



# REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

Propiedad Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2ª Circunscripción

---

REVISTA Nro 10 – AÑO 6

## **DIRECCIÓN**

Alicia Beatriz Rajmil  
Pedro Eugenio Marzuillo

## **SECRETARÍA**

Stella Maris Myriam Estelrich  
Mónica Susana Zanazzi

## **COMITÉ DE REDACCIÓN**

Enrique Jorge Arévalo  
Erika Silvana Bramatti  
Lilia Graciela Castelan  
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 Semestral

© 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: Planetario Municipal de la 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 572650



## 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

Analía Teresa Lamas

Roberto Augusto Lucero Eseverri

Pedro Eugenio Marzuillo

Alejandro Toguchi

María Claudia Torrens

Mónica Susana Zanazzi

### **Miembros Adherentes**

Dariel Oscar Barbero

Erika Silvana Bramatti

Mercedes Piñeiro

María Elina Rossi

### **Miembros Honorarios**

Luis Rogelio Llorens

Leonardo Bernardino Pérez Gallardo

### **Colaboradores**

Ramiro Paulo Tulián

Iris Nidia Vallortigara





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

**Consejo Directivo**

**Presidente**

José Alejandro Aguilar

**Vicepresidente**

Emma Herminia Parma

**Secretario**

Marcelo Daniel De Laurentis

**Pro-Secretario**

Andrés Gustavo Brelich

**Tesorero**

Gabriel Gustavo Barat

**Vocales Titulares**

Alicia Beatriz Rajmil

Alejandro Toguchi

Ricardo Daniel Pasquinelli

Carlos Alvaro Gomez Tomei

Cecilia Carla Moreno

Georgina Mabel Todeschini

**Vocales Suplentes**

Raquel Guadalupe Monti

Susana María Rostagno

Silvia Maela Massiccioni

Iñaki Barrandeguy

Andrea Esther Orsetti

**Síndicos de la Caja Notarial**

Patricia Prioti

Gonzalo Jorge Sánchez Almeyra



# **SUMARIO**

Volumen 1 – Nro 10 – Septiembre Año 2014

<b>I Editorial</b> .....	pág.	9
--------------------------	------	---

## **II Doctrina**

¿Protección? De las personas con discapacidad y de la legítima en el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación .....	pág.	15
--	------	----

*Not. Maritel BRANDI TALANA*

La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad.....	pág.	49
--	------	----

*Not. Enrique Jorge ARÉVALO*

Capacidad y Autonomía a la luz de nuestro código Civil y el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial .....	pág.	93
--	------	----

*Dra. Romina Andrea RAJMIL*

## **III Legislación**

Proyecto Legislativo de la Provincia de Santa Fe .....	pág.	119
--	------	-----

Proyecto de Ley. Legislatura de la Provincia de Santa Fe .....	pág.	127
--	------	-----

#### **IV Jurisprudencia**

Acuerdo de la Suprema Corte de Justicia.....pág. 137

La interpretación del Art. 152 ter del Código Civil:

crónica de la aplicación de un cambio de paradigmas.....pág. 159

*Not. Luis Rogelio LLORENS*

*Not. Alicia Beatriz RAJMIL*

*Dra. María Claudia TORRENS*

#### **V Jornadas y Congresos**

Primer Congreso Interdisciplinario

sobre Vulnerabilidad y Derecho.....pág. 187

#### **VI Práctica Notarial**

Pautas de Práctica Notarial ante el otorgamiento de

Directivas médicas anticipadas.....pág. 207

*Not. María Laura LEMBO*

Escritura de Autoprotección.....pág. 215

*Not. María Laura LEMBO*

**VII** Pautas para Publicación de Trabajos .....pág. 219



## EDITORIAL

El IDEI, en sus seis años de continua labor, fiel a su compromiso con la vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas, ha desarrollado y desarrolla múltiples actividades académicas, sociales y culturales. Entre ellas, la organización de cursos, jornadas, talleres de trabajo, charlas, conferencias y encuentros con profesionales y funcionarios vinculados a las materias en estudio. Asimismo brinda asesoramiento y evacúa consultas. En sus reuniones semanales se analizan jurisprudencia, legislación, doctrina y casos concretos. Se participa activamente en otros eventos académicos y se procura siempre la vinculación con instituciones públicas y privadas relacionadas. Y por supuesto la divulgación científica de la temática en estudio a través de las páginas de esta revista, cuyo número diez presentamos aquí a nuestros lectores.

Este año, nuestro instituto propuso la realización del Primer Congreso Interdisciplinario sobre Vulnerabilidad y Derecho, que se organizó conjuntamente con la Facultad de Derecho de la UNR, con la participación del Gabinete Social del Gobierno de la provincia de Santa Fe. El Congreso, de carácter interdisciplinario, reflejó en gran medida el espíritu y las convicciones que guían la labor del IDEI, y se identificó con sus objetivos que proponen vincular los aspectos teórico- académicos con los pragmáticos- sociales, para la cooperación y el intercambio de conocimientos y de buenas prácticas. La entusiasta participación y los

## EDITORIAL

valiosos aportes de profesionales y trabajadores de diferentes ámbitos científicos y sociales, de todo el país, inclusive del extranjero, demostraron el compromiso y la auténtica preocupación e interés por la temática y las propuestas del congreso. Publicamos en estas páginas los trabajos premiados, un informe sobre el desarrollo del evento y las conclusiones de sus comisiones de trabajo.

Recientemente fueron aprobados por unanimidad en la Cámara de Senadores de nuestra provincia, dos importantes proyectos del senador Hugo Marcucci, vinculados con el Derecho de Autoprotección. Proyectos similares se habían presentado en el año 2009 en la Cámara de Diputados, lo que motivó su publicación en el número dos de esta revista. Su media sanción por Senadores y algunas modificaciones introducidas a los proyectos originales, ameritan su inclusión hoy en estas páginas.

Nuestra jurisprudencia, asumiendo los grandes cambios operados en el mundo jurídico en relación a la capacidad jurídica de las personas y a su ejercicio por las personas con discapacidad mental, avanza procurando encuadrarse en los nuevos paradigmas internacionales en la materia y en nuestra más reciente legislación. Publicamos aquí una sentencia relacionada con esta temática y su comentario.

En la sección Práctica Notarial incluimos un proyecto de escritura sobre directivas anticipadas en salud y sugerencias con respecto a su implementación, elaborado de manera excelente por la escribana María Laura Lembo de la provincia de Mendoza, que consideramos de suma utilidad por tratarse de actos en pleno desarrollo, cuyo requerimiento crece sostenidamente y que generan aún frecuentes dudas.

## EDITORIAL

A lo largo de los trabajos publicados en estas páginas se referencian y analizan normas del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Su reciente sanción nos abocará ineludiblemente al pormenorizado estudio de su texto definitivamente aprobado. Lo haremos entonces desde nuestra modesta mirada, analizando aciertos y errores, con el propósito, siempre presente en estos seis años del IDeI, de avanzar de manera sostenida hacia una sociedad inclusiva, igualitaria y respetuosa del efectivo ejercicio de los derechos fundamentales de todas las personas.



# *DOCTRINA*



**¿PROTECCIÓN? DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD Y DE LA LEGÍTIMA  
EN EL PROYECTO DE REFORMA Y  
UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y  
COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Maritel BRANDI TAIANA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** Introducción. A.- Disposiciones respecto de las restricciones a la capacidad. Análisis del contenido y alcance de los artículos 39, 44, 45 y 46 proyectados. 1.- Registración de la sentencia y actos posteriores a aquélla (arts. 39 y 44). 2.- Actos anteriores a la inscripción de la sentencia. B.- Algunos comentarios acerca del

---

<sup>1</sup> Notaria Adscripta a registro Notarial de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Ayudante designada por concurso en la cátedra de Derecho Notarial, Inmobiliario y Registral de la Universidad de Buenos Aires. Colaboradora en el dictado de los cursos de Práctica Notarial en el Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires.

tratamiento de los actos a título gratuito y la legítima en el proyecto de reforma del código civil y comercial de la nación.

## Resumen

Los artículos 39, 44, 45 y 46 del Código proyectado -2012- regulan la inscripción de la sentencia que determina la extensión y el alcance de la discapacidad de una persona en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, así como los efectos que ello produce respecto de los actos otorgados antes o después de dicha inscripción.

