticipadas” en su artículo 60, entendemos que su redacción sugiere una mayor amplitud en cuanto a su campo de aplicación. No obstante, consideramos importante para la

seguridad jurídica clarificar la mentada redacción, como también, los artículos afines a dicha norma.

Variadas son las críticas que la redacción del CCCN ha receptado. Por una parte el artículo 60 CCCN no prevé formalidades al momento de otorgar el acto, por lo que debemos aplicar supletoriamente, y de modo análogo, las disposiciones contenidas en la Ley 26.529 y sus modificatorias sobre Derechos del Paciente. Dicha norma, exige que el acto se otorgue ante escribano público o juzgados de primera instancia, redacción que ha sido cuestionada por una postura que afirma que se incurriría en ámbitos ajenos a los sanitarios por un lado, y que no garantizaría que se impida la burocratización y mecanización del proceso, en donde por lo general, se entrega un formulario pre-impreso a los pacientes sin brindarles las necesarias explicaciones.

A su vez, se ha dicho que la escritura pública deviene extremadamente onerosa, y la judicialización del acto, no es justificada encontrándose ausente todo conflicto de intereses. Creemos sin embargo, que es necesario preservar el sentido de estas formalidades, priorizando el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y que se tenga en cuenta, la situación de quienes, por motivos económicos o geográficos, encuentran dificultades para su otorgamiento. Entendemos a la Escritura Pública, en palabras de la Dra. Rajmil y el Dr. Llorens, “es el medio idóneo y eficaz para dejar constancia de estas decisiones, ya que

asegura su autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta, y matricidad al documento”. Asimismo, los autores afirman que “se trata de un instrumento autosuficiente que permite asentar de manera fehaciente la voluntad de las personas, asegurar la privacidad y certeza que el ejercicio de estos derechos reclama, así como el pleno discernimiento, la intención y la libertad con que el acto fue otorgado.” Por otra parte, también genera que quienes deban implementar estas directivas, lo hagan con la mayor de las seguridades. No obstante todas las ventajas que encontramos en esta forma de otorgar el acto, creímos importante brindar una segunda alternativa a través de los juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos.

Por otra parte, en palabras de Llambías, resaltamos que “no se debe confundir en esta laya de cuestiones la capacidad con el discernimiento. La capacidad es la aptitud del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas (capacidad de derecho) o para ejercer por si mismo los derechos propios (capacidad de hecho) El discernimiento es la cualidad o capacidad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente”. (Llambías en CNCiv Sala A Septiembre 13,962 K., J. I. c C. P., A. en L. L. t 109 pag. 233.). Es así que creemos deben modificarse estos desacertados conceptos que llevan a equívocos e imprecisiones al momento de su aplicación, y la aplicación de normas concordantes.

Este tema, está íntimamente relacionado con el derecho que posee el menor de edad a que se efectivice su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos de su interés. El progresivo ejercicio de sus derechos está consagrado en la Convención de los Derechos del Niño (Art. 5 y 12) y en la Ley 26.601 (Art. 2, 3, 19, 24 y 27), y en materia de salud por el art 2 inc. e) de la Ley 26.529. Dichas disposiciones lo habilitan a otorgar este tipo de directivas cuando cuenta con aptitud de discernimiento suficiente. De esta manera su opinión podrá ser ponderada al momento de la decisión junto con las decisiones de sus representantes legales y demás circunstancias clínicas.

A su vez, también debemos tener en cuenta la situación de las personas con discapacidad. En el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se consagra una nueva concepción sobre su capacidad jurídica concibiendo a estas personas como “sujetos multidimensionales a los cuales debe garantizárseles sus derechos humanos y el acceso a los servicios públicos en términos de igualdad y de inclusión social”, y brega por su inclusión y participación plena y en igualdad de condiciones que los demás miembros de la sociedad. Esta nueva forma de entender a la sociedad plural en la que vivimos, deviene en generar los apoyos necesarios a quienes tienen capacidades diferentes para que puedan decidir o incidir en las decisiones sobre sus materias autorreferentes en la medida de sus posibilidades.

Como antecedentes importantes podemos citar las leyes españolas 41/2003 y 41/2002, que estipulan tres actos vinculados a directivas anticipadas. En primer lugar las Directivas médicas anticipadas (nuestro actual artículo 60 del CCCN y el artículo 11 de la Ley 26529/26742. En segunda instancia la autotutela, entendida como la capacidad de nombrar el propio curador para futuras pérdidas de discernimiento temporario o permanente (nuestra legislación la regula en el art. 60 y en el 139 CCCN). Y por último los llamados poderes preventivos.

Por su parte la Ley 14.154 de la Provincia de Buenos Aires reguló el primer Registro de Actos de Autoprotección como el lugar donde se receptorán las escrituras públicas que estipulen o revoquen las decisiones tomadas por el otorgante para una futura posible imposibilidad de cualquier índole. En palabras de Enrique Arévalo (Secretario del IDeI), “la potestad inalienable que posee cada ser humano para adoptar decisiones que conciernan a su propia existencia, tanto en lo que respecta a su persona como a sus bienes ante una eventual pero probable disminución o pérdida de su aptitud para apreciar y juzgar el alcance de sus acciones, insufla vida y perennidad a esa rama del ordenamiento jurídico” (Instituto de Derecho e Integración, Revista N°4 – Año 2).

Cabe resaltar el proyecto que presentamos con el expte. 27576-FPL en la Cámara de Senadores de la Provincia de Santa Fe en el año

2014, y obtuvo media sanción por unanimidad, constituyéndose en un testigo de nuestro trabajo en la materia. Este proyecto se refería a los actos otorgados por personas en uso de su libre discernimiento, redacción que seguimos sosteniendo es la acertada para las situaciones que regula. Dicha iniciativa encontraba sus antecedentes en el expte. 22157 del año 2009 que tramitaba ante la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe.

Asimismo no podemos dejar de señalar que estas disposiciones anticipadas realizadas con discernimiento, intención y libertad han sido aceptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Bahamondez” y “Albarracini Nieves” de los años 1993 y 2012 respectivamente, en los que se llama a respetar las disposiciones que realizaran dichas personas en ocasión de profesar el culto “Testigos de Jehová”, que rechaza la posibilidad de recibir transfusiones de sangre por considerarlas contrarias a sus creencias.

Por último, debemos destacar la activa e imprescindible participación del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Rosario que a través de la Dra. Alicia Rajmil nos han transmitido con experticia sus inquietudes y sugerencias respecto a esta temática fundamental, y del Dr. Luis Rogelio Llorens de la prov. de Buenos Aires, localidad de Morón, que se destaca por ser pionero en la materia. En conjunto con el equipo de trabajo del IDeI (Instituto de Derecho e Integración), han sido protagonistas de la creación del Segundo Registro Nacional de



PROYECTO SOBRE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
AUTOPROTECCIÓN Y DIRECTIVAS ANTICIPADAS

actos de autoprotección en el marco del Colegio de Escribanos de la ciudad de Rosario, donde se encuentran inscriptos aproximadamente 380 actos.

Por todos estos motivos, solicito a mis pares legisladores tengan a bien acompañarme en este importante Proyecto de Ley.

**COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY SOBRE  
MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y  
COMERCIAL DE LA NACION.  
AUTOPROTECCIÓN Y DIRECTIVAS  
ANTICIPADAS <sup>1</sup>**

Alicia Beatriz RAJML <sup>2</sup>

## **1. Introducción**

El proyecto de la referencia propone importantes modificaciones al CCC que se vinculan con las directivas anticipadas y el respeto a la voluntad de las personas en sus actos autorreferentes.

---

<sup>1</sup> Expediente Número 8494-D-2016.Trámite Parlamentario 179 (30/11/2016). Firmantes: MARCUCCI, HUGO MARIA - HERNANDEZ, MARTIN OSVALDO - BARLETTA, MARIO DOMINGO.

<sup>2</sup> 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.

El CCC recepta el tema pero lo hace, según nuestro criterio, de manera limitada y poco clara. No ha tenido en cuenta los avances que, especialmente desde el ámbito notarial, se vienen desarrollando en nuestro país a partir de su participación en las VIII Jornadas notariales Iberoamericanas en Veracruz (México) en el año 1998 y de la creación del primer registro para la publicidad de estos actos en el Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires en el año 2004.

## **2. Desarrollo en el ámbito notarial.**

El avance desde entonces no es menor. En el año 2006 se creó el segundo Registro de Actos de Autoprotección en nuestro Colegio de Escribanos (provincia de Santa Fe) y posteriormente en casi todos los colegios notariales de las provincias argentinas. La comisión creada en el seno del Consejo Federal del Notariado Argentino se abocó a su estudio. El Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección, que funciona desde el año 2009 en el ámbito del Consejo Federal del Notariado Argentino, recoge la información de los actos inscriptos en los registros de todo el país, lo cual permite conocer con inmediatez la existencia de una directiva de esta naturaleza otorgada en cualquier localidad de la Argentina.

La comisión del Consejo Federal del Notariado Argentino redactó un proyecto de Ley Nacional de Actos de Autoprotección que

tuvo estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación<sup>3</sup>, pero no fue considerado en la redacción de las actuales normas.

Nuestra Constitución Nacional que reconoce en su artículo 19 la autonomía del ser humano en sus actos autorreferentes, con la incorporación de las Convenciones internacionales sobre Derechos Humanos en el artículo 75 inciso 22 y las medidas de acción positivas reguladas en el inciso 23, otorgó el fundamento suficiente a la validez de estos actos.

### **3. Desarrollo legislativo**

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>4</sup> y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)<sup>5</sup>, resultaron concluyentes al reconocer a las personas menores de edad y a las personas con discapacidad el derecho a participar en todos los asuntos de su interés, el ejercicio por si mismas de sus derechos de acuerdo a sus competencias y el respeto a su autonomía, su voluntad, sus deseos y sus preferencias.

---

<sup>3</sup> PROYECTO 2707-D-2012.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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 21/5/2.008 por ley 26378. La ley 27.044, sancionada el 19 de noviembre de 2014, le otorgó jerarquía constitucional.

Recientemente, el 9 de mayo del corriente año, nuestro país aprobó por ley 27.360 la Convención Interamericana sobre DDHH de las Personas Mayores, adoptada por la OEA el 15 de junio de 2015, que sostiene iguales paradigmas.

La ley 26.061<sup>6</sup> de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, dictada en el año 2005, rezeptó los principios de la CDN.

En el ámbito de la salud se sancionó la ley 26.529, que fue modificada por la ley 26.742<sup>7</sup>. Reconoce de manera amplia el derecho del paciente a aceptar o rechazar tratamientos médicos y a decidir sobre su cuerpo y su salud y en su art. 11 rezeptó las directivas anticipadas en esta materia.

Posteriormente se sancionó la ley 26.657<sup>8</sup> sobre salud mental que parte de la presunción de capacidad de todas las personas (art 3), 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

---

<sup>6</sup> Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28/09/2005. Ver artículos 2, 3, 19, 24 y 27.

<sup>7</sup> Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones e 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.

<sup>8</sup> Derecho a la Salud Mental. sancionada el 02/12/2009.

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 7). Su reglamentación, Decreto N° 603 del año 2013, recepta las directivas anticipadas en materia de salud mental.

Encontramos también diferentes leyes provinciales<sup>9</sup> y una incipiente jurisprudencia<sup>10</sup> que con diversos matices y alcances receptaron la materia

---

<sup>9</sup> Ver: Provincia de Buenos Aires leyes 14.154 (modificatoria de la Ley Orgánica del Notariado), 14.334 (modificatoria del C.P.C.C.), y 14.464; Provincia del Chaco 6.212; C.A.B.A. 3.933 (modificatoria ley 404); Córdoba 10.058; Chubut ley III N° 34 año 2011. Pcia. del Neuquén, ley 2.611, art. 13. En 2007 la Provincia de Río Negro sancionó la ley 4263 que en su artículo 4° crea el Registro de Voluntades Anticipadas (RVA), dentro de la órbita del Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro. A contrario de lo que ocurre en la mayoría de las provincias argentinas que cuentan con registros de actos de autoprotección en pleno funcionamiento, desconocemos que este registro se encuentre efectivamente en funcionamiento. En países vecinos, ver: Perú, ley 29.633 y en la República Oriental del Uruguay ley 18.473.

<sup>10</sup> Ver, entre muchos: "S.M. d. C. Insania" S.C.B.A. 9/2/2005. Síntesis en Revista Notarial 950 pág. 387/7. Comentario de EDUARDO LUIS TINANT en REVISTA NOTARIAL en el mismo ejemplar, pág. 21 y ss. Disponible en [www.colescba.org.ar](http://www.colescba.org.ar); Caso "M", Amparo planteado ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata (Dr. Pedro F. Hoof). Fecha 25/7/2005. Con comentario de José María Tau en Revista Notarial 951, pág. 647 y ss., disponible en [www.colescba.org.ar](http://www.colescba.org.ar); en LA LEY 23/05/2012, Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A ~ 2012-05-17 ~ A. N. J. W. s/medidas precautorias. ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/769/2012. Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fecha: 01/06/2012 Partes: Albarracín Nieves, Jorge W. Publicación: APJD 05/06/2012.; "Sentencia N° 120 – 30/9/2008". Sala 2da. de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana. Sentencia en: Revista IDEI. Nro. 2, pág. 123. Ver en la misma revista: "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el derecho cubano? Leonardo Pérez Gallardo. Pág. 131 y ss.

Es este el escenario jurídico en la materia que encuentra el CCC a su sanción. Podemos afirmar que las directivas anticipadas o actos de autoprotección gozaban de reconocimiento legislativo y jurisprudencial, y un desarrollo doctrinario especialmente notarial.

### **3. El Código Civil y Comercial.**

El Código Civil y Comercial regula las directivas anticipadas expresamente en sus artículos 60 y 139. Sin embargo limita el alcance y contenido de estos actos, omite la regulación de los poderes preventivos, receptados en el derecho comparado, y se aleja, en esta materia, de los nuevos criterios jurídicos sobre autonomía y capacidad de las personas. Sólo una interpretación amplia en el marco de los artículos 1 y 2 del mismo código, es decir apelando a nuestra CN y los tratados internacionales sobre DDHH, así como a las leyes anteriormente citadas que mantienen su vigencia, permite aplicar la normativa adecuadamente.

### **3. El proyecto**

Además de las normas constitucionales y convencionales, y de las leyes señaladas, el proyecto de ley tiene como antecedente el que fuera presentado en el año 2012, elaborado por la comisión del CFNA, al que hicimos referencia, y también el proyecto presentado en el año 2014 por el diputado Marcucci, que obtuvo media sanción por unanimidad en la Cámara de Senadores de la provincia de Santa Fe<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Expte. 27576-FPL.

En este breve análisis intentaremos constatar la entidad de estas modificaciones propuestas.

El primer artículo del proyecto incorpora entre los legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida de una persona, a quien fuera designado para ello en una directiva anticipada (art 33 CCC). Resulta coherente con la naturaleza de estas disposiciones, ya que si puede solicitar estas medidas el propio interesado también puede designar a quién lo hará en su nombre.

El artículo 59 del Código Civil y Comercial regula el consentimiento informado para los actos médicos. El último párrafo de la norma dispone que para el caso en que el paciente se encuentre absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, y no la ha expresado anticipadamente (en clara alusión a la directivas anticipadas), el consentimiento será otorgado 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. En ausencia de estas personas el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

El artículo segundo del proyecto de manera más precisa dispone que si la persona, en el caso señalado, ha expresado anticipadamente su voluntad en los términos del artículo 60, se respetarán dichas directivas



y el consentimiento será otorgado por quien hubiese sido designado en ellas. La redacción propuesta deja claro que en primer lugar debe respetarse la voluntad del paciente, aun cuando no esté en condiciones de expresarse por sí mismo, si ha otorgado directivas en previsión de esa situación.