El Proyecto no considera la inscripción de la sentencia en el Registro de Anotaciones Personales (local o nacional) y tacha de nulos los actos otorgados con posterioridad a la inscripción de la sentencia que limita o restringe la capacidad de un individuo si éstos contrarían lo dispuesto en aquélla. Esta previsión no contempla los sistemas registrales y publicitarios actualmente vigentes ni toma en consideración la buena fe comercial diligente, por lo que introduce un factor importante de inseguridad jurídica en el ámbito contractual.

Más peligrosa aún resulta la redacción de los artículos 45 y 46 del Código proyectado en relación a los actos anteriores a la inscripción de la sentencia dado que: a) Refiere, en general, a actos anteriores a la inscripción sin exigir requisito alguno temporal o procesal que acote el alcance de la disposición legal en el tiempo; b) Si el acto otorgado lo es a título gratuito, es posible de ser declarado nulo por el sólo hecho de serlo; c) el fallecimiento de una persona con posterioridad al inicio de



una acción para la declaración de su incapacidad o capacidad restringida, tiene efectos constitutivos de una sentencia que así lo declare.

En general, el tratamiento que el Código proyectado brinda a los actos a título gratuito, vulnera la autonomía de la voluntad de los disponentes, así como los derechos de los herederos legitimarios a quienes supuestamente pretende proteger y, en su caso, a los herederos con discapacidad que el artículo 2448 proyectado intenta beneficiar.

### **ABSTRACT**

Articles 39, 44, 45 and 46 of the projected new Civil and Commercial Code – 2012- rule the registration of the sentence that determines the extension and scope of the disabilities of a person at the Civil Registry, as well as the effects that such registration produces as regards the acts granted before or afterwards.

The projected law does not take under consideration the registration of the sentence at the Registry of personal records (national or local) and consider null and void those acts granted after the registration of said sentence that limit or restrict the abilities of the person, in case they go against the sentence regulation. This order does not take into account either the legal registry system that are now in force or the diligent business good faith. Thus this regulation introduces an important factor of lack of legal surety in the contractual field.

The regulation stated in articles 45 and 46 of the projected Code is even more dangerous as regards the acts granted before the

registration of the sentence as: a) it refers, in general, to acts granted before the registration without a temporal or procedural requisite that could limit the legal order over time; b) In case the act has been granted by a lucrative title, it might be declared null and void just for being so; c) the death of a person after the starting of a proceeding to get the declaration of lack of ability has a constitutive effect as a sentence that declares so.

In general, the regulations that the projected Code gives to the acts granted by a lucrative title violates the free will of the grantors, as well as the rights of the legitimate heirs to whom the law seems to protect and, where appropriate, the ones of the heirs with disabilities that article 2448 tries to benefit.

### **PALABRAS CLAVE**

Discapacidad – Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial – legítima hereditaria

### **KEY WORDS**

Handicap - Unificated Project of the Argentinian Civil and Commercial Code – Hereditary legitime.

## Introducción

Todo cambia y ciertamente no siempre es fácil adaptarse a los cambios. Por momentos, tendemos a intentar mantener el “*statu quo*” por temor a lo nuevo. Sin embargo, de igual modo es indudable que en muchas situaciones no es fácil colegir si esos cambios que se viven en lo contemporáneo suponen una evolución, una involución o acaso una revolución.

A medida que nos aproximamos al estudio del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación vivenciamos, tanto desde el punto de vista jurídico como social, esa sensación de confusión que incluso nos dificulta entender con claridad la lógica de las reformas propuestas.

Recurrimos a los fundamentos y allí se prioriza el reconocimiento de los principios de libertad, autonomía de la voluntad, protección de los más desfavorecidos y vulnerables, actualización e incorporación de modernas posturas e institutos doctrinarios y jurisprudenciales. No obstante, cuando analizamos algunos aspectos en profundidad, nos encontramos con que, a la par de disposiciones que reivindican y plasman esos principios, existen otras que los inhiben y acotan y que incluso suenan arcaicas y pretorianas. A título de simple ejemplo leemos que, por una parte, el artículo 563 permite que una persona decida, mediante la implantación post-mortem de gametos, el nacimiento de un niño huérfano de padre pero, por otra parte, impide, como veremos más adelante en este trabajo, que un padre done libremente bienes a sus hijos.

Analizaremos, en un primer momento, algunas previsiones establecidas en el Proyecto respecto de las **restricciones a la capacidad** de las que el legislador ha decidido denominar “*personas humanas*” en una tautología altisonante y, a partir de allí, formularemos algunas consideraciones acerca del tratamiento que ofrece aquél para los **actos a título gratuito**.

#### **A. DISPOSICIONES RESPECTO DE LAS RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD.**

Este aspecto está regulado en el Libro Primero, Parte General, Título I “Persona Humana”, Capítulo 2 “Capacidad”, Sección 3° (arts. 31 a 61).

Advertimos que el Código mantiene, en principio, el criterio de que la incapacidad o la capacidad restringida es aquella declarada tal por sentencia judicial. Decimos “en principio” porque, en algunos artículos, como en el 2448 al que aludiremos más adelante, hace lugar al concepto de “*discapacidad natural*” entendida como aquella que, aún no habiendo sido judicialmente declarada, genera efectos jurídicos considerables. Ello en un todo de acuerdo con la definición contenida en el artículo 897 del Código Velezano respecto de los hechos voluntarios, asumida por el texto de los artículos 259 y 260 proyectados, en su definición de acto jurídico voluntario, el que deberá ser valorado y calificado por el escribano público en su intervención (art. 299), más allá de la existencia

efectiva de una sentencia judicial. **El discernimiento es elemento esencial del acto jurídico válido más allá de toda sentencia.**

Desde luego, y con gran satisfacción observamos el cambio conceptual radical que supone la introducción de la “*gradación*” de la discapacidad y la incorporación de los grandes avances legislativos y doctrinarios que se han producido en esta materia en los últimos 20 años.

En algunos aspectos consideramos que el “*aggiornamiento*” en la materia ha quedado tal vez algo corto, por ejemplo al no receptor expresamente las “*Directivas Anticipadas*” en aspectos patrimoniales y personales más allá de lo estrictamente sanitario, sin perjuicio de que, en todo caso, la legislación de rango constitucional las admite, o al no receptor expresamente los “*Podere Preventivos*” como instrumentos necesarios y útiles para la vehiculización de la voluntad libre y capaz de los individuos en previsión de la propia eventual futura discapacidad.

Al respecto, consideramos que, como ha sido siempre, todos estos institutos irán incorporándose a nuestro sistema jurídico a medida que la doctrina, la jurisprudencia y las inquietudes sociales, con sus interpretaciones, requerimientos y aportes, vayan aceitando los engranajes legislativos y exigiendo respuestas “a medida” a notarios y jueces.

Nos inquieta, sin embargo, encontrar algunas disposiciones que entendemos contravienen no sólo las disposiciones legales vigentes hasta ahora sino la lógica de los principios que supuestamente han guiado el proyecto en su totalidad y, lo que es peor aún, el propio comportamiento que los individuos han mantenido socialmente hasta ahora.

Veamos a qué nos referimos:

## ANÁLISIS DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 39, 44, 45 Y 46 PROYECTADOS.

### 1.- Registración de la sentencia y actos posteriores a aquélla (arts. 39 y 44)

Dispone el **artículo 39** proyectado, respecto de la sentencia que determine la extensión y alcance de la incapacidad:

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

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

La ley 26.413, reguladora del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, consagra desde redacción originaria, derogada por la Ley 17.671 una previsión similar, en especial en sus artículos 88 y 89<sup>2</sup>. Igual inscripción prevé el artículo 633 del Código Procesal Civil y Comercial

---

<sup>2</sup> Art. 88.- Se inscribirá en un libro especial que se llevará en la dirección general todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas.

Art. 89.- Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes de fondo de la Nación, los actos mencionados en este capítulo no producirán efectos contra terceros sino desde la fecha de inscripción en el registro.

de la Nación<sup>3</sup>, si bien no especifica el alcance de la comunicación de la sentencia al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Sin embargo, el problema se suscita cuando vinculamos el contenido de este artículo al anatema que prevé el **artículo 44** siguiente:

*“Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”*

Como decíamos, no obstante la actual exigencia legal de inscribir en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas las sentencias que limitan o restringen la capacidad, hasta la fecha dicha registración no provoca la condena que pretende el proyectado artículo 44.

La rápida lectura de este artículo podría hacernos pensar que es de pura lógica prever una sanción contundente para el caso en que se vulnere el contenido de la sentencia pero también es dable esperar del legislador que, con el fin de proteger a un sector social, que desde luego requiere especiales cuidados, no paralice el tráfico jurídico general con las consecuencias que ello acarrea a todos los miembros de la sociedad.

---

<sup>3</sup> Art. 633. - Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación. La sentencia se dictará en el plazo de QUINCE (15) días a partir de la contestación de la vista conferida al asesor de menores e incapaces o, en su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior. Si no se verificare la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades, el juez podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previstos en el artículo 152 bis del Código Civil. En este caso, o si se declarase la demencia, se comunicará la sentencia al registro del estado civil y capacidad de las personas....”.

En la práctica, nos preocupa la seguridad jurídica que merecerá cualquier acto o negocio que celebre cualquier individuo a partir de una disposición como la transcripta. En un enfoque parcial, a partir de una concepción patológica del funcionamiento social habitual, en aras de prevenir situaciones puntuales, el legislador vulnera los derechos de todos, sean ellos personas con discapacidad o sin ella.

Cabe preguntarnos:

¿El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá certificados con la celeridad que el tráfico jurídico cotidiano requiere?

¿A qué actos se extiende la nulidad? ¿A todos los actos y negocios jurídicos que se celebran a diario, desde la compra de un billete para viajar hasta la transmisión de un derecho real sobre inmuebles requerirán este certificado?

¿Qué alcance y plazo de validez tendrán dichos certificados?

¿Se establecerá un procedimiento de reserva de prioridad indirecta?

¿Qué operadores profesionales deberán gestionarlos?

¿Deberán pedirlos los particulares al celebrar transacciones informales o suscribir instrumentos privados?

Recuérdese que estamos ante una normativa de fondo que condiciona los efectos del acto o negocio más allá de los recursos técnicos de los que dispongan los agentes en cada oportunidad.



Consideramos que los medios con los que actualmente contamos en el ámbito jurídico son suficientes y efectivos a la hora de proteger debidamente del fraude a las personas con discapacidad, mediante exigencias básicas a observar por cada uno de los intervinientes en el tráfico: la de actuar de buena fe y con la debida diligencia para evitar resultados perjudiciales.

En efecto, por una parte, **respecto de los negocios jurídicos autorizados por los escribanos públicos e incluso aquellos en donde su actuación se limita a la certificación de firmas, se mantiene vigente, por el juego de los artículos 259, 260, 299 y concordantes del Código proyectado, nuestra obligación de verificar el discernimiento de las partes en los actos y contratos celebrados con nuestra intervención.**

Por otra parte, **en los casos en que son objeto del negocio jurídico a celebrarse, inmuebles, buques, aeronaves o rodados, incluso respecto de algunos actos societarios en particular, la ley exige la previa solicitud de informes o certificados de inhibiciones que informan, de acuerdo con la normativa vigente, las sentencias que declaran la incapacidad y/o inhabilidad de las personas físicas.**

Entendemos, que de existir algún ámbito en particular en el que el legislador considere la necesidad de extremar puntualmente la precaución más allá de lo que en la actualidad se hace, podría extender la obligación del operador del Derecho interviniente de solicitar, para esos casos, como requisito previo, la emisión del certificado respectivo. No

obstante, no estimamos conveniente generalizar la solicitud del mismo para casos que, en los hechos no generan habitualmente conflicto y que, lejos de coadyuvar a una solución, provocarán la paralización de las relaciones civiles y mercantiles y la permanente desconfianza negocial.

Amén de ello, evidentemente sería muy conveniente contar con el tan reclamado Registro de Anotaciones Personales de orden nacional que centralice la información que actualmente se inscribe en los Registros locales. Hasta tanto ello pueda concretarse, nos inclinamos por la preservación del sistema de verificación del que actualmente disponemos.

De acuerdo con lo anterior, proponemos la siguiente redacción para el artículo 39 proyectado:

***“Art. 39: Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. Asimismo, debe inscribirse en los Registros de Anotaciones Personales correspondientes al lugar en donde se encuentren los bienes registrables de la persona cuya capacidad se restringe. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art.45, los actos mencionados en este capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de la inscripción en el Registro de Anotaciones personales respectivo. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.”***

No descartamos como alternativa, la posibilidad de que en el texto de dicho artículo se reemplace el Registro de Anotaciones Personales del lugar en donde se encuentren los bienes registrables por

el Registro de Anotaciones Personales Nacional por el que tanto ha bregado el Notariado.

Sin perjuicio de hacer realidad tan deseada aspiración, dado que somos de la opinión de que es conveniente mantener lo que de hecho funciona, de momento nuestra propuesta es tal vez algo más conservadora.

Más allá de la preocupación que nos suscita la previsión de inscripción del artículo 39 y sus efectos en relación al artículo 44 proyectado, consideramos que **este último artículo se aparta de la doctrina y jurisprudencia “vívida” y desarrollada a partir de los principios del Código Civil Velezano y de la reforma de la Ley 17.711 al abandonar el criterio rector que los preside y que consiste en proteger y salvaguardar la buena fe y la debida diligencia, amén de dar un alcance prácticamente constitutivo a la inscripción de la sentencia cuando, en realidad, se trata de la necesidad de regular los efectos de ésta, no de la inscripción en sí misma.**

La sanción de nulidad que prevé la redacción del artículo 44 proyectado **es aceptable, en nuestra opinión, sólo frente a quien no haya cumplido con los requisitos impuestos por la ley –siempre razonables, de posible observancia- o, aún habiéndolos cumplido, haya actuado con mala fe por haber conocido o debido haber conocido la existencia de la sentencia limitativa de la capacidad del otorgante.** Este es el criterio de nuestro actual sistema jurídico que de esta manera protege a la sociedad en su integridad, más allá de los supuestos patológicos aislados que puedan suscitarse pero que, **en**

**modo alguno justifican, desde nuestro punto de vista, modificar nuestros códigos sociales de conducta para asumir como regla general el fraude y la mala fe.**

El catedrático español, Alberto Montoro Ballesteros, en su artículo “*El Derecho como sistema normativo: notas sobre su naturaleza preceptiva y su función educadora*”, señala:

*“...Esa adaptación e integración en el grupo social se lleva a cabo mediante el conocimiento, asimilación y asunción de las ideas y creencias, de los principios y valores, de los hábitos, costumbres y tradiciones propios del grupo social. El Derecho contribuye, fundamentalmente, a ese proceso educativo mediante la creación, consolidación, modificación o extinción de hábitos y adaptando al hombre a los diversos roles sociales (ciudadano, padre, soldado, comerciante, funcionario...) sobre los que se articula y desenvuelve la vida social”<sup>4</sup>*

Ante un Código Civil que basa su regulación en la presunción de mala fe, ¿qué mensaje se le está dando a la sociedad? ¿Cómo se cumple la función educadora del Derecho si la normativa troncal de un país presume la actuación fraudulenta de sus ciudadanos y descuida a todo aquel que, actuando de buena fe y de forma diligente, cumpliendo los requisitos impuestos para cada negocio jurídico, pretende la consolidación de sus derechos?

Por todo lo anterior, proponemos modificar el texto proyectado del artículo 44 por el siguiente que entendemos más respetuoso de

---

<sup>4</sup> FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO. (Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista). Universidad de Murcia. Pag. 198. Cita a Maurice Duverger, Instituciones políticas y Derecho Constitucional, 5ª edición, Ed. Ariel, Barcelona 1970, pags. 28 y ss.

nuestra tradición jurídica y nuestros valores sociales y principios de convivencia:

***Art.44. Actos posteriores a la inscripción de la sentencia.***

*Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia en los siguientes casos:*

*a) los realizados con posterioridad a su inscripción en el **Registro de Anotaciones personales del lugar donde se hallaran los bienes**, siempre que la solicitud del certificado expedido por dicho Registro resulte preceptiva para el otorgamiento del acto o contrato de que se trate; o*

*b) cuando el tercero interviniente en el acto o contrato celebrado con la persona incapaz o con capacidad restringida conocía o debió haber conocido, actuando con la debida diligencia, la existencia de la sentencia limitativa de la capacidad del otorgante.*

**2.- Actos anteriores a la inscripción de la sentencia.**

Especial consideración nos merecen los **artículos 45 y 46 proyectados** que regulan los actos y contratos otorgados y/o celebrados **antes** de la inscripción de la sentencia.