El artículo 3 resulta quizás la modificación central del proyecto. Propone un contenido más amplio de las directivas anticipadas (art. 60 CCC) y una interpretación del instituto a la luz de los nuevos criterios sobre autonomía y capacidad de las personas, a los cuales hicimos referencia. Asimismo regula aspectos formales no considerados en el código vigente.

En primer lugar incorpora, como objeto del acto, cuestiones importantes en la vida del otorgante como las relativas a su cuidado personal y a sus bienes. De hecho estos temas integran gran parte de las consultas que se reciben en las escribanías. La norma vigente aparenta referirse a cuestiones de salud y nombramiento de curador, dejando toda una gama de directivas posibles fuera del concepto.

La norma proyectada, por otro lado, suprime el requisito de plena capacidad en la persona del otorgante. Ello resulta acorde con los nuevos criterios en la materia, que se plasman en los últimos párrafos cuando reconoce el derecho de la persona menor de edad a expresar su opinión y a que ella sea tenida en cuenta conforme a su desarrollo y

madurez<sup>12</sup> y a las personas con discapacidad, aún aquellas que cuentan con una declaración judicial de restricción a su capacidad de ejercicio, mientras la sentencia no le prive de este derecho<sup>13</sup>.

Asimismo el artículo proyectado incorpora la obligación de inscribir estos actos en los registros que a tal fin llevarán los colegios notariales de cada jurisdicción, quienes deberán facilitar el acceso a la información de modo eficaz.

Esto condice con la realidad que nos indica que en casi todas las provincias argentinas funcionan estos registros en el ámbito de sus colegios de escribanos para la inscripción y publicidad de las directivas anticipadas, y en general reciben semanalmente, pedidos de informes de los juzgados al iniciarse todo proceso de restricción a la capacidad de una persona. Inclusive algunos códigos de procedimientos provinciales lo han incluido en su normativa. Sin dudas de aprobarse este proyecto se extenderá el procedimiento a todas las provincias del país.

Por otro lado resulta coherente con el espíritu de la norma la obligación que el artículo proyectado determina en cabeza de los colegios notariales del país los cuales deberán crear las condiciones para garantizar el acceso del público al otorgamiento de estos actos. Y aclara que no podrá verse vulnerado o restringido el goce de este derecho por

---

<sup>12</sup> CDN ( art. 5 y 12). Ley 26061(art. 2, 3, 19, 24 y 27). Ley 26 529/ 26742 (art. 2 inc. e)

<sup>13</sup> CDPD ( art. 12). Ley 26657 (art. 3 y 7). Decreto reglamentario 603 (art. 7). CCC arts 31 y siguientes.

factores geográficos o económico fehacientemente acreditados por el interesado. Sin duda responde al espíritu y a los fines de este instrumento.

La norma en estudio regula asimismo la forma del acto, que el código no contempla. Así establece que deberá ser otorgado por escritura pública o ante los juzgados de primera instancia ante la presencia de dos (2) testigos. De esta manera fue regulado en la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, sobre los Derechos del Paciente en su relación con los profesionales de la salud, historia clínica y consentimiento informado, que no ha sido derogada por el actual ordenamiento<sup>14</sup>. Por lo tanto el proyecto lo extiende a toda directiva anticipada, no solo a las que versan sobre cuestiones de salud. Aplaudimos esta incorporación, pues el acto de que se trata es de gran trascendencia para la vida del otorgante, y de ser ejecutado lo será en tiempo y circunstancia desconocidas, por lo cual debe rodeárselo de las mayores garantías. Y sin dudas el documento idóneo y apropiado es la escritura pública. En los fundamentos los autores se expresan con respecto a los beneficios y ventajas de la escritura pública.

Entendemos que la presencia de los dos testigos es requerida solo cuando el acto se otorga ante los juzgados de primera instancia, tanto por la redacción de la norma como por lo expresado al respecto

---

<sup>14</sup> La ley 26.742 dispuso que la expresión de voluntad debe otorgarse ante escribano público, lo cual generó no poca controversia sobre si era necesaria la escritura pública o bastaba la firma certificada en documento privado, el proyecto despeja esta duda ya que se refiere específicamente a la escritura pública

por sus autores en los fundamentos del proyecto. En esto difiere de la ley 26.742 que parecía exigirlo en todos los casos

Se exime del requisito de la forma cuando se trata de la modificación o revocación de directivas ya otorgadas, al disponer que podrán ser libremente modificadas y revocadas, cualquiera sea la forma, sin restricciones por quien las manifestó. Lo que resulta a todas luces razonables dada la urgencia que puede requerir la situación. Sin embargo de no mediar razones de urgencia creemos que siempre será conveniente acudir a la escritura pública.

El artículo 4 del proyecto de ley modifica el artículo 61 del Código Civil y Comercial de la Nación que se refiere a las directivas sobre las propias exequias e inhumación. En armonía con el artículo anterior suprime el requisito de plena capacidad en el otorgante del acto y hace referencia pleno discernimiento. Deja atrás de esta manera la confusión frecuente en nuestro Derecho, entre capacidad jurídica y discernimiento.

Entendemos que debe respetarse la voluntad de toda persona que expresó sus directivas para sus propias exequias e inhumación, como en otras materias autorreferentes, con el discernimiento suficiente para entender el alcance y consecuencias de sus decisiones. Por otro lado la parte final del artículo vigente dispone que si la decisión debe ser asumida por otras personas, como el cónyuge, el conviviente o los parientes según el orden sucesorio, éstos no pueden dar al cadáver un

destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

Con igual criterio el artículo 5 proyectado modifica el artículo 139 del Código Civil y Comercial de la Nación, al requerir para la designación del propio curador o apoyo que el otorgante se encuentre en uso de su discernimiento. Elimina el requisito de su capacidad y evita así las consiguientes dudas y confusiones que mencionamos.

Asimismo incluye, además del curador, a los apoyos y a quien ejercerá el control sobre el cumplimiento de las disposiciones en materias autorreferentes que hubiese estipulado.

Una importante reforma propone el artículo 6 del proyecto con respecto al 261 del Código Civil y Comercial, el cual dispone que el acto jurídico es involuntario por falta de discernimiento y en sus incisos b y c declara que no lo poseen el menor que no haya cumplido 10 años para los actos ilícitos y quien no haya cumplido trece años para los actos lícitos.

Esta ficción de la ley, sostenida también en el código de antaño, se aparta de los actuales criterios jurídicos sobre autonomía y capacidad. El discernimiento que posea una persona para un acto determinado dependerá de sus condiciones naturales, de su historia, de sus circunstancias, de su educación, del apoyo que tenga en el medio en que desarrolla su vida, de sus experiencias, más allá de la edad biológica.

Asimismo es posible tener pleno discernimiento para determinado acto y no para otro. Depende en muchos casos de la gravedad de las decisiones a tomar. La ley no puede modificar a la naturaleza ni determinar cuando una persona comprende el contenido y las consecuencias de una decisión o de un acto. La norma proyectada considera que un acto es involuntario cuando quien lo realiza carece de la razón o madurez intelectual suficiente para comprender y valorar el acto y sus consecuencias, sin sujetarlo a edades determinadas. Es suficiente y acorde con la realidad.

Los artículos 7 y 8 del proyecto en estudio introducen el poder y poder preventivo, ausente en el CCC. El primero modifica el inciso h) del artículo 380 del código vigente que determina que el poder se extingue por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado. La norma proyectada, en una redacción más precisa y acorde al actual régimen de capacidad jurídica de las personas, dispone que se extinguirá el poder por la restricción judicial al ejercicio de la capacidad en el representante o en el representado para aquellos actos expresamente limitados por la sentencia<sup>15</sup>. Y agrega que si el instrumento hubiese sido otorgado para cumplir disposiciones anticipadas o de autoprotección, no procederá la extinción.

Por su parte el artículo 8 modifica el inciso e del 1329 del Código Civil y Comercial en igual sentido al disponer que el mandato se

---

<sup>15</sup> Con lo cual se elimina cualquier duda con respecto a si la norma se está refiriendo a la restricción judicial a la capacidad de ejercicio o a la mera falta de discernimiento

extingue por la muerte o declaración judicial de incapacidad o de restricción a su ejercicio del mandante o del mandatario, para aquellos actos limitados en la sentencia. Y agrega que el mandato no se extinguirá ante la declaración judicial de incapacidad o de restricción a su ejercicio, si hubiese sido conferido para cumplir con disposiciones anticipadas conforme al artículo 60 del presente Código.

Consideramos un acierto la incorporación de esta figura al CCC. Su implementación es importante especialmente para la persona que se enfrenta a una situación de vulnerabilidad, ya que ante la pérdida del discernimiento, el poder preventivo permitiría satisfacer de inmediato sus necesidades, sin esperar los tiempos y trámites que implica una sentencia judicial. La validez de estos poderes responde a los principios constitucionales y convencionales en materia de vulnerabilidad, y a la autonomía de la voluntad de todo ser humano.





# ***JURISPRUDENCIA***



**SENTENCIA CÁMARA DE APELACIONES  
DEPARTAMENTAL SALA I  
DE AZUL.<sup>1</sup>**

En la Ciudad de Azul, a los 16 días del mes de Agosto de 2016 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, encontrándose en uso de licencia el Dr. Ricardo César Bagú, para dictar sentencia en los autos caratulados: "C. O. R. C/ G. P. V. S/FILIACION ", (Causa N° 1-61012-2016), se procede a votar las cuestiones que seguidamente se enunciarán en el orden establecido en el sorteo oportunamente realizado (arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C.), a saber: Doctores COMPARATO-LOUGE EMILIOZZI-BAGU.- Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

---

<sup>1</sup> Sentencia de la excelentísima Cámara de apelaciones Departamental Sala I de la ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires de fecha 16 de agosto de 2016. Jueces: Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato

## CUESTIONES

**1ra.** ¿Corresponde declarar la deserción del recurso deducido a fs. 85? **2da.** Caso contrario, ¿Es justa la resolución de fs. 78/83 vta.?

**3ra.** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**VOTACION: A LA PRIMERA CUESTION:** La Señora Juez Doctora COMPARATO dijo: I) Al contestar la expresión de agravios (fs. 96/104) el demandado peticiona que se declare la deserción del recurso impetrado. II) A fin de dar respuesta a este planteo es dable señalar que este Tribunal ha venido aplicando un criterio amplio en la apreciación de los requisitos que debe satisfacer el memorial y aunque el mismo diste de exhibir una adecuada suficiencia técnica, siempre que se exteriorice, aunque mínimamente, el agravio o el esbozo de la crítica, se abre la función revisora en miras de asegurar más adecuadamente el derecho de defensa (causas n° 43894, “Ane...”, del 20/02/2002; n° 49665, “Adami...”, del 16.03.06; n° 51438 “Bonnat...”, del 29.11.07; n° 51278, “Valerio...”, del 06.12.07, entre muchas otras); que asimismo se ha dicho que los principios y límites en esta materia deben ser aplicados en su justa medida bajo riesgo de caer en rigorismo excesivo por apego a las formas, lo que no es querido por el ordenamiento legal (conf. esta Sala, causa n° 44262 “Banca Nazionale del Lavoro S.A...” del 17.05.02). En virtud de lo expuesto, abasteciendo a mi juicio los agravios esgrimidos los recaudos previstos por el art. 260 del Cód. de Proc., soy de la opinión que no cabe en este caso declarar la

deserción del recurso. Así lo voto. El señor Juez doctor LOUGE EMILIOZZI, adhirió al voto precedente.

**A LA SEGUNDA CUESTION:** La Señora Juez Doctora COMPARATO dijo: I) a) La presente acción de impugnación de reconocimiento extramatrimonial es iniciada por el señor O. R. C., contra la señora P. V. G., respecto del hijo de ésta F. A. C. y G., por no condecirse con la realidad biológica del menor, solicitando asimismo se declare la inconstitucionalidad del plazo establecido por el art. 263 del C. Civil. Sostiene en su escrito inicial de fs. 11/16 vta. que dado los intereses en juego que se plantean en casos como el de marras, como el derecho a la identidad mediante el conocimiento de la verdad biológica en resguardo del interés superior del niño, se encuentra legitimado para la promoción y trámite de la presente acción, ya que entre los “interesados” a los que refiere el art. 263 del C. Civil debe incluirse al progenitor que ha reconocido voluntariamente al niño. Solicita se haga lugar a la demanda dejándose sin efecto el reconocimiento oportunamente efectuado. Relata que junto a su esposa ya fallecida I. M. D. criaron desde pequeña a la actual demandada. Que, sus progenitores cundo ésta nació eran empleados rurales en un campo cercano a la ciudad de Azul, mientras que la Sra. D. era directora del establecimiento rural de la zona. Que, después de un tiempo la familia de la niña se trasladó a un campo en Lobos y les entregaron la nena que contaba con dos años de edad en guarda. Refiere que a efectos de regularizar la situación se inició la guarda vía judicial otorgada

legalmente el 10/12/82 en autos “G. P. su guarda”, de trámite por ante el Tribunal de Menores de Azul. La niña fue criada como una verdadera hija biológica (agrega que no tuvieron hijos biológicos dentro del matrimonio), atendiendo sus necesidades y permitiéndole cursar sus estudios, asistiéndola afectiva y económicamente. Señala que una vez que P. arribara a la adolescencia retornó con sus padres quienes se encontraban radicados en Capital Federal. Que, entre el año 2000 y 2001 la Sra. G. regresó a Azul, a su casa con un niño –F. de dos años y medio aproximadamente solicitándoles amparo, por encontrarse sola y sin trabajo. Ante ello le dio cobijo junto a su esposa y ambos se instalaron con ellos, donde el menor se crió mientras su madre finalizó los estudios secundarios y posteriormente sus estudios universitarios en la ciudad de Buenos Aires. Que luego, en el año 2004, en virtud de que el niño comenzaba la escuela primaria y a pedido de su madre accedió a darle su apellido, creyendo que era mejor para el menor no llevar únicamente el apellido de su mamá, formalizando dicho trámite ante el Registro de las personas local. Manifiesta que el vínculo con F. fue siempre muy profundo, llevándolo junto a su esposa a la escuela, a hacer deportes, y a todos los lugares que frecuentaban incluyéndolo como parte de la familia. Que, tiempo después la demandada ante la falta de trabajo en el campo profesional de ella, (radiología), ingresó a la policía, trasladándose a Mar del Plata para hacer la preparación para las fuerzas de seguridad, dejando el niño a su cargo, viajando de visitas a Azul los fines de semana. Dice que alrededor del año 2009/2010 F. y su

mamá dejaron la casa para mudarse con la pareja de ella, siendo cada vez más reticente el contacto con el menor, hasta el año 2013 que dejó de verlo. Que en el mes de diciembre de 2012 fue notificado de una demanda por reclamo de cuota alimentaria, iniciada por la Sra. G., dando cuenta así, entiende de una cabal ingratitud de parte de ella que no denota más que la mala fe y premeditación con que siempre actuó, a sabiendas de que el único ingreso del actor era la jubilación como ex empleado del Poder Judicial Bonaerense. En dicho contexto, suscribieron en autos “G. P. V. c/ C. O. R. s/ Alimentos” un acuerdo en virtud del cual abona mensualmente una cuota alimentaria de \$ 1500 a favor de F. Destaca que al iniciar la demanda la propia accionada reconoce expresamente que jamás existió una relación sentimental con el suscripto, evidenciando su mala fe en torno a obtener el reconocimiento de esta parte hacia el niño para luego reclamarle alimentos en su favor. Concluye que tanto él, como en vida su esposa se brindaron completamente a la demandada y luego a su hijo, asumiendo su crianza como un verdadero padre y luego por su edad como un abuelo del menor recibiendo como respuesta por parte de la Sra. G. muestras de ingratitud y mala fe. Por ello, solicita se haga lugar a la acción y se deje sin efecto el reconocimiento oportunamente efectuado. Reconoce el plazo de dos años que prevé el art. 263 del Código Civil, en el que debe encuadrar el caso de autos, pero asimismo solicita se declare la inconstitucionalidad del párrafo tercero de la citada normativa a los fines de la procedencia de la presente acción. Cita jurisprudencia al

respecto y considera que en este caso, el plazo de caducidad de dos años a contar desde el reconocimiento que impide tanto a él como al padre biológico impugnar el reconocimiento, acaecida la caducidad no se adecúa a las directrices contenidas en dicho complejo normativo Constitucional ni Convencional (arts. 28, 31, y 75 inc. 22 de la Const. Nac. y art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Que en el presente caso tan exiguo plazo atenta, ni más ni menos, que contra el fundamental derecho a la identidad biológica del menor, colocando al niño como objeto de derechos, obligándolo a mantener una filiación que no condice con su verdadera realidad biológica. Como corolario indica que supeditar la acción únicamente a que su titular posea legitimación y atarla inexorablemente a un plazo de caducidad, equivale a postergar el ejercicio de derechos fundamentales bajo, meros requisitos formales, máxime si se tiene en cuenta que F., aún de corta edad, sería quien primordialmente vería resguardado su interés superior, desprendiéndose de un apellido y un vínculo irreales, que hacen a una realidad que no le corresponde, en un marco familiar que no existe. Por lo que solicita se haga lugar a la declaración de inconstitucionalidad del plazo previsto por el art. 263 C.C. Ofrece prueba y funda en derecho.- A fs. 18/20 toma intervención el Asesor de Menores. Estima que en el caso de análisis y conforme a los argumentos introducidos por el accionante, puede darse curso a la presente acción, reservándose para el momento procesal oportuno aconsejar lo que mejor conviniere a los intereses del menor. Destaca que F. tiene en la actualidad 15 años y



desde el año 2004 que posee el apellido C. Con lo cual, ha sido y es reconocido socialmente con dicho apellido, manteniendo dicho estado filial los últimos 10 años. Por ello, y teniendo en cuenta las directrices que emergen de la Convención sobre los Derechos del Niño en relación a la capacidad progresiva del menor y a su participación directa en todo pleito que ponga en juego sus primordiales intereses, estima que, sin perjuicio del correspondiente trámite que deba proseguir la presentación inicial, resulta necesaria la citación del joven a fin de ser oído en atención a la acción planteada en autos y sus efectos jurídicos. En tanto a fs. 22/23 contesta vista el Ministerio Público Fiscal, que coincide con el criterio expuesto por el Asesor de Menores e Incapaces creyendo que resulta necesario se arbitren los medios para que se produzca la participación en autos del niño. Menciona que las pretensiones que pudiera expresar el mismo, en modo alguno resultarán limitantes al momento de dictar sentencia, toda vez que el derecho a la identidad del actor también se encuentra afectado. b) A fs. 24 el Sr. Juez de la instancia de origen impuso al trámite las normas del proceso sumario. A fs. 48/62 vta. se presenta la demandada requiriendo que al momento de resolver se ordene el total y absoluto rechazo de la misma con expresa imposición de costas al accionante. Que, conforme con lo dispuesto en el art. 345 inc. 3 del CPCC como excepción de previo y especial pronunciamiento interpone formal excepción de falta de legitimación para obrar del actor. Pone en conocimiento antes de comenzar con el tratamiento de la excepción, que tal como lo establece

el actor, F. no es hijo biológico del mismo, habiendo operado por parte de éste un reconocimiento voluntario el día 02/01/2004, conforme surge de la nota marginal impuesta en la partida de nacimiento del menor. Considera que, conforme lo tiene dicho la doctrina y jurisprudencia mayoritaria dentro de “quienes tengan interés en hacerlo”, no se encuentra el actor, ello es así porque en dicha norma se establece quiénes se encuentran legitimados para ejercer la acción de impugnación del reconocimiento que hicieran los padres de hijos concebidos fuera del matrimonio, por lo que se encuentran en condiciones de hacerlo sólo los propios hijos y aquellos que tuvieran un interés legítimo merecedor de la tutela legal, tal el caso de los herederos del reconociente. Refiere que en el caso de autos, el reconocimiento voluntario efectuado por el Sr. C. ha emplazado a F. en el estado de hijo, constituyendo título de estado de familia y dicho reconocimiento es irrevocable en un todo conforme con lo establecido en los arts. 248 y 249 del Cód. Civil. Entiende que el Sr. C. carece de legitimación para obrar en estas actuaciones, pretendiendo impugnar el reconocimiento efectuado en 2004 y, que ha violentado con su comportamiento el derecho de identidad del menor al reconocerlo, no pudiendo en este estado pretender que la justicia ampare su arrepentimiento. Que, esta restricción encuentra su fundamento en el principio de irrevocabilidad del reconocimiento emanado del art. 249 del C.C. y en la doctrina de los propios actos. Asimismo, para el caso de que el juzgador no haga lugar a la excepción de previo y especial pronunciamiento, deja planteada la

caducidad de la acción instaurada. Al respecto entiende que la acción que intenta el actor se encuentra caduca, solicitando así se declare, como así también no se haga lugar al pedido de inconstitucionalidad del art. 263 pretendido por el actor, teniendo consideración que en dicho artículo establece que el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo, no evidenciándose de este modo vulneración al derecho de identidad del menor, como así también que la acción de inconstitucionalidad debe ser una acción de última ratio. Subsidiariamente contesta la demanda, negando y desconociendo todos y cada uno de los hechos y el derecho invocado en la acción instaurada que no sea objeto de reconocimiento expreso. En el relato que hace de su verdad sobre los hechos, reconoce haber sido criada por el actor y su esposa a partir de los dos años de edad. Que, al nacer F., éstos mantenían un contacto y ayuda para con ella y su hijo, y que a la fecha en que el menor tenía un año y medio regresó a la ciudad de Azul para visitarlos un fin de semana y desde entonces y por voluntad de todos se quedó con su hijo a vivir con el actor y su esposa. Que, cuando F. cumplió sus cuatro años tanto el Sr. C. como su esposa le ofrecieron poner a su hijo el apellido del actor por una cuestión social para que no llevara solo su apellido atento que comenzaría su escolarización. Destaca que siempre fue tratado como un verdadero hijo, para quien la esposa del actor era su abuela y el actor su padre del corazón. Que, tal como lo dice el actor el vínculo de éste con el menor fue desde el comienzo muy profundo, siendo considerado como padre del mismo y

ante la sociedad. Que el joven considera al Sr. C. como su padre, a pesar de saber que es su padre de corazón. Que, a fines de diciembre de 2010 se fueron junto a su hijo a vivir con su actual pareja en esta misma ciudad y a partir de ese momento el actor ha manifestado para con ella un enojo que no alcanza a comprender, porque lo que él quería era que F. se quedara a vivir con él. Que, igualmente su hijo mantenía una profunda relación con C. y su esposa e iba todos los días a merendar con ellos, y los domingos a almorzar. Incluso C. lo pasaba a buscar por su casa para llevarlo a las distintas actividades. Destaca que en varias oportunidades en que la señora del accionante estuvo internada ella asumió su cuidado, junto a F. que sufrió mucho el fallecimiento de “su abuela”. Que a partir de un episodio acontecido el día del cumpleaños del actor en el año 2013 comenzaron los distanciamientos entre este y F., a pesar de que lo alienta a que se acerque y no pierda el vínculo generado en el transcurso de los años, hecho que produciría a ambos mucho dolor. Señala que F. tiene absolutamente internalizado y personalizado íntimamente su apellido como su identidad, la cual no puede ser arrebatada caprichosa y arbitrariamente por el accionante, máxime cuando éste lo ha reconocido como su hijo voluntariamente hace más de diez años y lo ha emplazado categóricamente en su estado de hijo, desarrollando una relación paterno filial por más de 15 años. Resalta que bajo ningún aspecto se está violando el derecho a la identidad consagrada constitucionalmente y en la Convención de los Derechos del niño, por el contrario, F. sabe que el actor es su papá del

corazón, coincidiendo con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que no puede entablar como legitimado activo la acción de impugnación de la paternidad. Considera que hacer lugar a la acción entablada avasallaría principios fundamentales de derecho ya que se violarían varias normas de orden público. Asimismo, reitera que no puede tampoco entablar la acción que intenta habiendo dejado pasar exageradamente el tiempo para hacerlo, la norma indica 2 años, el nuevo Código Civil y Comercial lo limita a 1 año y esta acción es entablada a más de 10 años de haber el actor efectuado el reconocimiento que hoy impugna porque la acción que intenta el actor se encuentra caduca. Funda en derecho y ofrece prueba. A fs. 69/70 dictamina el Asesor de Menores e Incapaces que entiende que no corresponde hacer lugar a la excepción de previo y especial pronunciamiento, y a la caducidad de acción entablada por la demandada. Asimismo, considera que el Juzgador puede designar fecha de audiencia preliminar en los términos del art. 842 del CPCC. A su turno a fs. 72/74 el Ministerio Público Fiscal propicia se rechacen las excepciones propuestas y se provean las pruebas conducentes a las pretensiones esgrimidas. c) A fs. 78/83vta. el Sr. Juez de Familia de Azul resolvió hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la accionada, rechazando en consecuencia la acción interpuesta. Declaró abstracto el tratamiento de la caducidad planteada en la contestación de la demanda e impuso costas por su orden atento el modo en que se resolvió y reguló los honorarios de los letrados intervinientes. Esta resolución fue recurrida por el actor a fs. 85, siendo

concedido el recurso a fs. 91 en relación. El apelante fundó su apelación a fs. 92/94, recibiendo responde de la contraria a fs. 96/104. Refiere el apelante en su fundamentación que el sentenciante no ha tenido en cuenta al momento de resolver los hechos antecedentes del caso, hechos fundamentales reconocidos por la demandada, los avances interpretativos de la doctrina y jurisprudencia, los principios en juego en la materia, coronado todo ello por la postura flexibilizadora adoptada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 593.- Por ello, solicita se revoque la sentencia en crisis, se ordene la continuación del proceso, su apertura a prueba y producción de las demás medidas solicitadas.- Resalta que ya a la luz del derogado art. 263 C.C., la legitimación impugnativa se amplió al reconociente en los casos en que, al instar la acción, se acompañen elementos que evidencien la inexistencia de nexo biológico. Agrega que además no existe un estado paterno filial que pudiera verse conculcado por la acción iniciada, pues a la fecha y por decisiones ajenas a su voluntad, no tiene contacto con el menor, situación que data de hace dos años. Destaca los dictámenes del Asesor de Menores y del Agente Fiscal que propician el rechazo de las excepciones intentadas por la demandada. Considera fundamental se cite al menor a exponer su sentir en relación a hechos trascendentales de su vida. Asimismo en relación a la caducidad de acción se remite a lo ya expuesto respecto al planteo de inconstitucionalidad del plazo previsto por el art. 263 última parte del derogado Código Civil. A fs. 106/107vta.- contesta vista el Asesor de Menores que solicita a la

Alzada que previo a resolver disponga la realización de una audiencia con F. pudiendo participar del acto un profesional psicólogo. Posteriormente a fs. 122/123 dictamina el agente fiscal, éste propicia se admita la apelación intentada y considera importante la participación del menor en autos.- II) Conforme aquello que surge de autos, ha quedado firme que el Sr. C. con acuerdo de la Sra. G. (madre del menor) reconoció a F. como su hijo inscribiéndose tal reconocimiento por ante el Registro Nacional de las personas (fs. 37), que ambos manifiestan que C. no resulta ser el padre biológico del menor y que ello ha estado en conocimiento de F. desde siempre.- En orden a ello el Sr. Juez de la Instancia de origen desestimó la demanda incoada con fundamento en la falta de legitimación activa en virtud de haber alegado el Sr. C. que reconoció al menor a sabiendas que no era su padre biológico.- Ello es lo esencialmente cuestionado por el apelante quien por un lado manifiesta que el art. 593 del Código Civil y Comercial amplía la legitimación que venía dada por el art. 263 del Código Civil; asimismo alega sobre el interés superior del niño, estima que no se han tenido en cuenta las cuestiones fácticas, esto es que F. sabe que no resulta el actor su padre biológico, que no existe en la actualidad una relación paterno-filial y que en su caso el derecho a la identidad y verdad biológica resultan superiores a cualquier normativa que limite en la legitimación o temporalidad la acción incoada, reiterando el pedido de inconstitucionalidad de la norma citada en cuanto al plazo de caducidad.- A fin de abordar los agravios y en primer lugar es dable

decir que en oportunidad de resolver esta Sala en causa n° 54.955, “S.K.M. y otro s/ Homologación de Convenio” del 31/05/2011, nos hemos referido a la irrevocabilidad del reconocimiento complaciente: “El reconocimiento es un acto irrevocable. Esto significa que no puede dejarse sin efecto una vez llevado a cabo. Encuentra fundamento este carácter en la inalienabilidad del estado de familia. El art. 249 así lo establece cuando dice:”el reconocimiento efectuado es irrevocable..”. (Jorge Oscar Perrino “Derecho de Familia”, T.II, pág. 1350). Producido el reconocimiento de la paternidad, se sigue en la Corte de Buenos Aires la tesis predominante en la doctrina de que “el propio reconociente no puede impugnar el reconocimiento, ya que si éste es válido, asume el carácter de irrevocable” (SCBA “P.O.M. c/A.D.H y ot.” del 27/10/2004, public. en LLBA 2005 (marzo), 172). Ello no impide que pudiera accionar por nulidad del reconocimiento, pero en tal caso debería acreditar la existencia de algún vicio de la voluntad, como el error respecto de la persona del reconocido o que fue compelido por violencia o intimidación. (Derecho Procesal 2002-1, Derecho Procesal de Familia I” Ed. Rubinzal - Culzoni, pág. 221/260, “La Suprema Corte de Bs. As. y el Derecho de Familia. Algunas aproximaciones procesales sustanciales de J. M. Galdós”, Cam. Nac. civ. Sala K, 11/06/2001 “R.L. c/ R.R.E s/ Ordinario, public. en ED-194, pág. 478; C.H.V.c/ P.S.M s/impugnación de paternidad” del 13-04-2000 public. ED t-190, pág. 129)”. Es lo cierto que dicha sentencia fue dictada encontrándose vigente el Código Veleziano, ahora bien, la



nueva normativa estimo no ha variado respecto de la anterior en torno a aquello que aquí se debate. Precisamente en la obra citada al pie de fs. 93 por el mismo apelante, en un análisis pormenorizado del art. 593 del CC y C se expresa: “El Código no resuelve un debate que se ha desarrollado en el campo doctrinario y jurisprudencial en torno a si el reconociente está legitimado para impugnar el reconocimiento que él mismo realizó. Es decir, si se puede entender dentro del concepto de tercero con interés legítimo o no, por aplicación del aforismo de que “nadie puede alegar su propia torpeza”. Y de adoptarse esta última postura, la misma doctrina ha mitigado esta fuerte limitación al entender que debería operar la acción de nulidad del reconocimiento y no la de impugnación si se trata de un supuesto de error en la persona; o sea, en todos aquellos supuestos en los que el reconociente no sabía o no podía dudar acerca de su no paternidad biológica. En este contexto, la restricción fuerte lo sería para el supuesto especial en el que el reconociente sabía o debía saber de la inexistencia de lazo biológico con el reconocido, supuesto que se lo conoce en el primer caso como de “reconocimiento complaciente”, siendo que en esta especial plataforma el reconociente no podría plantear ni la impugnación de su reconocimiento ni la nulidad. (el subrayado me pertenece). El texto vigente deja abierto este debate al entender que no debía ser rígidamente zanjado ya que siempre, en definitiva, la acción de nulidad quedaría disponible por aplicación de las reglas generales que se derivan de la naturaleza jurídica del reconocimiento: ser un acto jurídico, y