El artículo 45 es del siguiente tenor:

***“Art. 45.- Actos anteriores a la inscripción.*** *Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos:*

- a) La enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto;*
- b) Quien contrató con él era de mala fe;*
- c) El acto es a título gratuito.*

Como no se prevé como presupuesto el inicio de un proceso judicial atinente a la capacidad del otorgante, el primer punto a destacar es que “*actos anteriores a la inscripción de la sentencia*” son todos aquellos otorgados por cualquier persona en cualquier momento de su vida hasta que, declarada incapaz o con capacidad restringida por una sentencia judicial, ésta se inscribe, con el único límite, a favor de la preservación del acto o negocio jurídico, de los plazos de prescripción.

El segundo punto que nos inquieta es la **equiparación de los actos a título gratuito con la existencia de mala fe**.

En efecto, las previsiones contempladas en los apartados a) y b) del artículo que comentamos, respetan el criterio jurídico que ha informado nuestro Derecho tradicionalmente, al hacer caer el acto perjudicial para la persona incapaz o con capacidad restringida si su enfermedad era ostensible al momento de celebrar el acto o si quien contrató con ella era de mala fe, pero no se entiende por qué el legislador ha decidido equiparar esas actuaciones negativas a los actos a título gratuito. No queda claro, además de qué forma puede evaluarse si un acto anterior a la inscripción de la sentencia otorgado, por ejemplo, 19 años antes de la declaración de incapacidad o capacidad restringida, es o no perjudicial para una persona.

Olvida el legislador que, precisamente, los actos a título gratuito pueden constituir una herramienta más de autoprotección favorable para la persona con discapacidad en caso de necesitarlo. Puede darse el caso, por ejemplo, de una persona a la que han diagnosticado síndrome de Alzheimer y, en previsión de su incapacidad futura, transmite a título

gratuito los bienes a sus hijos con el fin de que éstos los alquilen y con el producido de la locación, hagan frente a los gastos que genere su enfermedad.

Es cierto que, en ocasiones, hay quienes se aprovechan de la discapacidad de una persona para obtener un beneficio gratuito despojando al transmitente de sus bienes pero esa no es la regla sino la patología. ¿No sería suficiente en estos casos con la existencia ostensible de enfermedad en el disponente o la previsión de mala fe en el co-contratante?

Por lo expuesto hasta aquí, proponemos que se elimine del artículo comentado la referencia a “*el acto a título gratuito*”, como supuesto hábil para determinar la nulidad de un acto o negocio jurídico celebrado con anterioridad a la inscripción de la sentencia.

Finalmente, si bien el **artículo 392** prevé que “*todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso...*”, consideramos que este principio debería ser de aplicación, en estos casos, frente al subadquirente de todo tipo de bienes, a título oneroso o a título gratuito.

No perdamos de vista que se trata de actos o negocios celebrados **con anterioridad a la inscripción de la sentencia** y no hay razón que legitime la afectación de la adquisición de bienes registrables o no,

efectuada por un tercero, salvo que hubiese actuado de mala fe por conocer el vicio del negocio antecedente.

En consecuencia, proponemos la siguiente redacción para el artículo 45:

**“Art. 45.- Actos anteriores a la inscripción.** *Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida y se cumple alguno de los siguientes extremos, salvo los derechos de los terceros subadquirentes de buena fe, de toda clase de bienes, a título oneroso o gratuito:*

- a) La enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto;*
- b) Quien contrató con él era de mala fe.”*

Más desafortunada aún consideramos la redacción del artículo 46 proyectado que regula los efectos de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia realizados en vida por una persona fallecida.

Veamos la redacción propuesta:

**Art. 46. Persona fallecida.** *Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.*

Las excepciones que plantea el artículo son muy preocupantes no sólo por la entidad de cada una en sí misma sino porque tienen efectos independientes. **Cada una es valorable separadamente y no requiere**



**de la restante para provocar la impugnación del acto o negocio de que se trate.**

Los supuestos alternativos son los siguientes:

- a) Que la enfermedad mental resulte del acto mismo
- b) Que previo al fallecimiento se haya promovido acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida
- c) Que el acto sea a título gratuito
- d) Que quien contrató con la persona incapaz o con capacidad restringida sea de mala fe.

No se entiende la ampliación del ámbito de protección que prevé el artículo.

Si la intención de este acápite es el cuidado patrimonial de la persona incapaz o con capacidad restringida, **¿por qué se profundiza esa protección cuando ya ha fallecido? Este artículo protege, exclusivamente, al patrimonio de los sucesores mayores y capaces de la persona con discapacidad**, en un momento en donde ésta ya no puede esgrimir argumento alguno en defensa de sus actos. Recordemos que el **artículo 35 proyectado** recoge el criterio de la legislación, doctrina y jurisprudencia más actual que prevé que **el juez, en su caso, entreviste personalmente y escuche a la persona con discapacidad**. En este caso, será imposible.

Sigamos con el análisis.

El primer supuesto que establece el artículo para permitir la impugnación del acto es *“que la enfermedad mental resulte del acto mismo”*. ¿Por qué no mantuvo el legislador los términos del artículo anterior?

Consideramos que la redacción propuesta es desafortunada y que debería reiterarse el concepto del artículo anterior que es más abarcativo que el propuesto en el artículo que analizamos: *“que la enfermedad mental haya sido ostensible en el momento del otorgamiento del acto o contrato”*.

Disentimos también con la conveniencia de prever, como supuestos admisibles para impugnar el acto, los indicados en los apartados b) y c). Reiteramos que operan en forma independiente.

Consideramos absolutamente **ilegítima e inconstitucional la posibilidad de que se declare nulo un acto o negocio jurídico por el hecho de haberse instado la acción declarativa de incapacidad con carácter previo a su fallecimiento**. Se trataría de un caso en el que **el fallecimiento de una persona genera los efectos de una sentencia declarativa de incapacidad, sin respeto al debido proceso y a los principios básicos y personalísimos que los artículos anteriores de este mismo capítulo proyectado pretenden destacar**. Además, se **posiciona como una convocatoria al fraude**.

Destacábamos antes la función pedagógica del Derecho. ¿Qué pautas de conducta sociales está promoviendo el legislador con una disposición como esta?

## ¿PROTECCIÓN? DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE LA LEGÍTIMA

En cuanto al supuesto previsto en este artículo respecto a los actos a título gratuito, nos remitimos a los argumentos expuestos en nuestro análisis del artículo 45 proyectado.

1.- ¿Por qué podría impugnarse un contrato celebrado con una persona no declarada incapaz en vida, por el solo hecho de que, instado el procedimiento hubiera fallecido?

2.- ¿Por qué podría impugnarse un acto a título gratuito otorgado por una persona previo a la inscripción de su incapacidad o de su capacidad restringida en el Registro de Anotaciones Personales, si la enfermedad mental no era ostensible al momento de su otorgamiento y el co-contratante no era de mala fe?

3.- ¿Por qué podría caer un acto a título gratuito otorgado por una persona con anterioridad a la inscripción de su incapacidad o capacidad restringida, por el mero hecho de que un tercero pudiera haber instado una acción de incapacitación en la que no recayó sentencia o en la que, si recayó, el tercer adquirente no tomó conocimiento obrando con la debida diligencia?

Podría sostenerse que el artículo 46 proyectado reconoce su antecedente en el artículo 474 del Código Civil vigente que dispone:

*“Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad.*

Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido.”

La redacción es *similar* y reiteramos nuestra opinión acerca de la inconveniente referencia a que la incapacidad “*resulte de los mismos actos*”. No obstante, si se lee dicho artículo con detenimiento el artículo 474 no supedita la eventualidad nulidad al hecho de que se haya instado el proceso de incapacidad antes del fallecimiento del otorgante sino a que el acto atacado se haya consumado con posterioridad al inicio del proceso indicado. La diferencia es sustancial y ratifica el sinsentido del texto proyectado.