porque, a la vez, siempre quedan otros medios o vías para el mencionado desplazamiento. Por lo cual, en la práctica, esta disyuntiva no es de tal magnitud que el nuevo texto civil debía resolver.” En la misma obra en comentario al art. 573, las distinguidas y reconocidas doctrinarias en el campo del derecho de familia expresan: “el reconocimiento es un típico acto jurídico familiar con ciertos requisitos que lo tipifican. Como ser: a) Es irrevocable. La voluntad del reconociente no puede modificarse. En principio, realizado el reconocimiento, al autor del mismo no le es dable retractarse; sin embargo, y como se analizará al comentar el artículo 593, esta afirmación tendría algunas excepciones. Como lo expone Grosman: “La irrevocabilidad a que alude la norma no obstaculiza la acción de impugnación, porque aquélla solo se refiere a un acto de voluntad contraria, pero ello no impide desconocer la paternidad cuando no existe nexo familiar”. El principio de igualdad de las filiaciones hace razonable este criterio, pues si el marido puede impugnar su paternidad, no debe negarse el mismo derecho al padre extramatrimonial si tomó conocimiento de que no es padre del nacido. Por cierto, si el reconocimiento lo hiciera a sabiendas de que no es el padre, su conducta importa un delito (suposición de estado, art. 139, inc. 2º, Cód. Pen.) y nadie puede invocar su propia torpeza para fundar un derecho. Este supuesto es lo que se conoce en la doctrina como “reconocimiento complaciente” (el subrayado me pertenece). En la misma obra en pie de página continua diciendo: “El reconocimiento de

complacencia es, sustancialmente, aquel en que el reconocedor es consciente de la falta de relación biológica con el reconocido. Debe reunir, por lo demás, los otros requisitos típicos del reconocimiento formal, el que determina directamente la filiación. Lo específico de aquél no es tanto la inexistencia de relación biológica entre reconocedor y reconocido, lo que se produce también en el reconocimiento meramente inexacto, sino la consciente falta de relación biológica subyacente, el engaño o la mentira, que conoce ab initio el reconocedor, y esto lo distingue de otros reconocimientos: algunos otorgados con vicio del consentimiento y, sobre todo, con el inexacto (RIVERO HERNANDEZ, F., Los reconocimientos de complacencia con ocasión de unas sentencias recientes, en Anuario de Derecho Civil, N° LVIII-3, 2005, ps. 1049- 1113). Según Borda, los reconocimientos “falsos” o “complacientes” se trata de un problema “delicado” y que “se presenta con más frecuencia en la práctica”, por el cual el reconocimiento es realizado por quien sabe que no es el padre. Al respecto, se sostiene que “Ordinariamente estos reconocimientos se hacen para gozar de un hijo que la naturaleza no ha brindado o por complacer a la madre soltera con quien se piensa contraer matrimonio. Por más que muchas veces resulte duro, habrá que negar acción al padre. En primer lugar, porque nadie puede alegar su propia torpeza y su mentira para accionar en derecho, pues tal reconocimiento importará las más de las veces un delito de Derecho Criminal (art. 139, inc. 2°, Cód. Pen.). En segundo término, porque el estado de los menores no puede estar supeditado al

humor del reconociente, ni sujeto a vicisitudes de las relaciones amorosas entre sus padres legales” (BORDA, Tratado de Derecho Civil. Familia cit., t. II, N° 727, p. 55).”(Kemelmajer de Carlucci – Herrera- Lloveras “Tratado de derecho de familia-según el Código Civil y Comercial de 2014”, T° II, págs.. 886/887, 676/677). Claramente la nueva normativa no dispone nada distinto de la anterior en cuanto a la irrevocabilidad del reconocimiento, salvo los casos en que se pueda incoar la nulidad del mismo alegando un vicio de la voluntad al momento de formalizar el acto.- No debe perderse de vista que en el campo del Derecho de Familia operan limitaciones al principio dispositivo y a la autonomía de la voluntad, en cuanto a la disponibilidad del derecho material y a la posibilidad de actos atípicos o innominados (Belluscio, “Manual de Derecho de Familia” T. I , págs. 71 y 99). Por tanto, aún cuando se admitiese que no media perjuicio a los intereses del niño, es lo cierto que la petición de quien no tiene ab initio legitimación puede resultar objetivamente improponible (conf. Roland Arazi “Derecho procesal Civil y Comercial”, T° I, p. 287) si carece lo peticionado de tutela jurídica en nuestro ordenamiento legal.- Es que el emplazamiento en un estado civil, debe ser estable, como señala Díaz de Guijarro, quien afirma, además, que el ejercicio de la voluntad, apto para crear un vínculo, cuando involucra a otra persona “se transforma de cuestión individual en cuestión social” (ED T-190, pág. 129, Díaz de Guijarro, “Tratado de Derecho de Familia”, pag. 396). Por otra parte, a la luz de las disposiciones constitucionales

vigentes que establecen que debe respetarse el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley (art. 8º, inc. 1º Convención de los Derechos del Niño; art. 75 inc. 2º Constitución Nacional), también cabe consignar que dentro de un vínculo familiar es imprescindible que una persona sepa quién es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quiénes son sus padres, para poder ejercer su derecho a la identidad biológica, de lo que se deriva que cuando la realidad de un vínculo biológico no se encuentra reflejada en el plano jurídico debe reconocerse el derecho de la persona a lograr el estado de familia que corresponde con su relación de sangre y para ello deberá contar con las acciones pertinentes tanto para destruir un emplazamiento que no coincide con dicho vínculo como para obtener el emplazamiento que logre la debida concordancia (arts. 7 inc. 1º y art. 8 inc. 1º Convención de los Derechos del niño, que en nuestra legislación tiene rango constitucional; conf. G.C.R. c/ C.P.E Cámara Nacional de Apelaciones Sala K, del 23/09/2003, public. en La Ley 2004-B, pág. 970, con nota de Sebastián Picasso).- Frente a ello nuestro actual ordenamiento siguiendo los lineamientos de la ley 23.264, inspirada en el principio de la “veracidad biológica”, contiene una serie de normas que resguardan razonablemente la identidad de las personas.- Así se consagró una legitimación amplia en las acciones de reclamación de filiación matrimonial y extramatrimonial (arts. 582 y 583 Cód. Civ. y Com.), de impugnación del reconocimiento (arts. 590 y 593), o de desconocimiento de la paternidad matrimonial y

extramatrimonial (arts. 582, 588 párr. 2 y 589) y de la maternidad (art. 588).- Más no debe perderse de vista que la misma ley ha puesto límites al ejercicio de tales acciones, los que no pueden vulnerarse bajo la premisa que el derecho a la identidad está por sobre toda normativa vigente. El actor menciona precisamente que por sobre cualquier limitación legal en cuanto a la legitimación o la temporalidad, se encuentra el derecho a la identidad y el superior interés del niño.- Ello resulta así, más la identidad no está representada solo desde el plano biológico. Desde tal perspectiva resulta insoslayable analizar el derecho a la identidad; así, la identidad de una persona se constituye tanto por factores estáticos –como son su genética, su filiación biológica, la fecha y lugar de su nacimiento- como por factores dinámicos –lazos y vínculos afectivos, filiación adoptiva- (Zannoni, Eduardo, “Adopción plena y derecho a la identidad personal”, LL del 29/5/1998; Carminati, G., Adriana, Ventura, Ana I y Siderio, Alejandro J., “La adopción del hijo del cónyuge. Adopción de integración y una necesaria valoración integral”, RDF 25-35). El mencionado derecho a la identidad es un derecho subjetivo y personalísimo distinto de la identidad biológica, que es presupuesto del estado filiatorio, ineludiblemente enclavado en ese marco y que se subordina, en la medida de lo necesario, al orden general de la filiación y la familia, como elemento del atributo del estado civil. Con acierto se señaló que el sujeto no puede ser distinto ni otro, sino que es como es (Cifuentes, Santos, “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión

de su contenido”, LL 2001-C-759). La identidad del niño no está referida únicamente a su origen, no constituyéndose éste en el dato más relevante a los efectos de resolver sobre su destino, sino que aquélla debe abarcar la totalidad del desarrollo incipiente del menor, e incluso a su prospectiva, que es el conjunto de estos elementos el que va a permitir establecer aquella identidad. (Conf. Dr. Pettigiani, Eduardo J., “La identidad del niño ¿está sólo referida a su origen?, JA 1998-II-100). Resulta innegable asimismo que el derecho a la identidad tiene raigambre constitucional y se encuentra amparado por los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país.- Así podemos mencionar que en nuestra Constitución, se encuentra amparado dentro de los derechos enumerados, por lo que estaría implícito en el Art. 33 de la misma.- En los Tratados Internacionales, incorporados al orden jurídico argentino –art. 75, incs. 22 y 23 de nuestra Ley Fundamental- encontramos normas relativas y específicas al respeto, así podemos mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. N° 7 y 8; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”; Declaración Interamericana de los Derechos de la Familia (AG/res. 678 XIII-0/83).- Asimismo en nuestras Constituciones Provinciales, también se encuentran disposiciones receptoras de ese respeto por la persona, por el niño y la familia. A modo de ejemplo podemos mencionar la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires (reformada en 1994) se ha reconocido expresamente el derecho a la identidad personal, al

formular categóricamente en el capítulo referido a los derechos y garantías personales –art. 12, punto 2-: La persona tiene derecho a: “A conocer la identidad de origen” y al referirse a los Derechos sociales, tal como titula el capítulo, en el art. 36 (punto 1 y 2), toma a la familia y a la niñez (amén la mujer, a la tercera edad, etc..) como sujetos de derechos que deben ser protegidos. El derecho de familia argentino, después de la sanción de la ley 23.264 y hoy en el Código Civil y Comercial como ya lo he mencionado, ha receptado el principio de la “verdad biológica” que pretende la coincidencia entre el vínculo jurídico filiatorio y la realidad procreacional, como así reconoce el derecho del hijo por adopción a recibir información sobre su origen biológico.- Así es que, los derechos y deberes enumerados y la vigencia de las garantías constitucionales, adquieren su pleno ejercicio en tanto y en cuanto su titular, la persona, goce de su verdadera identidad, de su “verdad biológica”. Ahora bien, siguiendo con la distinción entre filiación e identidad, y aun cuando la búsqueda de la verdad biológica reviste una importancia innegable, no siempre el ordenamiento positivo permite una total concordancia entre ella y la verdad jurídica.- Es que el criterio de la relación genética para determinar la relación filiatoria no puede ser considerado como de carácter absoluto, ni resulta siquiera conveniente que siempre se le dé preeminencia, existiendo diversos supuestos en los que justificadamente el emplazamiento familiar de la persona no coincide con su presupuesto biológico. De allí que comparto plenamente lo dicho por Méndez Costa en cuanto afirma que



no toda la legislación actual sobre filiación debe ceder ante el reconocimiento expreso del derecho a la identidad a nivel constitucional. Ciertas facetas de la legitimación y la caducidad deben subsistir en pro de la paz familiar y social aunque se antepongan a la realidad biológica.- Es que al igual que los restantes derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la identidad no tiene carácter absoluto y se ejerce conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 de la Constitución Nacional), debiendo compatibilizarse con las normas que tutelan otros intereses igualmente dignos de respeto (conf. Méndez Costa “La filiación después de la reforma constitucional” LL 1995-E, 1034).- En el mismo sentido Krasnow dice: “si bien compartimos la presencia de garantías constitucionales que protegen al actor y sobre los cuales fundan su pretensión, no debemos soslayar que al mismo tiempo liberar de un plazo de caducidad a todas las acciones de filiación, puede afectar uno de los fines del derecho: la seguridad jurídica” (autora cit, publicación en “Filiación Biológica”, ed. Juris “La filiación por naturaleza y la aplicación de normas de alcance constitucional en el ámbito judicial”, pág. 23).- Resulta inevitable recordar que los principios y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad, debiendo buscarse la conciliación de todos los intereses en juego armonizando las soluciones jurisdiccionales posibles

con la subsistencia del sistema democrático y realizando las opciones estratégico procesales mas aconsejables para ello (conf. Darío Cuneo art. “Derecho de pertenencia, identidad y privacidad: algunos conflictos posibles”, págs. 77/118 public. en “Filiación biológica”, ed. Juris, esta Sala causa n° 55.415 S.M.C c/a A.L.M. A. y otra s/ Filiación” del 25/08/2011).- Lo expuesto me lleva a la plena convicción que resulta acertado y justo mantener la restricción de la legitimación del reconociente complaciente, es que de otro modo se estaría avalando una conducta que podría hasta encuadrar en una figura delictiva y que en su caso quien fue reconocido se encontraría a expensas de la voluntad de quien cuando lo consideró conveniente le otorgó una filiación y cuando lo estima inconveniente se la quita sin límite alguno, no se protege así de ninguna manera el interés superior de un niño.- Lo dicho también conlleva a resaltar la necesaria en su caso iniciación de una acción de conocimiento por quien sí se encuentra plenamente legitimado, F., y precisamente al tratarse del desplazamiento de su filiación, y la posibilidad en su caso de conocer sus orígenes será quien en mejores condiciones de determinar cuándo y de qué modo resulta ello conveniente, no debiendo apartarnos de las normas dictadas por el legislador, protegiendo en todo momento su superior interés, en un proceso con amplio debate, con intervención de éste debidamente representado por un abogado del niño, y que –vuelvo a reiterar- tal superior interés no puede encontrar respuesta en un proceso iniciado por quien puede encontrarse incurso en un delito previsto en la

legislación penal y representado el menor por su madre quien también abiertamente manifiesta del reconocimiento complaciente y quien a sabiendas de la irrealidad del vínculo aceptó el reconocimiento por lo que también puede encontrarse incurso en el delito mencionado de sustitución de identidad.- Me permito citar un fallo de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores que se refiere a la cuestión aquí planteada: “Para finalizar tengo plena convicción como ya lo anticipé que el interés del menor se encuentra vulnerado por la conducta que aquí asume el reconociente arrepentido; ya que quien reconoció válidamente, no puede luego desconocer o revocar, pues el reconocimiento es un acto voluntario (fs. 19) y, por ende, para atacarlo debería acreditarse que dicho acto hubo de estar afectado de un vicio de la voluntad y nada de ello emerge del escrito postulatorio.... Además advierto que permanece incólume el derecho del menor a la búsqueda de su verdadera identidad biológica que, por su naturaleza, es irrenunciable e imprescriptible” (Voto de la Doctora Debadie). C. C. C., Dolores, 24/04/08 – M., G. F. c/ F., A. D, en Lexis N°1 7 800739 o 1/70045611-1” (pub. En “Colección Jurisprudencia Temática/10 “Filiación”, pág. 343). De allí que aun citando al menor a estos autos (como se propone en el dictamen del Sr. Fiscal General y del Asesor de Menores) igualmente el marco del proceso resulta inadecuado para el fin perseguido –por carecer el actor de legitimación -, por lo que no creo resulte conducente traerlo en este estado a fin de ser oído. No desconozco y es incuestionable que debe “oírse” al me-

nor en toda causa en la que se esté resolviendo una cuestión que lo involucre, ahora bien, el límite está dado por el interés del niño, no debiendo caer en una citación que sólo genere su innecesaria judicialización. Como corolario y conforme lo expuesto agregó que el criterio de apego a la realidad biológica debe funcionar en concordancia con otros principios que regulan el régimen de la filiación mencionados en la presente resolución, por tal, estimo conveniente atento la edad de F. que desde la Asesoría de Menores se lo cite, a fin de hacerle conocer su derecho de contar con un abogado (ley 14.588) y las acciones a las que puede acceder si desea ser desplazado de la filiación que hoy ostenta, de ese modo estimo se protege debidamente su verdadero interés.- En otro orden y, encontrándose actuando en autos el representante del Ministerio Público Fiscal y resultando que las partes de autos pueden encontrarse incurso en el delito previsto en el art. 139 inc. 2 del Código Penal, estimo que deberá el Sr. Fiscal General evaluar el inicio de las acciones penales pertinentes (conf. art. 274 Código Penal, SCBA Ac. n° 86.638 “Ponce Osvaldo c/ Armesto Delia s/ Acción de impugnación de paternidad”).- En consecuencia estimo han de desestimarse los agravios vertidos (arts. 573, 593 y cctes. Código Civil y Comercial de la Nación; arts. 75, incs. 22 y 23 Constitución nacional, Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. N° 7 y 8; Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”; Declaración Interamericana de los Derechos de la Familia (AG/res. 678 XIII-0/83 y legislación

concordante).- Así lo voto.- El Señor Juez Doctor LOUGE EMILIOZZI adhirió al voto precedente.

**A LA TERCERA CUESTION:** la Señora Juez Doctora COMPARATO, dijo: Atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, propongo al acuerdo: 1) Rechazar el pedido por parte de la demandada de deserción del recurso interpuesto a fs. 85, 2) Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 85 confirmándose la sentencia dictada a fs. 78/83 vta.; 3) Encomendar a la Asesoría de incapaces que cite a F. a fin de hacerle conocer su derecho de ser asistido por un abogado del niño y de las acciones con las que cuenta si resulta de su interés ser desplazado de su actual filiación paterna, 4) Con costas al apelante (art. 68 cpcc).- Así lo voto.- El Señor Juez Doctor LOUGE EMILIOZZI adhirió al voto precedente.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

### **SENTENCIA**

**POR LO EXPUESTO**, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, **se RESUELVE:** 1) Rechazar el pedido por parte de la demandada de deserción del recurso interpuesto a fs. 85, 2) Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 85 confirmándose la sentencia dictada a fs. 78/83 vta.; 3) Encomendar a la Asesoría de incapaces que cite a F. a fin de hacerle conocer su derecho de ser asistido por un abogado del niño y de las

acciones con las que cuenta si resulta de su interés ser desplazado de su actual filiación paterna, **4)** Con costas al apelante (art. 68 cpcc), regulando en atención a la cuantía, valor y mérito de los trabajos realizados en esta instancia, lo normado por los arts. 9, punto I, inc. 5, 13, 14,1 6, 21, 28 y 31 de la ley 8904 y el valor actual del IUS, los honorarios a las Dras. GR y VB, en la suma de PESOS SETECIENTOS SETENTA (\$ 770.-), a cada una; y a la Dra. MRS D, en la suma de PESOS DOS MIL CIENTO NOVENTA (\$ 2.190.-), más la adición de Ley (Arts. 12 y 14 Leyes 8455 y 10268 e I.V.A. en caso de profesionales inscriptos).

Notifíquese y devuélvase. En cuanto a la regulación de los honorarios practicados, las notificaciones del caso deberán ser efectuadas en Primera Instancia, en su caso con la transcripción prevista por el art. 54 de la Ley 8904.- Regístrese y Notifíquese.-

**Esteban Louge Emiliozzi. Juez - Sala 1 - Cám.Civ.Azul -  
Lucrecia Inés Comparato. Juez - Sala 1 - Cám.Civ.Azul, Ante mi  
Yamila Carrasco Secretaria -Sala 1 - Cam.Civ.Azul**

**LA IRREVOCABILIDAD**

**DEL RECONOCIMIENTO EXTRA-**

**MATRIMONIAL DE HIJO, ELEMENTO DE LA**

**ESENCIA DEL DERECHO DE FAMILIA.**

E. Jorge Arévalo<sup>1</sup>

**I) Los riesgos que conllevan ciertos actos de generosidad, como “dar el apellido”.**

Entre las múltiples vivencias que registran las historias familiares, no pocas incluyen la de aquellas personas que motivadas por el afecto que sintieron hacia un menor o la madre de aquel o por ambos, resolvieron “darles su apellido”, reconociendo al niño o niña como hijo no obstante ser conscientes de la inexistencia de vínculo biológico alguno. Es el llamado reconocimiento “de complacencia”,

---

<sup>1</sup> 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.

cuya trascendencia jurídica y social alcanzaba gran significación para el reconocido durante la vigencia del Código Civil Argentino, especialmente en la etapa que regía esa marcada división entre hijos legítimos e ilegítimos y a su vez la ley sustancial los distinguía, acentuando la discriminación originaria, entre naturales, adulterinos incestuosos y sacrílegos (Título V, Capítulos I y II, Libro 1º, Sección 2da, del Código Civil Argentino).

El Juzgado de Familia N° 1 de la Ciudad de Azul debió resolver el planteo del autor del reconocimiento de hijo por él realizado, acto que pretendía impugnar sin que mediaran circunstancias enervantes de su voluntad como el error, dolo o violencia (artículo 265 a 268 del Código Civil Argentino). La pretensión se fundaba en actos de ingratitud y mala fe por parte de la madre del reconocido.

## **II) Reafirmación de la irrevocabilidad del acto de reconocimiento.**

1) El fallo en consideración ratifica el principio de la irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial, actualmente consagrado en el artículo 573 del Código Civil y Comercial de la Nación circunstancia que no descarta la posibilidad de que sea dejado sin efecto, acudiendo al expediente de la impugnación (art. 593 del mismo cuerpo normativo). El fundamento se encuentra en la inalienabilidad, elemento de la esencia del estado de familia. La



imperatividad que caracteriza a las normas del Derecho de Familia, concebidas con miras a la satisfacción del interés general encuentra su contra-partida en la limitación a la voluntad particular. Resulta oportuno recordar que no obstante la integración del derecho del derecho de familia como rama del derecho civil, un conjunto sustancial de las normas que regulan a este instituto, “...son de orden público, es decir, normas imperativas y no meramente supletorias de la voluntad privada”.<sup>2</sup> Esa política legislativa se ha ido apuntalando en el continuo devenir de los tiempos, teniendo miras la protección de las personas en situación de vulnerabilidad. Así, partiendo del principio inalienable que garantiza la supremacía de nuestra Carta Magna (artículo 31) y su aplicación concreta a través del artículo 75 inciso 22 (segundo párrafo), se sancionaron normativas como la ley nacional 26378 (aprobatoria de la Convención de los Derechos con Discapacidad) y especialmente la ley 26.061 (Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y

---

<sup>2</sup> D’Antonio, Daniel Hugo (co-autora María Josefa Méndez Costa) “Derecho de Familia” –Tomo I- Rubinzal-Culzoni Editores – Santa Fe 1994, pag. 28. Zannoni, Eduardo A. “Derecho de Familia”- Tomo I- 3ra. Edición actualizada, Editorial Astrea 1993, pág. 58 y sig. No obstante la preponderancia de las normas de orden público que sustentan el Derecho de Familia, se ha señalado con acierto que “...no es menos cierto que el modo de obtener la realización de los intereses familiares suele no estar diferido a la indisponibilidad de las partes, y que, al contrario, es a través de acuerdos razonablemente negociados, que se obtiene su satisfacción” (Zannoni, ob. cit, pág. 59). Un ejemplo de esas variantes en la evolución normativa en el derecho familiar, se consagró a través del reconocimiento del divorcio por mutuo consentimiento, instituto que partía del acuerdo entre los esposos sin excluir el contralor judicial, garante de intereses que pudieran verse afectados a través de la decisión de los interesados. Actualmente se refleja en lo inherente a la disolución del matrimonio por divorcio (artículo 435 y siguientes del C. C. y C.), donde el derecho irrenunciable al pedido de divorcio (artículo 436) debe ser ejercido acompañado de la propuesta reguladora que será objeto de evaluación judicial (art. 438).

Adolescentes), portadoras de preceptos de orden público irrenunciables, garantes del efectivo ejercicio de los derechos indeclinables en cabeza de los sujetos tutelados.

2) La aplicación de la preponderancia del orden público en el Derecho de Familia, se refleja en el decisorio que da origen a este breve comentario. El Tribunal, expidiéndose por medio del voto de la jueza doctora Lucrecia Inés Comparato, ratificó la incolumidad del derecho del menor, cuyo reconocimiento pretendía su autor dejar sin efecto, a la indagación de su verdadera identidad, recordando que “...el derecho de familia argentino, después de la sanción de la ley 23264 y hoy en el Código Civil y Comercial..., ha receptado el principio de la verdad biológica que pretende la coincidencia entre el vínculo jurídico y la realidad procreacional...” Dicho principio resulta armónico con el derecho del adoptado al conocimiento de su origen biológico (art. 595, inciso e del C. C. y C.). No obstante, el Tribunal consideró inconducente la citación al proceso del reconocido propuesta en el dictamen del Fiscal General y Asesor de Menores a los fines de ser oído, teniendo en cuenta que el “...límite está dado por el interés del niño, no debiendo caer en una citación que sólo genere su innecesaria judicialización.” En otras palabras, para los jueces no resulta oportuno darle en ese proceso intervención al menor cuyo reconocimiento irregular como hijo biológico ahora pretende revertir el mismo otorgante, dejando a salvo la legitimación por parte del

reconocido a iniciar la acción de conocimiento de su filiación, en ejercicio de su derecho a la identidad (art. 11 ley 26.061).

Y como lo recuerda el fallo, a pesar de la importancia que reviste la indagación sobre la verdad biológica, "...no siempre el ordenamiento jurídico permite una total concordancia entre ella – verdad biológica – y la verdad jurídica (el agregado entre guiones es nuestro). La compatibilización de la normativa del derecho constitucional a la identidad con leyes que tutelan intereses de importancia similar (por caso la preservación del estado de armonía familiar y su repercusión en ámbito social y del principio de seguridad jurídica), amerita la existencia de ciertas restricciones a su ejercicio. El argumento fundamenta las restricciones que pesan sobre el reconociente-complaciente que ahora pretende dejar sin efecto una decisión personal que adoptó a través de un acto de especial trascendencia, ejecutado con la plenitud de su discernimiento, intención y libertad (art. 260 C. C. y C). Esa conducta veleidosa, en sí misma contraria a derecho, no puede ser objeto de amparo judicial.

Las menciones jurisprudenciales y doctrinarias que apoyan la afirmación del tribunal respecto de la irrevocabilidad como uno de los caracteres del reconocimiento, ratifican una interpretación que se ha mantenido invariable en la doctrina nacional. Así, Lafaille, afirmaba sin hesitación que una de las "calidades" que distinguían a ese acto jurídico es la irrevocabilidad: "una vez producido, no cabe volver sobre él, ya que envuelve la declaración de una voluntad, o comporta la autoridad

de cosa juzgada si es forzado”. Por cierto que el autor admitía el supuesto de anulación ante los supuestos de una voluntad viciada por dolo, error o violencia.<sup>3</sup>

3) En una somera recopilación de los restantes caracteres que sumados a la irrevocabilidad, distinguen al acto de reconocimiento, pueden mencionarse los siguientes: A) Unilateralidad: resulta suficiente la manifestación del sujeto que la emite –el padre-, resultando innecesaria la conformidad del hijo (art. 573 C. C. y C. –primer párrafo) No obstante, el reconocido o su representante legal y su madre, deben ser notificados del acto por parte del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 572, C. C. y C.). B) La amplitud en cuanto a las formas de la exteriorización de la voluntad por parte del otorgante (artículo 571 C. C. y C.), procura equilibrar la concreción de principios rectores de la salvaguarda del interés superior del niño, el derecho a la identidad, la facilidad y celeridad en la determinación de la filiación y rodearla de las garantías indispensables que otorga la certeza que emana de los actos cuya exteriorización se halla a una forma impuesta (art. 285 C. C. y C.).

C) Los efectos del reconocimiento de hijo en el estado de familia, obstan a que el acto se sujete a “...modalidades que alteren sus consecuencias legales...” (art. 573 C.C. y C.). D) El carácter personal

---

<sup>3</sup> Lafaille, Héctor. “Curso de Derecho Civil (Derecho de Familia”, compilado por Pedro Frutos e Isauro P. Argüello (h). Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As. 1930, pág. 339, parágrafo 466.

del reconocimiento (personalismo en opinión de alguna doctrina), limita como sujeto activo de su otorgamiento al padre del reconocido. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico, manteniendo el criterio consagrado por el Código Civil Argentino en su artículo 1881 inciso 6°, permite que se realice por medio de apoderado, a condición de que en el instrumento representativo del apoderamiento se individualice "...a la persona que se reconoce." (art. 375, inciso c, C. C. y C.) .E) Es atributivo del estado de hijo, remontando sus efectos al día de la concepción. F) Su voluntariedad. De allí que si la declaración fuere afectada por acciones dolosas o violentas (artículos 271 a 278 del C. C. y C.), el padre extramatrimonial se encontrará en condiciones de impugnar una paternidad que no se sustenta en nexo biológico.

### **III) La ilicitud del reconocimiento "de complacencia".**

#### **Figuras penales.**

1) El denominado reconocimiento "de complacencia" es el acto ilícito mediante el cual un sujeto que siendo plenamente consciente de la inexistencia de la relación biológica con la persona reconocida, efectúa voluntariamente una declaración mendaz, atribuyéndose respecto de esta última una filiación extramatrimonial inexistente.

2) La conducta antijurídica del reconociente mendaz, se encuentra tipificada en el Título 4 (Delitos contra el Estado Civil), forma parte del Capítulo 2 del referido apartado (Supresión y

suposición del estado civil y de la identidad) y se describe en el artículo 139, inciso 2 del Código Penal que sanciona con prisión de 2 a 6 años “al que por un acto cualquiera, hiciere incierto, la identidad de un menor de 10 años y al que lo retuviere u ocultare”. El artículo anterior -138- del mismo Código, establece pena de prisión de 1 a 4 años para quien “...hiciere incierto, alterase o suprimiere el estado civil de otro”. Ambos textos, corresponden a la redacción emanada de la ley nacional 24410 (B.O. 02/01/1995), que introdujeron una modificación sustancial en los referidos preceptos al suprimir la expresión final contenida en el anterior artículo 138, que requería “...el propósito de causar perjuicio” como requisito configurativo del tipo penal.<sup>4</sup>

3) La figura delictiva sintetizada en el párrafo anterior se concreta de ordinario por medio de otra conducta penalmente punible, el denominado delito de falsedad ideológica o histórica, contemplado por el artículo 293 del mismo cuerpo normativo. Es que, como ya se ha insinuado, no obstante la amplitud de las formas admitidas por el C. C. y C. a los fines de la exteriorización de la voluntad por parte del reconociente, el acto debe sujetarse a un estándar mínimo, atendiendo a su relevancia: si no se efectúa por instrumento público (judicial o notarial) o ante el oficial del Registro del Estado Civil (instrumento público administrativo), esa declaración deberá ser extendida por escrito y debidamente reconocida. De hecho, el acto se incluye entre

---

<sup>4</sup> Así lo entendía calificada doctrina como Carlos Fontán Balestra “Derecho Penal”- Parte Especial- 5º Edición, primera impresión. Editorial Abeledo- Perrot, Bs. As. 1972, pág. 247.

los que enuncia genéricamente el artículo 285 del Código Civil y Comercial de la Nación (forma impuesta). Así, la expresión escrita constituye el común denominador que abarca las diversas formas de reconocimiento enumeradas en artículo 571 (instrumentos públicos administrativos, notariales, judiciales, privados reconocidos y actos de última voluntad). Un sector de la doctrina postula que el reconocimiento realizado en instrumento privado requiere necesariamente de la homologación judicial a los fines de la acreditación de su autenticidad y posterior inscripción en el Registro Civil.<sup>5</sup> Otra corriente, a la que adherimos, sostiene que de acuerdo a lo establecido por el artículo 287 los instrumentos privados integran la especie de los instrumentos particulares firmados y el requisito relativo al reconocimiento "...estaría cumplido con la certificación de firma ante notario o autoridad judicial."<sup>6</sup> Se trata de un supuesto de competencia material concurrente entre fedatarios judiciales –actuarios- y escribanos que encuentra aval suficiente en lo reglado por el artículo 314 –segundo párrafo- del mismo Código: “ El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. El instrumento privado reconocido, declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo

---

<sup>5</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis –Director- “Código Civil y Comercial de la Nación- Comentado- Tomo III- Arts. 446 a 593-Rubinzal Culzoni Editores, pág. 559-

<sup>6</sup> Clusellas, Eduardo Gabriel –Coordinador- “Código Civil y Comercial – Comentado, Anotado y Concordado”- 2- Artículos 332 a 637. “Astrea” – “FEN, Editora Notarial”, pág. 747.

hayan reconocido, excepto por vicios en el acto de reconocimiento.” Con acierto se ha dicho que el párrafo transcrito introduce en el cuerpo normativo privado, “...una novedad cual es el valor probatorio de la certificación notarial de firma”, actuación de incumbencia del escribano hasta ahora reconocida fundamentalmente por legislaciones locales de orden notarial y otras de carácter nacional.<sup>7</sup>

4) Atento que la misma conducta delictiva (declaración mendaz) se encuentra contemplada por más de un tipo penal, es susceptible de ser encuadrada dentro del principio previsto en el artículo 54 del Código Penal Argentino –curso ideal-. Por tanto corresponde la sanción penal “...que fijare la pena mayor”. Y la sanción se agrava por tratarse de documentos relativos a la probanza de la identidad del sujeto reconocido, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 293 del mismo Código: 3 a 8 años de prisión.<sup>8</sup>

5) El autor del reconocimiento incurrirá en el delito de falsedad ideológica en el supuesto de que su declaración se concretara a través del otorgamiento de alguno de los instrumentos públicos indicados en el artículo 571 (judicial, notarial o administrativo). Es que uno de los requisitos necesarios a los fines de la penalización de la manifestación mendaz, es que ésta se concrete a través de su asiento en esa clase de documentos que son los enumerados en el artículo 289 del

---

<sup>7</sup> Clusellas, ob. Cit. -1- Artículos 1 a 331, páginas 831/832.