Más allá de las críticas que nos merece el tratamiento que el Proyecto da a los actos a título gratuito y que someramente abordaremos en el siguiente apartado, sólo la disposición contenida en el artículo 46 proyectado es suficiente como **prohibición genérica erga omnes de donar a legitimarios o terceros puesto que, de mantenerse la redacción propuesta, toda donación es pasible de nulidad con el único remedio que puede aportar la prescripción.**

Insistimos también en este caso, que deberían quedar a salvo de toda acción, por los argumentos expuestos, **los terceros adquirentes de buena fe, a título oneroso o gratuito, de bienes registrables o no.**

Proponemos, por tanto, modificar la redacción del artículo 46 proyectado por la siguiente:

**Art. 46. Persona fallecida.** *Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental haya sido ostensible a la época de la celebración del acto o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe. Quedan a salvo los derechos de los subadquirentes de buena fe de toda clase de bienes, a título oneroso o gratuito.*

## **B. ALGUNOS COMENTARIOS ACERCA DEL TRATAMIENTO DE LOS ACTOS A TÍTULO GRATUITO Y LA LEGÍTIMA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.**

El estudio de los artículos relativos a la capacidad de las personas físicas en el Proyecto de reforma, nos llevó al análisis de las previsiones de éste respecto de las donaciones y/o actos a título gratuito y nos trajo a consideración el alcance de la legítima y las acciones de colación y reducción.

El legislador ha decidido dar a los actos a título gratuito un tratamiento tan desfavorable que prácticamente llega a prohibirlos.

En este aspecto es particularmente contradictoria la exposición que contiene el Proyecto acerca de los principios y valores que lo inspiran con la regulación que en definitiva dispone. ¿A dónde quedó la autonomía de la voluntad?

Mucho se ha comentado ya acerca de los inconvenientes que las disposiciones del Código Velezano, respecto de las donaciones, han generado en el tráfico jurídico. Sin embargo, gracias al desarrollo doctrinario y jurisprudencial, el tema quedó zanjado en el sentido de admitir como plenamente válidas las donaciones a descendientes legitimarios y como observables los títulos antecedentes que contengan donaciones a terceros, todo ello de acuerdo con las consecuencias que, en un caso y otro deparan las acciones de colación y reducción. Al respecto nos remitimos a un excelente trabajo expuesto por el escribano

Angel Francisco Cerávolo en el LXIV Seminario Laureano Moreira, noviembre 2012.

Contradiendo la doctrina y jurisprudencia vigente, el legislador, en los artículos proyectados 2450 a 2459<sup>5</sup> y concordantes, ha reducido el ámbito de la acción de colación y ha extendido a los herederos legitimarios los efectos de la acción de reducción con las consecuencias reivindicatorias que hoy prevé el artículo 3955 del Código vigente.

---

<sup>5</sup> Artículo 2453.- Reducción de donaciones. Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante.

Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata.

Artículo 2454. Efectos de la reducción de las donaciones. Si la reducción es total, la donación queda resuelta.

Si es parcial, por afectar sólo en parte la legítima, y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

En todo caso, el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima.

El donatario es deudor desde la notificación de la demanda, de los frutos o, en caso de formular la opción prevista en el párrafo anterior, de intereses.

Art. 2455.- Perecimiento de lo donado. Si el bien donado perece por culpa del donatario, éste debe su valor. Si perece sin su culpa, el valor de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si perece parcialmente por su culpa, debe la diferencia de valor; y si perece parcialmente sin su culpa, se computa el valor subsistente.

Art. 2456.- Insolvencia del donatario. En caso de insolvencia de alguno de los donatarios e imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria a que se refiere el artículo 2458, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior.

Art. 2457.- Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores.

Art. 2458.- Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

Art. 2459.- Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

Coincidimos con Marta R. Piazza y Néstor D. Lamber<sup>6</sup> en cuanto a que, en caso de aprobarse el proyecto de reforma de Código Civil en los términos previstos, **las transmisiones a título de donación darán al adquirente un dominio revocable que se perfeccionará, en mérito a lo dispuesto por el artículo 2459 proyectado, por el transcurso de 10 años computados desde la adquisición de la posesión y no, como erróneamente indica el título de dicho artículo, como consecuencia de una prescripción adquisitiva.** No coincidimos con dichos autores, sin embargo, en la bondad y el avance que suponen las disposiciones proyectadas en esta materia.

El legislador ha decidido defender a ultranza (o decir que defiende porque hasta en esto, como veremos es contradictorio el Proyecto) el interés de los herederos legitimarios por encima del interés del donante que es quien forjó el patrimonio que se transmite, impidiéndole a éste, en el marco de la autonomía de la voluntad, disponer gratuitamente de sus bienes incluso a favor de legitimarios, si es que realmente pretende beneficiarlos.

Puntualmente, desde la óptica de la función pedagógica del Derecho a la que hemos hecho referencia antes, se trata de disposiciones poco alentadoras. Se transmite el mensaje a la sociedad, de que los herederos tienen un “*derecho*” sobre el patrimonio de los padres, incluso en vida de éstos, en lugar de hacerles ver que dicho patrimonio,

---

<sup>6</sup> PIAZZA, Marta R. y LAMBER, Néstor D. La legítima y el proyecto de unificación de Código Civil y Comercial año 2012. Ponencia presentada por los autores en la XXX Jornada Notarial Argentina (Mendoza, agosto de 2012). T III.

construido con el sacrificio de éstos, no es más que un “*beneficio*” que deben agradecer. Precisamente este erróneo pensamiento es el que genera un sinnúmero de controversias familiares que es de esperar que el legislador no fomente. **Aún peor es que, como veremos, se favorecen las donaciones a terceros con una total desprotección en estos casos de los herederos legitimarios. ¿Cómo es ello?**

Si toda donación es pasible de una eventual acción de reducción con efectos reipersecutorios, evidentemente éstas darán lugar a títulos observables que se subsanarán transcurridos 10 años desde la adquisición de la posesión por parte del donatario, tiempo durante el cual los bienes quedarán fuera del comercio.

Antes de transcurrido dicho plazo, el padre que quiso beneficiar a su hijo, para facilitarle el acceso a una vivienda, habrá logrado su fin a medias ya que si éste necesita obtener un crédito con garantía hipotecaria, no lo conseguirá por tratarse de un título observable. Consecuentemente, una vez más, el Proyecto propende al fraude que supone quiere evitar por cuanto los padres simularán ventas cuando realmente se trate de donaciones, para no perjudicar los intereses de los hijos a quienes buscan beneficiar.

Adelantamos hace unos momentos que tampoco es tan cierta la protección a ultranza de los intereses de los legitimarios y los propios artículos citados encierran en sí mismos una “*trampa*”.

Si el dominio se perfecciona transcurridos 10 años desde la adquisición de la posesión por parte del donatario, el caso de un padre que dona a uno solo de sus cuatro hijos todos los inmuebles de los que



era titular y sobrevive diez años, permite consolidar definitivamente en cabeza de éste el dominio. Por lo tanto, si el beneficiado quiere burlar la legítima de los demás coherederos legitimarios, podrá transmitir libremente el bien a terceros sin que aquéllos puedan ejercer la acción de reducción que, según parece entender el legislador, es el medio idóneo para la protección de su derecho. Ello sin perjuicio del derecho de colación.

No obstante, el peor escenario se presenta cuando se efectúa una donación a tercero ya que, hoy por hoy, el tercero estará sujeto a la observabilidad de su título por 20 años o por 10 desde la fecha de fallecimiento del donante. **Con la redacción del artículo 2459 proyectada, el tercero habrá subsanado su título por el transcurso de 10 años desde la adquisición de la posesión y los herederos legitimarios no tendrán acción alguna contra él. Evidentemente, estarán en peor situación que con la normativa vigente.** Los amantes y quienes tengan familias paralelas y doble-vida estarán de parabienes.

Se advierte con claridad que el tratamiento que se da en el proyecto a la acción de reducción incluso perjudica la protección que el artículo 2448<sup>7</sup> proyectado pretende dar a favor de un heredero con discapacidad ya que incluso éste se verá perjudicado frente a una donación a tercero.

---

<sup>7</sup> Art. 2448. Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de UN TERCIO (1/3) 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.

**Es una auténtica pena que un avance legislativo tan importante como el reconocimiento de la discapacidad natural<sup>8</sup> que incorpora este artículo junto con la previsión de una legítima mejora, quede “en aguas de borraja” por la falta de coherencia y coordinación del resto del articulado.**

En este punto, debemos colegir que en algunos casos, al incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico previsiones aisladas de otro, no se alcanzan los efectos buscados.

El antecedente del artículo 2448 proyectado, es el artículo 808<sup>9</sup> del Código Civil español, reformado por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad pero éste se inscribe en un ordenamiento jurídico en el que la acción de reducción no tiene alcances reipersecutorios<sup>10</sup>, lo que torna innecesaria una disposición como la contemplada en el artículo 2459 proyectado.

---

<sup>8</sup> Así lo estudiamos y propusimos en nuestro trabajo “ALGUNOS APUNTES SOBRE LOS CONCEPTOS DE CAPACIDAD E INCAPACIDAD EN LOS DERECHOS ESPAÑOL Y ARGENTINO” que recibió el I Premio Aquitas de Investigación jurídica sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que carezcan de la debida protección, compartido con otro trabajo, en el año 2002. Publicado en Argentina en Revista Notarial número 954 año 2006 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y en Editorial Astrea – Librería Virtual.

<sup>9</sup> Art. 808 CC español.- Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

<sup>10</sup> Sostiene el Notario y Registrador español Juan José Rivas Martínez en su libro “Derecho de sucesiones común y foral. Tomo II. Dykinson 2009, pags. 231 y 232: “Los legitimarios disponen de una acción rescisoria, por tanto, de carácter personal, dirigida a dejar sin efecto una

Mención aparte merece la redacción propuesta para el artículo 2461 proyectado, respecto del cual, mencionan los fundamentos del anteproyecto *“se simplifica la figura del tan comentado artículo 3604 vigente y se trata de solucionar las dificultades interpretativas que muestra la jurisprudencia.”*

Señala el artículo proyectado:

***“Artículo 2461. Transmisión de bienes a legitimarios.*** *Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado.*

*El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación.*

*Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.”*

A pesar de la destacada opinión de los citados autores Marta R. Piazza y Néstor D. Lámbert en el artículo citado, donde sostienen, al comentar el artículo 2461 proyectado que obedece a una postura, por

---

transmisión patrimonial ya consumada. Por ello, la reducción o revocación de estas donaciones no alcanza a los objetos que el donatario haya enajenado normalmente, pero sí alcanzará al valor del bien, o sea, el donatario queda obligado a pagar en dinero a la masa común el importe de la enajenación... La reducción por inoficiosidad no alcanza a terceros adquirentes. La acción de reducción es, como se ha dicho, una acción rescisoria, es decir, de carácter personal. No tiene eficacia respecto de terceros de buena fe, aunque no estén protegidos por la Ley Hipotecaria; ulteriormente, la acción de reducción puede alcanzar eficacia contra terceros sólo mediante la anotación preventiva de su demanda.

parte del proyectista “*de facilitar la autonomía de voluntad y libertad del testador para disponer de sus bienes a título gratuito para después de su fallecimiento... al presumir que todo legado se hace como mejora, salvo disposición expresa en contrario del testador*”... o que “*Demuestran estas normas la nueva política legislativa hacia una mayor libertad...*”<sup>11</sup>, en nuestra opinión, nuevamente, el texto del Proyecto da solución a situaciones patológicas quitando herramientas legítimas al “*buen ciudadano*”.

El **contrato oneroso de renta vitalicia**, si bien tal vez poco utilizado más por ignorancia de los operadores del Derecho que por falencias de la propio instituto, **es una alternativa válida y legítima que puede resolver problemas de vejez, de forma equitativa y sin violación de los derechos de los legitimarios, amén de constituir una herramienta interesante en el ámbito del “Derecho de Autoprotección”**.

El Código proyectado lo condena a la inutilización definitiva, no sólo a la luz del artículo 2461 transcrito sino por aplicación del artículo 1600<sup>12</sup> proyectado que ordena aplicarle, como reglas subsidiarias, las de la donación, contrato que, como ya hemos visto, también se ha encargado de debilitar.

No resulta difícil imaginar el caso de una familia en la que los hijos mayores han alcanzado diferente situación económica. Mientras

<sup>11</sup> PIAZZA, Marta R. y LAMBER, Néstor D. Op.cit pag. 13

<sup>12</sup> Art. 1600.- Reglas subsidiarias. Si el contrato es a favor de tercero, respecto de éste se rige en subsidio por las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso.

## ¿PROTECCIÓN? DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE LA LEGÍTIMA

que unos disfrutan de bienestar en este sentido, otros carecen de él. Los padres, en su vejez, cuentan con cierto patrimonio inmobiliario pero la pensión y/o jubilación no les proporciona la liquidez suficiente para *bien-vivir* sus últimos años. Los hijos en mejor posición económica acuerdan solventar las necesidades de sus padres y éstos, que se consideran “*ricos-pobres*” porque su patrimonio no les facilita el suficiente bienestar, deciden celebrar con los hijos aportantes un contrato oneroso de renta vitalicia para evitar realizar los bienes y con ello perjudicar a todos los herederos en conjunto.

No se entiende por qué ha de presumirse, sin admitir prueba en contrario, que se trata de un acto a título gratuito. Si, en nuestro ejemplo, los hijos no hubieran querido o no hubieran podido ocuparse de los padres y, en cambio, los hubiera asistido económicamente un tercero, ¿con qué derecho, *iuris et de iure*, se afecta la bondad de un título de propiedad, quitándolo del comercio por 10 años desde la adquisición de la posesión, y perjudicando al tercero que, en sustitución de los hijos, se ocupó del bienestar de aquéllos mayores?

Incurriendo en más contradicciones, establece el artículo transcrito que pueden deducirse del valor de lo transmitido, las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado, pero no se prevé ninguna actualización de éstas, mientras que en el artículo 2385<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Art. 2385. Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación...”

se indica que en la colación, el valor de los bienes donados se determina a la época de la partición. No se entiende, y resulta ajeno a la noción de justicia, la disparidad de criterio en un caso y en otro. En los hechos, teniendo en cuenta la depreciación monetaria de nuestro dinero, no hay importe a deducir.

Finalmente, estas objeciones no se salvan con la disposición acerca de que los legitimarios que consintieron en la enajenación no podrán solicitar la imputación y la colación que prevé el artículo ya que, precisamente en los casos en que sólo uno de los legitimarios se ocupe de los padres o incluso que lo haga un tercero, es cuando más difícil será la concurrencia de los restantes hijos al acto para evitar reclamaciones futuras.

## BIBLIOGRAFÍA

BRANDI TAIANA, Maritel M. “*Algunos apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en los derechos español y argentino*”. Publicado en Argentina en Revista Notarial número 954 año 2006 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y en Editorial Astrea – Librería Virtual.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto. “*El Derecho como sistema normativo: notas sobre su naturaleza preceptiva y su función educadora*” en FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO. (Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista). Universidad de Murcia.

Pag. 198. Cita a Maurice Duverger, Instituciones políticas y Derecho Constitucional, 5ª edición, Ed. Ariel, Barcelona 1970.

PIAZZA, Marta R. y LAMBER, Néstor D. La legítima y el proyecto de unificación de Código Civil y Comercial año 2012. Ponencia presentada por los autores en la XXX Jornada Notarial Argentina (Mendoza, agosto de 2012). T III.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *“Derecho de sucesiones común y foral. Tomo II.”* Dykinson 2009.

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012.