<sup>8</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal”- Parte General 6° Edición- 1998- “Ediar”, página 617. Fontán Balestra, Carlos “Derecho Penal-Parte Especial- 5° Edición –Abeledo Perrot, Bs. As. 1972, páginas 244/245.



Código Civil y Comercial de la Nación, regla que incluye en su inciso 2 una enunciación genérica de los instrumentos públicos a condición de que su creación sea la resultante de una previsión legal. Los restantes elementos del tipo (“hecho que el documento deba probar...”) y su potencialidad dañosa, completan los aspectos constitutivos de la figura punible.<sup>9</sup> Y, como hemos insinuado anteriormente, por tratarse de documentación destinada a la probanza de la identidad de la persona reconocida (en la especie considerada se estaría vulnerando o cuanto menos menoscabando, el derecho del niño, niña o adolescente al conocimiento de su identidad – art. 11, ley 26061), la sanción penal se agrava (3 a 8 años de reclusión o prisión, en lugar de 1 a 6). Es lo que se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 292 y 293 del Código Penal conforme lo establecen los párrafos finales de los preceptos mencionados. En principio, el otorgamiento del instrumento público (judicial o notarial), resulta suficiente para la concreción del hecho delictivo, por cuanto esa conducta dotada de la certeza propia de la fe pública, genera la posibilidad de perjuicio. Sin embargo, en el terreno de los hechos concretos ha de tenerse en cuenta el supuesto de que si el instrumento público portante de la falsedad (escritura pública o acta judicial) no fuera presentado para su inscripción ante el Registro

---

<sup>9</sup> La posibilidad real –no meramente potencial- de daño emergente de la declaración falsaria en el instrumento público, sistemáticamente indicada por la doctrina y jurisprudencia como elemento generador del tipo penal, resulta indubitable en el supuesto analizado. Ver: Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, tomo V, pág. 247, fallo de la Cámara de Apelaciones C. C. de Concordia del 27-03-1996

Civil conforme lo establece el artículo 41 de la Ley Nacional 26413, no resultaría oponible ante terceros, diluyéndose su peligrosidad, atento permanecer fuera del alcance o conocimiento de las personas ajenas a su autoría. No obstante, debe advertirse que el artículo 43 de la recordada ley, establece textualmente que “los instrumentos públicos que contengan reconocimientos de hijos se remitirán a la Dirección General, dentro del plazo de diez días hábiles para su inscripción”. De modo que si el reconocimiento se efectuara en instrumento notarial, forma parte de los deberes del fedatario la registración del testimonio de la respectiva escritura matriz, a excepción de que exista dispensa expresa por parte del otorgante y éste tome a su cargo ese trámite. Y, en su caso, el funcionario judicial interviniente deberá ordenar se cumplimente esa diligencia registral.<sup>10</sup>

6) En cambio, si el reconociente mentiroso efectuara esa declaración a través de instrumento privado, la autenticación notarial su firma no resultará suficiente a los fines del encuadramiento de su conducta en el delito de falsedad ideológica. Es que no obstante de que el efecto propio del reconocimiento de la firma se extiende a todo el instrumento (art. 314 C.C. y C.), los efectos la dación de fe que

---

<sup>10</sup> En su comentario al artículo 571 del C. C. y C, inserto en el recordado “Código Civil y Comercial-Comentado” citado en (2), Marcela Viviana Spina y Otilia del C. Zito Fontán, mencionan la posibilidad de que el propio otorgante tome a su cargo la diligencia relativa a la inscripción. Nos preguntamos si atendiendo a la trascendencia que conlleva el acto de reconocimiento, incluido entre aquellos que trasciende el interés particular –art. 12 C. C. y C., resulta posible esa dispensa.

conlleva la inserción de la firma ante notario, no abarcan el resto del contenido, conservando ese documento su carácter de instrumento privado (art. 287 C. y C., primer párrafo). Y, como ya se ha expresado, uno de los elementos que hacen a la tipicidad del delito de falsedad ideológica es que la declaración mendaz se inserte en instrumento público (artículo 293 del Código Penal, ya citado). De allí la conducta ilícita del sujeto no alcanza a reunir la característica requerida para ser encuadrada dentro del tipo penal si su otorgamiento se limita a la suscripción del instrumento privado. A la objeción que se pueda formular ante la aparente arbitrariedad de la distinción que se señala, debe tenerse presente que el principio de legalidad en materia sancionatoria “tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad”, resultante de la aplicación de la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional.<sup>11</sup>

En consecuencia, las acciones penales que se incoen contra el reconociente mendaz firmante de un instrumento privado reconocido, se sustentarán en lo preceptuado por el artículo 139 inciso 2) del Código Penal (supresión y suposición del estado civil y de la identidad), tal como lo indica la sentencia comentada, descartándose el concurso ideal.

---

<sup>11</sup> Ver Zaffaroni, ob. cit, pág. 374 y siguientes.

#### **IV) La posible restricción formal al acto de reconocimiento de hijo.**

Las anteriores disquisiciones relativas a las formas del reconocimiento de hijo y sus diversas consecuencias ante similares conductas ilícitas, nos inducen a proponer la posibilidad de la eliminación de la variante de su otorgamiento mediante instrumento privado. Permanecerán incólumes el resto de las formas previstas, incluyéndose el instrumento público cuyo contenido goza en su totalidad de la certeza que le confiere el ordenamiento legal (artículo 296 C.C. y C). Esa supresión optimizaría la seguridad jurídica que debe rodear a ese acto familiar y no dificultaría en modo alguno el proceso relativo a la determinación de la identidad.



*JORNADAS*  
*Y*  
*CONGRESOS*



# **CONCLUSIONES DEL DESAYUNO DE TRABAJO<sup>1</sup>**

## **ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN, DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS Y PODERES PREVENTIVOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

El objetivo del encuentro fue debatir la recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación, de los actos de autoprotección, las directivas médicas anticipadas y los poderes preventivos; los aciertos y desventajas de las nuevas normas, las dudas que generan y la implementación de respuestas adecuadas para su efectiva aplicación.

Como elemento disparador para el debate se comenzó con la proyección de un video realizado por el Consejo General del Notariado Español <sup>2</sup> que da cuenta de manera clara de los tres actos referidos, de acuerdo a las leyes 41/2003 y 41/2002 de ese país.

---

<sup>1</sup> Organizado por el Instituto de Derecho e Integración (IDeI) del Colegio de Escribanos de Santa Fe, Segunda Circunscripción y llevado a cabo en la sede del mismo en la ciudad de Rosario en fecha 6 de mayo de 2016.

<sup>2</sup> [www.dailymotion.com](http://www.dailymotion.com)



Seguidamente, luego de una breve reflexión sobre la legislación vigente en nuestro país en la materia, se prosiguió con el análisis de un caso práctico elaborado por el instituto, sobre el cual se trabajó en tres grupos conformados por los asistentes.

## **CONCLUSIONES**

**A fin de resumir las conclusiones de los tres grupos de trabajo, se consignan a continuación las opiniones mayoritarias, no obstante es necesario aclarar que todos los temas fueron objeto de debate y las opiniones no son unánimes.**

**De acuerdo al desarrollo del trabajo realizado, podemos agrupar las conclusiones en los siguientes ítems: Poderes preventivos, Restricción a la capacidad de ejercicio, Directivas médicas anticipadas, Designación del propio curador, Herramientas idóneas ante situación de vulnerabilidad.**

### ***PODERES PREVENTIVOS***

1) el CCCN con aciertos, errores y de manera incompleta recepta las directivas anticipadas de salud y los actos de autoprotección, pero en cuanto a los poderes preventivos, éstos no se especifican en plenitud. Su implementación se considera necesaria y altamente beneficiosa para la persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, ya que ante la pérdida del discernimiento del otorgante, el poder preventivo permitiría satisfacer de inmediato sus necesidades,

sin esperar los tiempos y trámites que implica una sentencia judicial. Corresponde entonces intentar una interpretación armónica de las normas vigentes acorde con los principios constitucionales y convencionales en la materia, en pos de procurar la validez de estos poderes o de las cláusulas insertas con igual sentido en los poderes generales.

2) La presunción de capacidad de ejercicio de la persona humana es el principio rector, en un todo de acuerdo a los Tratados de DDHH- art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con rango constitucional -, al vigente CCC -, art 22, 23, 31 inc. a) del CCCN-, y leyes especiales - y art 3 de la ley 26657- .

3) La mayor dificultad, frente al análisis de los temas en estudio, se refirió a la falta de precisión de la normativa civil para distinguir dos situaciones diferentes: a) la pérdida o disminución del discernimiento, como aptitud natural de la persona para comprender el contenido, alcance y consecuencias del acto a otorgar, y b) la limitación de la capacidad de ejercicio de la persona humana que proviene siempre de una sentencia judicial.

4) Como consecuencia de dicha imprecisión terminológica y conceptual es necesario analizar en qué momento se opera la caducidad de poderes y mandatos (Art. 380 inc. h. y art. 1329 inc. e. CCCN). Mayoritariamente se opinó que la norma refiere a la restricción judicial a la capacidad de ejercicio y no a la pérdida del discernimiento. El poder otorgado por una persona con pleno discernimiento y sin restricción

judicial a su capacidad de ejercicio que le vede el otorgamiento de estos actos, subsiste ante la pérdida de su discernimiento y mientras no se declare dicha restricción judicial.

No obstante algunos escribanos participantes, aun sosteniendo esta posición, expresaron que de conocer la pérdida del discernimiento en el otorgante del acto, dudarían en utilizar dicho poder.

5) Cuando el artículo 60 del CCCN determina que “La persona plenamente capaz puede (...) conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad”, se entiende que se refiere tanto a la pérdida del discernimiento como a la restricción judicial de la capacidad de ejercicio, pues la urgencia de las decisiones en el ámbito de la salud no puede supeditarse a una sentencia judicial.

6) Nada obsta a que el juez, en el proceso de restricción a la capacidad de ejercicio de la persona, declare subsistente el poder que otorgara con anterioridad con pleno discernimiento, en beneficio del interesado y de acuerdo al grado de restricción y demás circunstancias del caso.

7) Cabe comparar la situación planteada con la que regula el CCCN en relación al “ausente”, en la que no procede la declaración judicial de ausencia ni el nombramiento de curador a los bienes del ausente si ha dejado apoderado salvo que sus poderes fueran insuficientes o no desempeñara convenientemente el mandato(art 79 CCCN). De igual manera se puede sostener la subsistencia de poderes y mandatos otorgados con anterioridad a la pérdida o disminución del

discernimiento del poderdante o mandante, cuando contienen facultades suficientes que ameriten dicha subsistencia, especialmente cuando así se ha consignado en el documento.

8) Se recomienda con la finalidad de dar mayor seguridad a los actos jurídicos: 1) que el poderdante prevea una cláusula especial, en la cual se deje plasmada su voluntad en el sentido de que el apoderamiento subsista aún luego de la pérdida de su discernimiento hasta la declaración judicial de incapacidad ( puede preverse que también subsista en este caso, quedaría entonces a criterio del juez)

9) Se sugiere, ante los supuestos de incertidumbre sobre la validez y extensión de los poderes preventivos, analizar la posibilidad de incoar acción judicial mere declarativa (cfr. art. 322 CPCCN, art 1° CPCCSF y cc.), a fin de generar una declaración judicial de certeza (no de condena). Es un medio procesal adecuado para cuando se procura evitar un perjuicio derivado de una situación de incertidumbre legal. Debe recordarse que el CPCCN y algunos códigos procesales provinciales (entre éstos el CPCCSF) sujetan esta acción a presupuestos distintos: el CPCCN admite esta acción siempre y cuando el accionante no tenga a disposición otra acción judicial (principio de subsidiariedad de la acción mere declarativa). En cambio, el CPCCSF (art. 1°) nada dice sobre ello; y la doctrina procesal santafecina se inclina por el principio de alternatividad, por el que no se exige acreditar la inexistencia de otra vía o medio procesal como presupuesto para deducir la acción mere declarativa. Según el CPCCSF se exige: a)

incertidumbre sobre la existencia, modalidad o interpretación de una relación jurídica; b) existencia de perjuicio (no se requiere la actualidad del perjuicio, sino la posibilidad cierta de su ocurrencia en el futuro); c) interés legítimo del invocante.<sup>3</sup>

### ***RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO***

10) El proceso de restricción a la capacidad de ejercicio no requiere el consentimiento de la persona en cuyo interés se lleva adelante, pero el juez en todos los casos debe escucharlo en virtud del derecho fundamental a ser oído. Está legitimado para iniciar el proceso (art. 33 CCCN), el juez debe garantizar la inmediatez con él durante todo el proceso y entrevistarlo personalmente (art. 35CCCN), es parte

---

<sup>3</sup> Debe aclararse que con la acción mere declarativa no se trata de solicitar una opinión al tribunal interviniente. Lo que se procura, en puridad, es que el Tribunal decida (con efecto de cosa juzgada) sobre cuáles son los derechos (o su extensión y límites), comportamiento a seguir por la/las parte/s, o la interpretación de las disposiciones de un poder, contrato, directiva, etc., aún antes de que el eventual perjuicio se efectivice. La acción mere declarativa se ejerce de manera positiva o negativa. El ejercicio es positivo cuando quien la promueve procura la declaración de existencia de un derecho (o su interpretación, extensión o límites) tal como éste la solicita. En cambio, es negativa cuando quien la promueve solicita la declaración de inexistencia de un derecho ajeno.

La acción mere declarativa puede tramitar por cualquier carril procesal. Así, en la Provincia de Santa Fe, esta acción puede tramitar en un proceso ordinario, sumario o sumarísimo (art. 387 CPCC) por ante los Juzgados de Distrito en lo Civil y Comercial; pero también puede promoverse ante la Justicia civil de Circuito. Es más, la doctrina es favorable a que esta acción pueda tramitar por vía incidental de un proceso principal, siempre y cuando se cumplan los recaudos establecidos para la procedencia de esta típica acción preventiva, y mientras el objeto de la incidencia sea puntual y distinto del objeto del proceso principal. Y por último, también la doctrina es partidaria a que esta acción pueda promoverse por ante la Justicia con competencia en materia Laboral.

en el proceso y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa (art. 36 CCCN).

11) Se torna importante en el proceso de restricción a la capacidad de ejercicio respetar la autonomía de la persona y no sustituir su voluntad por la del representante legal. Se impone aplicar el régimen de apoyos para el ejercicio de sus derechos en la mayor medida posible.

12) El Certificado Único de Discapacidad es un instrumento administrativo que no restringe la capacidad jurídica de una persona, pero suele ser de utilidad para facilitar el acceso a muchas prestaciones sociales y de salud. Por otro lado permite evaluar la real aptitud de discernimiento de la persona en el marco de su discapacidad, ya que determina sus aptitudes e impedimentos en el medio en que se desenvuelve. Se basa en un nomenclador que se denomina “Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud” (CIF), aprobado en el año 2001 por la Organización Mundial de la Salud.

### ***DIRECTIVAS ANTICIPADAS DE SALUD***

13) Las directivas anticipadas en salud siempre pueden ser revocadas o modificadas por el otorgante.

14) De ocurrir el fallecimiento del representante nombrado en el acto, las directivas médicas otorgadas deben ser igualmente respetadas en la medida posible, pues son el reflejo de la voluntad autónoma de la persona.

15) No es obligatoria la designación de representante en una directiva anticipada de salud.. El artículo 60 del CCCN establece que la persona puede otorgar directivas y conferir mandato. Es decir, distingue el otorgamiento de las directivas del mandato nombrando representantes.

16) Es recomendable que la persona que otorga esta clase de directivas solicite su incorporación a su historia clínica. Las personas autorizadas por el otorgante en el documento y aquellas que determina el Reglamento del Registro de Actos de Autoprotección pueden acceder a su conocimiento solicitando los informes pertinentes en dicho registro.

17) La ley 26529, modificada por la ley 26742, no ha sido derogada ni modificada por el CCCN, por lo tanto continúa vigente. Su artículo 11 regula las directivas anticipadas en salud y determina que la declaración de voluntad debe formalizarse ante escribano público o juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos. El decreto reglamentario N° 1089/12 exige la conformidad de la persona designada para dar cumplimiento a las directivas, así como que los testigos se expresen sobre su conocimiento con respecto al discernimiento, capacidad y competencia del otorgante.

18) Ante la falta de reconocimiento por parte de las obras sociales a tratamientos o prácticas médicas indicadas por especialista o equipo médico, corresponde incoar la acción de Amparo

### ***DESIGNACIÓN DE CURADOR***

19) Toda persona, con discernimiento suficiente, puede otorgar directivas anticipadas para designar sus propios apoyos o su propio curador, de manera preventiva, para el caso de que en el futuro se le inicie un proceso tendiente a restringir su capacidad de ejercicio, y darle instrucciones. (art. 139 CCCN)

20) Las directivas anticipadas pueden contener la designación de apoyos o curadores para los hijos. (art. 139 CCCN)

21) El juez competente será quien nombre a los apoyos o al curador en sus funciones. Deberá considerar, si existieren, las directivas anticipadas otorgadas por la persona en cuyo interés se sigue el proceso, o por sus padres. Al efecto requerirá informes al Registro de Actos de Autoprotección. Será conveniente entonces nombrar apoyos o curador para los hijos en el marco de un acto de autoprotección o de un testamento para asegurar su publicidad

### ***HERRAMIENTAS IDÓNEAS ANTE SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD***

22) Se consideraron distintas alternativas para hacer frente a tratamientos médicos y manutención de las personas en situación de vulnerabilidad como: venta con reserva de usufructo, renta vitalicia, fideicomiso de administración en el caso de pluralidad de bienes inmuebles, testamento para mejorar a una persona en situación de vulnerabilidad, crédito con garantía hipotecaria (que no es de aplicación



en nuestro país). Todos ellos para ser analizados en particular en un nuevo encuentro.

### **CONCLUSIONES GENERALES DEL IDEI**

A partir de la consideración de las conclusiones expuestas y del amplio debate a que dieron lugar los temas planteados en el desayuno de trabajo, el instituto arriba a las siguientes posiciones, que expresan la opinión mayoritaria de sus miembros, cuyo estudio y análisis se propone continuar.

I) El mayor obstáculo en la consideración de la vigencia de los poderes preventivos en nuestro medio, lo configura la extinción de poderes y mandatos ante la incapacidad sobreviniente del poderdante o mandante, según los artículos 380 inc. h) y 1329 inciso e) del CCCN. Para avanzar en el tema se impone diferenciar claramente la pérdida del discernimiento de la restricción judicial a la capacidad de ejercicio de la persona.

II) Es opinión mayoritaria del Instituto, que el poder se extingue con la declaración judicial de restricción a la capacidad de ejercicio del otorgante, siempre y cuando el juez no lo declare subsistente. La mera pérdida de discernimiento en el poderdante no acarrea la caducidad del instrumento. Esto dicho, sin perjuicio de tener en cuenta el delito de circunvencción de menores e incapaces prescripto por el art 174 del CP.

A partir de esta posición se sostiene la validez de los poderes otorgados para que se ejecuten ante la pérdida del discernimiento del otorgante, es decir: poderes preventivos.

III) Se debe entender que el art. 60 CCCN cuando reconoce el otorgamiento de mandato en “previsión de la propia incapacidad”, se refiere tanto a la pérdida del discernimiento como a la restricción a la capacidad de ejercicio de la persona. En el último caso configura una excepción al inciso h) del art. 380 y al inciso e) del art 1329 del CCCN. Asimismo debe entenderse que la norma se refiere tanto a poderes como a mandatos.

IV) El IDeI propone profundizar el análisis de los Poderes Preventivos, el estudio de su aplicación en el Derecho Comparado, promover su instrumentación en nuestro país en el marco de la legislación vigente, aun cuando no se encuentre expresamente previsto en el CCCN, y paralelamente bregar por la reforma legislativa necesaria que la contemple.

En similar situación se encontraban los actos de autoprotección, que nacieron en el ámbito notarial a raíz de nuevos requerimiento de las personas, cuando no había legislación alguna que específicamente los regule. A pesar de ello, anclada en normas constitucionales y convencionales, su validez se impuso en pocos años, se crearon registros para su publicidad en casi todos los colegios notariales de las diferentes provincias argentinas, comenzó a funcionar en el Consejo Federal del Notariado Argentino la comisión de autoprotección y en su

seno se creó, ya en el año 2009, el Centro Nacional de Actos de Autoprotección para centralizar la información de los actos otorgados en todo el país. Al momento de la sanción del CCCN, la validez de las directivas anticipadas en salud y de los actos de autoprotección en general, no estaban en duda.

Es momento pues, de emprender una tarea similar en relación a los Poderes Preventivos, en pos de su efectiva vigencia.

V) Mientras se avanza en la materia, y a fin de promover una paulatina recepción de los poderes preventivos en nuestro medio, se recomienda incluir en la instrumentación de los poderes generales, si ello es acorde a la voluntad del otorgante, la cláusula a que hace referencia la conclusión número 8 consignada ut supra.

VI) Actos de autoprotección, directivas anticipadas en salud y poderes preventivos persiguen un mismo objetivo: garantizar el derecho de todo ser humano a planificar su futuro de acuerdo a sus deseos y preferencias y al sostenimiento de su dignidad. El respeto a la voluntad de todas las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, es una responsabilidad que nos involucra a todos. La implementación de los poderes preventivos es un paso más que nos acerca a ese objetivo.

### **Caso Práctico analizado**

*LOS HECHOS: José es un hombre de edad avanzada, casado con Juana, con quien ha tenido cuatro hijos, Manuel y Ana, casados, Roque y*

*Sebastián, solteros. Todos mayores de edad. Sebastián es el único que vive con sus padres, padece una discapacidad mental, si bien no se le ha iniciado ningún proceso de restricción a su capacidad de ejercicio pues sus padres no lo han creído necesario hasta el presente, han tramitado el certificado de discapacidad que le permite acceder a ciertos beneficios previsionales y médicos.*

*Poseen dos propiedades de origen ganancial, el inmueble en el que habita con su cónyuge, de titularidad de Juana, y un departamento que actualmente se encuentra desocupado de titularidad de José.*

*Los médicos han diagnosticado a José un principio de Alzheimer, con un deterioro neurológico que, si bien aún no es grave, es progresivo y ya entorpece su locomoción y autogobierno.*

*Como consecuencia de una caída reciente, debido a su falta de equilibrio, se ha fracturado una cadera, por lo cual debe someterse a una cirugía de manera urgente. La prótesis que recomiendan los médicos no es reconocida por su obra social, así como gran parte del tratamiento farmacológico y de rehabilitación que su estado de salud requiere y requerirá en el futuro.*

*No poseen ahorros personales, viven de sus haberes jubilatorios y del alquiler del departamento que actualmente está desocupado, por lo cual solo genera gastos. Su situación patrimonial no le permite afrontar todos los gastos médicos y de cuidados personales que Juana sola no puede cubrir por su avanzada edad.*

*Años atrás en ocasión de ausentarse varios meses por un viaje al extranjero por motivos laborales, José otorgó a favor de su mujer, Juana, un poder general de administración y disposición por escritura pública. En dicho instrumento, además de las cláusulas de estilo, autoriza a su cónyuge a brindar en su nombre el asentimiento conyugal para la venta de cualquier inmueble. Asimismo manifiesta su voluntad de que el poder subsista ante la pérdida de discernimiento o incapacidad del otorgante y así lo solicita a las autoridades judiciales y administrativas que deban intervenir en caso necesario.*

*También otorgó años atrás una escritura sobre directivas anticipadas en salud designando a Juana como interlocutora y representante ante los equipos médicos.*

*Los hijos desean iniciar un proceso de restricción de su capacidad jurídica, a fin de vender los bienes, si fuera necesario, para cubrir todos los gastos que genera la atención de su salud.*

*José comprende en gran parte su situación, y se niega a que le inicien dicho proceso. Teme perder todo control sobre su vida. Le preocupan en cambio las consecuencias de la cirugía a la cual debe someterse, y, dada la edad avanzada de su cónyuge, desea autorizar a su hijo Roque a asumir las decisiones necesarias tanto con respecto a su salud como en relación a su vida cotidiana y a su patrimonio. Roque es el hijo más cercano, los visita diariamente y se ocupa de sus necesidades diarias.*

## CONSULTA

*Juana consulta al escribano o abogado de confianza:*

1. *¿El poder general que otorgó su cónyuge subsiste en las actuales circunstancias? ¿Puede utilizarlo para enajenar alguno de los dos inmuebles a fin de solventar la recuperación de su marido bajo las mejores condiciones y tratamientos?*

2. *¿Conviene iniciar un proceso de restricción a su capacidad de ejercicio? ¿Se puede iniciar contra la voluntad de José?. ¿Lo inhabilitará totalmente para tomar toda decisión? ¿Subsistirá entonces el poder que ya ha otorgado?*

3. *¿Se puede hacer algo ante la negativa de la Obra Social a cubrir en su totalidad el tratamiento médico indicado y la prótesis de cadera recomendada?*

4. *¿Son válidas las directivas médicas que ha otorgado su marido? ¿Puede otorgar nuevas directivas anticipadas en previsión del avance de su deterioro físico y mental, ampliando las facultades a otro tipo de actos e incluyendo a su hijo Roque? En caso afirmativo ¿qué recaudos son necesarios? ¿Podrá hacerlo si se le restringe judicialmente su capacidad de ejercicio?*

5. *Con respecto a su hijo Sebastián, le preocupa su futuro en el caso en que ella ya no pueda velar por él. Desearía que en esas circunstancias sea*

*Roque quien lo atiende y se ocupe de todas sus necesidades. ¿Qué pasos puede seguir al respecto?*

*6. ¿Qué más le aconsejaría en su asesoramiento?*





# *PRÁCTICA NOTARIAL*



**ACTO DE AUTOPROTECCIÓN Y  
DIRECTIVAS ANTICIPADAS DE SALUD CON  
DESIGNACIÓN DE INTERLOCUTOR PARA LOS  
ACTOS MÉDICOS OTORGADO POR  
ADOLESCENTE MAYOR DE 16 AÑOS**

María Mercedes *CORDOBA*<sup>1</sup>

“Cuando éramos niños [...] la muerte, lisa y llana  
no existía”

Mario Benedetti

**Consideraciones iniciales.**

Las varias normas que regulan el consentimiento informado y las directivas anticipadas no han sido del todo coincidentes en el tratamiento de estas herramientas cuando son otorgados por menores o personas con capacidad restringida. La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial ha traído la reafirmación de los derechos ya consagrados en materia de cuidado del propio cuerpo por parte de

---

<sup>1</sup> 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.

niños en su artículo 26 sin terminar de zanjar la cuestión del pronunciamiento por anticipado de directivas médicas.

Una interpretación armónica y constitucional, favorable a la libre manifestación de los niños y personas con capacidad restringida en lo que tiene que ver con su vida y salud nos ha hecho inclinarnos por su plena participación en la toma de estas decisiones y a la posibilidad de que estas sean receptadas en escritura pública.

Lejos de nuestra intención proponer un modelo normalizador de los actos de autoprotección ya que creemos que estos deben ser una tarea de tipo artesanal, como se ha dicho en esta revista un verdadero “traje a medida” de la persona que las dicta. Sin embargo sabemos que puede resultar práctico para servir como ejemplo de las cláusulas a contener y sus fundamentos. Imaginamos en el caso que traemos a análisis a un adolescente que atraviesa una enfermedad degenerativa que indubitablemente lo llevará a la muerte. Hemos dividido el proyecto en secciones, comparecencia, situación familiar, fundamentación, directivas anticipadas, nombramiento de interlocutores de salud y aceptación de la designación, exequias, publicidad, y concurrencia de testigos del acto.

Toda persona con independencia de su edad y grado de madurez tiene derecho a comparecer en el acto escriturario. El escribano es el operador de derecho quien calificará el carácter de la intervención conforme al decreto 1089/12 que dice que el otorgante deberá expresarse sobre capacidad, competencia y discernimiento (*el otorgante es el adolescente*). Dado que los adolescentes pueden otorgar los

ACTO DE AUTOPROTECCIÓN Y DIRECTIVAS ANTICIPADAS DE SALUD CON  
DESIGNACIÓN DE INTERLOCUTOR PARA LOS ACTOS MÉDICOS OTORGADO POR  
ADOLESCENTE MAYOR DE 16 AÑOS.

actos jurídicos válidos que les son permitidos por las reglas del código civil y comercial, en el caso en particular que traemos a modo de ejemplo entendemos que el adolescente tiene capacidad para el acto de acuerdo al Art. 26 Código Civil y Comercial, por lo que no deberá expresarse el autorizante sobre el grado de madurez.

Las directivas pueden ser entregadas al escribano por escrito en cuyo caso las agregará en forma de minuta o verbalmente para que las escriba directamente al protocolo mediante dictado, en cuyo caso el escribano deberá transcribirlas textualmente.

El diagnóstico y pronóstico de la enfermedad puede ayudar a circunstanciar el acto de autoprotección, a los fines de circunstancias la voluntad real del disponente, también pueden agregarse aquí la forma de vida habitual, la realidad familiar, las relaciones de amistad, las creencias y valores y toda otra situación que pueda ayudar a conocer al disponente, ya que llegado el momento de tomar decisiones sobre él lo que se intentará es conocer su parecer sobre el asunto.