Código Civil Español

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación





# LA PROTECCIÓN JURÍDICA A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y EL RESPETO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Enrique Jorge AREVALO<sup>1</sup>

**SUMARIO:** (I) Algunas ideas introductorias. I.1) Sobre la noción de vulnerabilidad. I.2) La inveterada exclusión de los sujetos más vulnerables. (II) Antecedentes normativos: la larga lucha por la inserción social. II.1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. II.2) Declaración Universal de los Derechos Humanos. II.3) Convención Americana sobre Derechos Humanos. II.4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. II.5) Convención sobre los Derechos del Niño. II.6) Convención Interamericana para la

---

<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).

eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. II.7) Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. II.8) Significaciones atribuidas al término discriminación. II.9) ley 23.592. Penalización de actos discriminatorios. II.10) Convención Internacional de los Derechos del Niño y Ley Nacional 26.061. (III) La Tutela Penal: el delito de circunvención de incapaces en la jurisprudencia. Resumen del fallo. III.1). Consideraciones. III.2) Sobre la figura penal. III.3) La valoración del tribunal. (IV) El notario y el discernimiento de los otorgantes. La función preventiva del asesoramiento. (V) Conclusiones. ponencia.

### **Resumen:**

El trabajo intenta discurrir sobre una noción de vulnerabilidad que trascienda su vinculación con las situaciones de debilidad individual o colectiva, sin excluirlas. Propugna una concepción totalizadora del concepto, recordando que todo ser humano es esencialmente vulnerable.

Aborda la inverterada exclusión de los sujetos más vulnerables y la inveterada lucha por su inserción social.

Analiza la tutela que el derecho penal ofrece a esas personas mediante la figura de Circunvención de incapaces.

Particular atención se dedica a la figura del notario en la valoración a su cargo del discernimiento de los otorgantes y su función preventiva a través del asesoramiento.

**Palabras claves:**

Vulnerabilidad – discriminación - igualdad - inclusión social - tutela - discernimiento.

**Abstract:**

This work ponders on the notion of vulnerability that goes beyond its connection with individual or collective situations of weakness, without excluding them. It supports an all-embracing concept of conception, taking into account that every human being is essentially vulnerable.

It addresses the well-established exclusion of the most vulnerable individuals and the well-established struggle for their social insertion.

It analyses the tutelage that the legal right offers to these people through the category of felony of circumvention of the incapable.

Particular attention is drawn to the category of the notary in the assessment of their position in the authorization of the grantors and their preventive function through advice.

**Key words**

Vulnerability – discrimination – equality - social integration – tutelage - authorization.

## I) ALGUNAS IDEAS INTRODUCTORIAS.

### I.1) SOBRE LA NOCIÓN DE VULNERABILIDAD

El diccionario refiere que la expresión vulnerable se aplica “a la persona, al carácter o al organismo que es débil o que puede ser dañado o afectado fácilmente porque no sabe o no puede defenderse: los niños son vulnerables; tiene un carácter vulnerable; está bajo de defensas y es muy vulnerable a las infecciones.” También indica respecto de vulnerable: “que puede ser herido o recibir lesión física o moralmente”.<sup>2</sup> El concepto reproducido refiere, básicamente, a la aptitud individual psico-física propia de cada sujeto para prevenir o repeler adecuadamente los efectos de las enfermedades o agresiones físico-morales. Otros detallan los diversos campos y acepciones que pueden asignarse al término, conceptuándolo, por ejemplo, como el grado de preparación de las comunidades o gobiernos para enfrentar desastres naturales; también lo aplican a lo inherente personalidad de cada individuo (comportamientos ante situaciones extremas), a la informática (violación de confidencialidad del sistema), etcétera. Se trata de ideas parciales.

La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, sostiene que “...la vulnerabilidad puede definirse como la capacidad disminuida de una persona o un grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de un peligro natural o causado por la actividad humana y para recuperarse de los

---

<sup>2</sup> Diccionario de la Lengua Española –Real Academia Española- Vigésima Primera Edición, Madrid 1992.

mismos.”. Se trata de una mirada que intenta abarcar tanto el punto de vista individual como el social, indicando una variante más amplia de causas (naturales o humanas) generadoras. El informe vincula a la vulnerabilidad esencialmente con la pobreza.<sup>3</sup>

El criterio expuesto anteriormente, más onmi-comprensivo que el anterior, puede a su vez ser ampliado señalando que la situación de vulnerabilidad trasciende la carencia de recursos materiales, no obstante ser ésta uno de sus factores desencadenantes. Entendemos que la raíz de ese estado de indefensión se encuentra en la situación de marginalidad que soportan personas o grupos de personas que se ven privadas a diario de prestaciones esenciales (salud, educación, seguridad), deberes irrenunciables a cargo del Estado (artículos 14 bis, 75 inciso 18, Constitución Nacional, tratados y leyes “dictadas en su consecuencia”). Y desde ese punto de vista, es bien sabido que el flagelo de la marginación no limita su nefasto accionar a las personas indigentes, sino que impacta sobre diversos núcleos sociales (étnicos, religiosos, políticos, etc.) si bien la gravedad que alcanzan sus efectos suele ser diversa.

Igualmente corresponde considerar a la ignorancia como una verdadera usina generadora de vulnerabilidad, fundamentalmente porque impide a cada ser humano adquirir plena consciencia de sus propias limitaciones. Y esa desventaja (falta de conocimientos), induce a

---

<sup>3</sup> Informe de la Federación Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna (organización humanitaria mundial con 189 sociedades miembros).

los sujetos a la toma de decisiones perjudiciales para ellos y su entorno social.<sup>4</sup>

La vulnerabilidad, examinada en su mayor amplitud, es un fenómeno estrechamente vinculado a la muerte y como tal se exterioriza en infinidad de formas y tiempos, pero golpea de modo implacable a la totalidad de los individuos y estratos sociales. En otras palabras: la vulnerabilidad es la antesala de la muerte y tarde o temprano, con mayor o menor sufrimiento y permanencia, nos alcanza a todos. Desde esa óptica, se puede afirmar que todos los seres humanos somos vulnerables. Es el estado en que encuentran los seres vivientes, a despecho de la relativa protección que garantizan a las personas las organizaciones forjadas por las distintas civilizaciones.<sup>5</sup> Si además consideramos que la supervivencia de cada uno, particularmente en las etapas de la infancia y vejez y en ocasiones de soportar cualquier dolencia - transitoria o permanente-, depende en gran medida de los cuidados de otros, debe concluirse en que todo ser humano es esencialmente vulnerable.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Como claramente lo expresa Gerardo Pascualini en “Ética”: La Palabra Devaluada: “La ignorancia, cuando se la reconoce es útil; lo malo es cuando no se sabe que no se sabe”, en “La Ética del Compromiso”. Ediciones GEA, Buenos Aires 2003, página 131.

<sup>5</sup> Jankélévich, Vladimir “Pensar la Muerte”. Fondo de Cultura Económica. Edición Talleres Gráficos Nuevo Offset, año 2004, página 24: “El hombre es fundamentalmente vulnerable y la muerte puede entrar por todos los rincones del edificio corporal.”

<sup>6</sup> La “nueva ciencia” a que nos referimos es la Eugenesia, designada en esa forma por Sir Francis Galton (1822-1911), quien desarrolló los primeros conceptos ante la Royal Society de Londres. Entre sus cultores, se encuentran el italiano Nicola Pende (1880-1970), considerado el artífice de la eugenesia en la Italia fascista (ver “Futuro”, Suplemento de Ciencias del Diario Página 12, año 26, número 125 del 15-09-2014). El concepto “La Altura de los Tiempos”, lo desarrolla José

Sin perder de vista esa concepción totalizadora de la vulnerabilidad, centraremos nuestra atención en el examen de algunos principios jurídicos que tutelan los derechos de aquellas personas que a causa de alguna discapacidad, de carácter transitorio permanente, o por encontrarse atravesando el estado de vejez o minoridad, padecen cotidianamente sus efectos. Abordamos pues, una de las facetas que integra ese amplio espectro abarcado por el término vulnerabilidad.

## I.2) LA INVETERADA EXCLUSIÓN de los SUJETOS MÁS VULNERABLES.

Tradicionalmente, el trato para con las personas afectadas por discapacidad mental (capacidades diferentes), se desarrolló en el marco de un régimen legal que, en su versión más benigna, alentaba su exclusión social. Pero en determinadas épocas y lugares, ese rechazo alcanzó extremos macabros: se propugnaba la eliminación lisa y llana de tales sujetos.

Un antecedente remoto pero representativo del grado que puede alcanzar la sevicia humana, se encuentra en la antigua Esparta, donde se sacrificaba a todo recién nacido considerado inepto para el servicio del Estado. Se trata de actos repudiados de acuerdo a los valores morales vigentes, pero debe recordarse que se llevaron a la práctica dentro de un contexto histórico determinado: la antigüedad.