Dentro de la temática que nos ocupa la posibilidad de representación voluntaria merece especial atención. La representación legal del menor corresponde a sus padres o tutores. En materia de salud se admite que esta representación es de carácter especial en cuanto el representante sólo actúa para comunicar la voluntad del representado, integrando el consentimiento informado como lo hubiese dado el representado si pudiese expresarse en el momento de la práctica médica. Los adolescentes mayores de dieciséis años, como el caso que

planteamos, no necesitan la integración del consentimiento con el asentimiento paterno, como sí ocurre para los menores de dieciséis por lo tanto entendemos que siendo solo su voluntad la que está en juego puede manifestar la misma con cualquier antelación.

Hemos agregado un párrafo para la disposición de exequias. No solemos incluirlas cuando se otorgan directivas anticipadas pero las traemos porque comparten un punto en común. Nuevamente nos encontramos frente al problema de la expresión plenamente capaz en el art. 61 del código civil y comercial. Parece inferirse que solo los mayores de 18 años y sin ninguna restricción a la capacidad podría disponer de su cadáver. Un criterio similar se desprende de la ley 24.193 que establece los 18 años para la disposición de órganos. Hay que tener en cuenta que ésta ley fue sancionada cuando la mayoría de edad se adquiría a los 21 años por lo que la plena capacidad no sería un requisito ineludible.

Para el caso en análisis no sería necesaria la mención de la madurez del menor, ya que la ley la presume al considerarlo como adulto en las cuestiones vinculadas al cuidado de su propio cuerpo. En cuanto a la forma no nos cabe duda que para otorgar directivas anticipadas plenamente válidas el acto debe ser otorgado por escritura pública con la presencia de dos testigos. La ley especial no ha sido derogada por la sanción del código civil y comercial por los que entendemos que los requisitos de forma es decir la intervención de

ACTO DE AUTOPROTECCIÓN Y DIRECTIVAS ANTICIPADAS DE SALUD CON  
DESIGNACIÓN DE INTERLOCUTOR PARA LOS ACTOS MÉDICOS OTORGADO POR  
ADOLESCENTE MAYOR DE 16 AÑOS.

escribano o juez de primera instancia y la comparecencia de testigos resultan de imprescindible aplicación.

**ACTO DE AUTOPROTECCIÓN. DIRECTIVAS  
ANTICIPADAS DE SALUD POR ADOLESCENTE.**

En la ciudad de Rosario, departamento del mismo nombre, provincia de Santa Fe, en el domicilio del Hospital Provincial del Centenario sito en Urquiza 3101 de esta ciudad ante mí comparece ARACELLI XIMENEX, quien acredita identidad en los términos del art. 306 inc. A del Código Civil y Comercial con D.N.I. N° 47.769.127 y manifiesta ser argentina, nacida el 04 de julio de 2000, hija de Mario Ximenex y de Juana López, domiciliada en Dante Alighieri 2817 de la ciudad de Granadero Baigorria, mayor de dieciséis años. La considero capaz para este acto, con competencia en los términos del Art. 26 inc in fine y con discernimiento MANIFIESTA: que ha decidido otorgar un acto de autoprotección y directivas anticipadas de salud que redactaré según lo que verbalmente expresa la compareciente y según una minuta que ha escrito de su puño y letra que agrego a la presente. **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, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño aprobada por nuestro país por ley 23.849, los artículos 1, 2, 26, 60, 61 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 26.529 (modificada por ley 26742), y la ley 26.657.

**DICE:** 1) CIRCUNSTANCIAS PERSONALES: Que hace tres años le diagnosticaron esclerosis lateral amiotrófica y que conforme a ese diagnóstico el pronóstico es que el funcionamiento de su cuerpo irá deteriorándose en forma gradual, hasta llegar a la muerte. Al estado actual de la ciencia médica es poco probable que alcance una recuperación total de sus funciones corporales. 2) ESTIPULACIONES PARA LA VIDA COTIDIANA: Es su deseo continuar su vida lo más plenamente posible dentro su estado de salud. Desea continuar concurriendo a la escuela de Enseñanza Media República de Grecia donde actualmente cursa cuarto año y graduarse el año que viene. Desea que en su graduación estén presentes sus compañeros de primaria por lo que solicita se haga un esfuerzo por invitarlos. Mientras sea posible desea tomar sol todos los días. Cuando esté en silla de ruedas y sea posible desea trasladarse a tomar sol a la plaza Alberdi de Rosario, cerca del reloj por aproximadamente media hora, lo más cerca de las dos de la tarde. También desea ser vestida diariamente con ropa deportiva con pantalón negro y remeras de colores claros o brillantes. Siempre que sea posible no quiere usar camión o ropa de cama durante el día. Mientras sea posible desea permanecer en su casa, en su



habitación. Si tiene que ser trasladada a un hospital quiere tener consigo un aparato reproductor de música. Hace un tiempo estuvo compilando música para sus momentos de internación, la que desea que se pase al menos una vez al día. Dentro de lo posible desea que le acerquen para leer las noticias apenas se despierte de un diario argentino, de un diario internacional y de un diario en inglés. Quisiera leer las obras completas de Borges, mientras pueda hacerlo por sí misma y luego que se las lean si ya no puede hasta terminarlas. Dentro del marco del proyecto de blog sobre concientización de la enfermedad que padece (ELA) permite a sus familiares el uso de su imagen en la forma de fotografías, videos, audios, expresiones artísticas sobre su cuerpo etc. todo beneficio económico o no del uso de su imagen será destinado a donación a la asociación que ayude a los enfermos de ELA en Argentina. 3) DIRECTIVAS MÉDICAS: En especial desea dejar expresada su voluntad en cuanto a que entiende y cree que el final de su vida se encontrará próximo cuando ya no pueda respirar sin ayuda. Permite que se le administre respiración asistida mecánica no invasiva. Esto significa que no desea que se le intube bajo ninguna circunstancia. Esta directiva no puede ser pasada por alta por ningún médico tratante ni por el interlocutor designado. Desea alimentarse por sí misma todo el tiempo que sea posible. Desea ser alimentada aún en forma artificial una vez que no pueda deglutir. Desea ser hidratada aún en forma artificial y aunque signifique que la inyecten. Estas directiva puede ser modificada por su representante si a su juicio considera que puede favorecer a su

calidad de vida y no solo para prolongarla sin que la mejore. Desea someterse a tratamientos novedosos y aun experimentales si a criterio de su representante pueden mejorar su calidad de vida, no así si solo aumentan el tiempo que pueda sobrevivir. No desea ser internada en cuidados o terapias intensivas.

4) DESIGNACION DE REPRESENTANTE Designa a su hermano Carlos Ximenex, D.N.I. 17.390.978, para que sea su interlocutor en cuestiones de salud y representante, para que tome decisiones por ella en materia de salud y brinde consentimiento informado. Le otorga pleno poder y autoridad para aceptar o rechazar tratamientos en su nombre si se encuentra sin discernimiento, consultar a los médicos, recibir copias de su historia clínica y emprender acción judicial a fin de que se respeten sus deseos. Si él no quiere o no puede ejercer su representación designa a su cuñada Arminda Felicidad, D.N.I. 17.230.405, esta representación continuará aún en el caso de que se divorcie de su hermano. Desea excluir expresamente a sus padres de representarla porque ellos querrán mantener su vida orgánica más allá de sus expresos deseos de que su deceso ocurra de forma natural. En lo posible desea morir en casa. Presentes en este acto Carlos Ximenex y Arminda Felicidad ratifican sus datos personales que obran ut supra, y declaran que conocen la voluntad de la compareciente aquí plasmada y las instrucciones que esta ha impartido y manifiestan su total aceptación y conformidad con la designación como representantes, aceptándola.

5) EXEQUIAS. La declarante desea donar sus órganos para trasplante. Si los médicos los

ACTO DE AUTOPROTECCIÓN Y DIRECTIVAS ANTICIPADAS DE SALUD CON  
DESIGNACIÓN DE INTERLOCUTOR PARA LOS ACTOS MÉDICOS OTORGADO POR  
ADOLESCENTE MAYOR DE 16 AÑOS.

considerasen no aptos para trasplantes no autoriza su uso de otra manera. Que no desea ser expuesta a la vista de nadie. Desea ser inhumada en el cementerio parque de Ibarlucea en la parcela de propiedad de sus padres. Quisiera que planten violetas sobre su tumba.

6) 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 Carlos Ximenex y Arminda Felicidad c) Que autoriza a Carlos Ximenex y Arminda Felicidad 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 los cónyuges Abel Cuervo, D.N.I. 23.235.232 y Ariel Amado D.N.I. 22.257.301 ambos domiciliados en España 754 de la ciudad de Casilda quienes intervienen en carácter de testigos del acto en los términos de la Ley 26.529 y su decreto reglamentario. Los testigos manifiestan que consideran a la compareciente capaz, competente y que cuenta con pleno discernimiento. Todo por ante mí que doy fe.



**INSTITUCIONES  
NOTARIALES**



## EL VERBO MEDIAR

Stella Maris Miriam ESTELRICH<sup>1</sup>

Yo mediaré, tú mediarás... Conjugar, poner en movimiento ¡Darle vida! Mediar. Mediación. Definiremos la palabra que procura cooperar para el entendimiento: “*La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable*”.

Al ser la mediación un procedimiento posee una estructura, aunque ésta sea flexible e informal, es no adversarial porque busca que las partes actúen juntas y cooperativamente; y el mediador (tercero neutral) ayuda a explorar las vías de solución del conflicto. Sí, conflicto: dos o más partes enfrentadas que no encuentran una alternativa de solución y están inmersas en una divergencia percibida de intereses.

---

<sup>1</sup> Notaria titular de registro de la ciudad de Rosario. Miembro pleno del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) y miembro del Comité de redacción de la presente Revista.

Sabemos que la mayoría de los conflictos son pasibles de ser dirimidos en el ámbito judicial pero, con la firme convicción de que el proceso judicial debe ser la última alternativa, el último y más solemne escalón, se crearon y perfeccionaron las TÉCNICAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (TARC) Entre estas alternativas encontramos a la mediación, la negociación, el arbitraje, el med-arb. Sin embargo, no serán de aplicación, en general, en cuestiones en que esté involucrado el orden público.

El procedimiento de mediación no es privativo de esta época, ya que en el año 1239 comenzó a intervenir el Tribunal de las Aguas en Valencia (España), el que fue constituido para mediar entre los campesinos el conflicto más importante de la región: el uso del agua.

La mediación prejudicial obligatoria en materia civil y comercial es regulada y fue establecida en la provincia de Santa Fe por la Ley de Mediación 13151/2010; y el Decreto Provincial 1747/2011, que aprueba la reglamentación de dicha ley. A los escribanos, nos es vedada la inscripción al Registro de Mediadores y Comediadores de la Provincia de Santa Fe para la mediación prejudicial obligatoria, por lo que nos referiremos a la mediación privada.

Numerosos notarios se han capacitado como mediadores y ejercitan, en principio, una actividad que les es sobradamente conocida: “escuchar”. Además, la labor de los escribanos se asemeja a las del mediador por la imparcialidad, neutralidad; y por ser receptores de la



voluntad de las partes, moderadores, redactores de acuerdos dentro del encuadre jurídico conforme a lo resuelto o a lo acontecido.

Al procedimiento de mediación se llega por decisión de las partes involucradas en un conflicto que desean solucionar sus diferencias en un ámbito privado por lo que recurren a un centro de mediación.

La mediación privada tiene de la pureza, la esencia del sentido primigenio de la Mediación. Y es así, porque a la mediación se acude voluntariamente, nadie puede ser obligado a reunirse con la parte enfrentada en el conflicto y con el mediador si no quiere hacerlo, es más, puede asistir a una reunión y luego retirarse. Lo que debe existir en las partes es el deseo, la íntima convicción de querer solucionar el conflicto que las enfrenta a través de un procedimiento informal, privado y cooperativo. La mediación exige: *colaborar para sumar, buscar soluciones creativas, evitar el enfrentamiento vano.*

Es posible concurrir a las reuniones con el mediador asistido por un abogado patrocinante, o consultarlo antes de firmar el acuerdo; dicho acuerdo puede ser homologado judicialmente.

En la calle Dorrego 558 de nuestra ciudad, funciona el Centro de Mediación del Colegio de Escribanos de la Segunda Circunscripción. El procedimiento allí se rige por el Reglamento que fue aprobado por Acta 2109 de fecha 16 de junio de 2007 del Consejo Directivo del

Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción ( Modificaciones y nuevo texto ordenado ratificado por Acta N° 2314 de fecha 11/04/2016)

El Centro de Mediación de nuestro colegio sugiere la incorporación en todos los contratos y reglamentos en las que el notario intervenga, la siguiente cláusula : “Las partes acuerdan someter a mediación cualquier controversia que pueda suscitarse con motivo de la interpretación, ejecución, validez, eficacia o cualquier otra contingencia que se relacione directa o indirectamente con el presente contrato, así como la reparación de los daños y perjuicios que pudieran derivar de su incumplimiento. El proceso de mediación se desarrollará en el Centro de Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe - 2da. Circunscripción, ante el mediador que esa institución designe, salvo que el mismo sea elegido de la lista de los mediadores. El proceso de mediación se llevará a cabo en un todo de acuerdo con el Reglamento de Mediación de esa Institución, el cual las partes declaran conocer y aceptar, considerándolo parte integrante del presente contrato. Finalizado el proceso de la mediación sin que las partes hayan arribado a un acuerdo, se someterán a los Tribunales Ordinarios de la ciudad, renunciando a cualquier otro fuero que pudiere corresponder, inclusive el federal”

Sin dudas, la mediación busca la colaboración, los puntos de unión, abre el camino generando alternativas para que las partes lleguen

a un acuerdo mutuamente aceptable. El mediador no es juez, no adjudica, no decide; es simplemente el conductor hacia un resultado mutuamente aceptable ¿Qué otra ventaja tiene este procedimiento? Es rápido y más económico que el proceso judicial. Además las partes deciden y son las que deberán poner la mirada en el futuro, “*en el de aquí en más*”, ya que la mediación no desentraña el pasado buscando pruebas sino construye un futuro a partir de un acuerdo satisfactorio que las mismas partes intentarán lograr.

El mediador que lleva adelante el procedimiento deberá ser una tercera persona sin vinculación a las partes y ajena a la disputa, por lo tanto imparcial. A él se le revelarán todos los matices del conflicto teniendo el deber de mantener en secreto todo lo que ha escuchado, asume el compromiso de confidencialidad. Esto significa que si las partes no llegan a un acuerdo a través de la mediación y recurren luego a la justicia ordinaria, el mediador no puede ser llamado como testigo ni todo lo sucedido en el procedimiento de mediación puede ser revelado. Se asume un compromiso de confidencialidad que es plasmado en un convenio firmado no sólo por el mediador sino también por las partes.

El mediador es la guía, la sugerencia, el impulsor de las distintas alternativas, el moderador de emociones, la autoridad para poner orden en el procedimiento, para imponer respeto mutuo, para descubrir el interés real de cada parte a veces escondido detrás de las palabras. Es el que pone acento en las coincidencias, en los aspectos positivos, es el

que le brinda un ámbito neutral, cómodo y confiable para desahogar sus expectativas. En fin, es la persona que se ha capacitado en esta tarea de ayudar a las partes a solucionar su conflicto, es el que convoca a razonar, a intentar un acuerdo a través de la colaboración.

La mediación propone: *informalidad, voluntariedad, economía, celeridad, confidencialidad.*

Por eso, conjugemos el verbo mediar: yo mediaré, tu mediarás... asumiendo con adultez responsable la búsqueda de solución a los conflictos, y por sobre todo, para vivir cara al futuro y mucho, mucho mejor.

## 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](mailto: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 Garamond n° 12, interlineado 1,5 líneas, con una extensión no mayor 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 Diciembre de 2017  
en **Graficarte**  
Tel. 0341 482 6405  
1graficarte@gmail.com  
Paraguay 3176 - 2000 - Rosario, Santa Fe  
Argentina