---

Ortega y Gasset en su ya clásica obra "La Rebelión de las Masas". Editorial Planeta De Agostini S.A., Barcelona (España), 1993, pág. 56 y sig.

En cambio, resulta ominoso para todo el género humano que en pleno siglo XX, amparándose en los principios de una “nueva ciencia” cuyo objetivo era el mejoramiento de las aptitudes de la raza humana, se consumara el exterminio de personas que, supuestamente, no respondían a los estándares de excelencia requeridos. Se verificó un verdadero retroceso en la moral colectiva de algunas naciones, impropio de la altura de los tiempos.<sup>7</sup>

Pero, como señaláramos al principio, prevaleció el rechazo social hacia las personas con capacidades diferentes, profundizándose en el caso de los sujetos mentalmente minusválidos.

Esa idiosincrasia, como hemos visto de antiquísima data, alcanzó en la modernidad profundo arraigo particularmente entre las clases altas y media, determinando el ocultamiento ante el medio social de familiares discapacitados, actitud complementada con la sustitución total de su voluntad. Acertadamente se rotuló la situación de los discapacitados psíquicos, designándose los como “escondidos de la sociedad”<sup>8</sup>

Se gestó así un régimen absolutamente segregacionista, legitimado normativamente mediante el diseño y puesta en marcha de sistemas que garantizaran su exclusión social.

---

<sup>7</sup> Atribuye Benigno Varela Aufrán esa caracterización a la Secretaria General de Amnistía Internacional, en ocasión de celebrarse el Día Mundial de la Salud Mental. Ver su trabajo “La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual Límite: Curatela, Guarda de Hecho y otras Figuras”, presentado en el Seminario organizado por el Consejo General del Notariado Español en la UIMP –julio / agosto 2007( página 76).

<sup>8</sup> Foucault, Michel “Microfísica del Poder” –Curso del 7 de enero de 1976- 3ra. Edición 1992- Ediciones Endymión- Madrid, página 149.



No resulta casual que “...los procedimientos de exclusión de los locos han mostrado y liberado, a partir del siglo XIX y una vez más sobre la base de ciertas transformaciones, un beneficio político y también eventualmente una cierta utilidad económica que han solidificado el sistema y lo han hecho funcionar en su conjunto”.<sup>9</sup> Abundan los ejemplos sobre maniobras dolosas de sujetos moralmente abominables, tendientes a obtener la declaración de incapacidad de algún familiar con fines de aprovechamiento económico.

Las circunstancias señaladas resultaron determinantes en el tratamiento discriminatorio que soportaron los sujetos afectados por capacidades diferentes. Ellos forman parte de la extensa nómina de personas integrantes de grupos raciales, religiosos, sociales, políticos, laborales que resultan víctimas de un marcado menoscabo en sus derechos.<sup>10</sup> Aún hoy, en la segunda década del siglo XXI, deviene indispensable la planificación y puesta en marcha de una política de estado que haga efectivos los derechos reconocidos a las personas con capacidades diferentes, entre ellas las que conforman las “Personas con Necesidades Educativas Especiales”. Entre otras decisiones, resulta

---

<sup>9</sup> La cuestión discriminatoria la tratan, entre otros autores, María Isolina Dabove y Dariel Oscar Barberto en “Igualdad y no Discriminación en los Actos de Autoprotección”- Revista del Instituto de Derecho e Integración –Idei- número 1, año 1, página 13 y sig. Por su parte, José Antonio Diez Fernández, indaga sobre la discriminación a partir del momento de la concepción. Véase su trabajo “Examen Prenatal del Síndrome de Down: ¿Una Nueva Forma de Discriminación Genética?”. Revista Idei, número 3, año 2- Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe- 2da. Circunscripción, año 2010, página 86 y sig.

<sup>10</sup> Apunte sobre “Reflexiones sobre la obligación de Coberturas de Obras Sociales y Prepagas a las Personas con Discapacidad” –Resumen I-

imprescindible la cobertura por parte de las obras sociales estatales y privadas.<sup>11</sup>

Los procedimientos discriminatorios, alcanzan su variante más extrema en los actos de violencia, tanto de índole física como moral, que soportan muchos sujetos en condiciones de mayor vulnerabilidad, particularmente los ancianos.<sup>12</sup> No debe olvidarse la institución de internados en siniestros lugares designados como manicomios, en los cuales el paciente sufría toda clase de degradaciones físico-morales, incluyendo (en épocas más recientes) el macabro comercio de sus propios órganos con fines de trasplante.<sup>13</sup> La codicia resultó ser un notable estimulante de la inventiva humana en su variante más perversa...

Ese criterio, sintéticamente expuesto, encontró recepción legislativa en el artículo 475 de nuestro viejo Código Civil, que extendió la aplicación de las "...leyes sobre la tutela de menores...a la curaduría

---

<sup>11</sup> A título de ejemplo, la profesora española Ana Isabel Berrocal Lanzarot, recuerda "...como una realidad más, que afecta a este colectivo de personas mayores,... se constata un aumento de situaciones de maltrato a ancianos de carácter doméstico, en el seno de la propia familia, habitualmente por un miembro de la misma...". Monografía titulada: "La Protección Jurídica de los Mayores en Situación de Desamparo: ¿ Extensión de la Guarda y Tutela Pública a Estos Supuestos?". Integra la obra "La Defensa Jurídica de las Personas Vulnerables"- Seminario Organizado por el Consejo Federal del Notariado en la UIMP, julio/ agosto 2007- Editorial Aranzadi S.A. España 2008, pág. 127.

<sup>12</sup> Caló, Emanuele "Bioética. Nuevos Derechos y Autonomía de la Voluntad". Ediciones La Rocca, Avellaneda (Bs. As.) 2000, páginas 153/154 y nota 168. "Enigmas de la Crónica Policial. El Misterio de la Colonia Psiquiátrica". Editorial Diario La Capital de Rosario. El informe revela macabros casos de mutilación de pacientes internados con fines de comercialización de órganos con fines de trasplante.

<sup>13</sup> Zannoni, Eduardo "Derecho de Familia" -Tomo 2, 3ra. Edición- Editorial Astrea, 1993, página 685 y siguientes. El régimen de la tutela se desarrolla a partir de la página 831 y su ejercicio puede leerse en página 859 y siguientes.

de los incapaces.”. El principio general quedó plasmado en el artículo 377 que defina a la tutela como “...el derecho que confiere la ley para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad y en el 411 que otorga al tutor amplios poderes de representación, facultándolo a ejecutar todos los actos en nombre del pupilo “...prescindiendo de su voluntad”. Recuérdese que en el régimen impuesto originariamente por el Código Civil, la patria potestad fue concebida como “...el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad... (art. 264), extendiéndose ese concepto autoritario a los hijos naturales (arts. 327 y 328). El vínculo paterno-filial preservaba, fundamentalmente, la autoridad e intereses de los progenitores. De acuerdo al esquema resumido, deseos de los representados que reúnen las características indicadas (menores sujetos a patria potestad o tutela o aquellos que se encuentran bajo el régimen de curatela), resultan absolutamente ignorados.<sup>14</sup>

La doctrina justificó esa posición excluyente relativa a la capacidad de hecho sosteniendo que “...la capacidad es una institución que funciona a través de tipos rígidos que introducen una gran seguridad en las relaciones jurídicas, no obstante que en algún supuesto pueda traer aparejado un resultado injusto: es el fin no querido por la ley de que hablara Ihering”.<sup>15</sup> En consecuencia, la incapacitación de hecho

---

<sup>14</sup> LLambías, Jorge Joaquín “Tratado de Derecho Civil “ Tomo I, página 39.

<sup>15</sup> Covi, Luis Daniel “Capacidad Jurídica de las Personas con Padecimientos Mentales”. La Ley 25-10-2011, número 203, página 01 y siguientes.

absoluta implicaba colocar al demente declarado o al menor de edad en una situación de inhabilidad que le cercenaba toda posibilidad de ser parte en cualquier relación jurídica.<sup>16</sup> Las restricciones impuestas a toda gestión personal por parte del incapaz abarcaban, conforme lo sostenía la doctrina que aquí recordamos, contenidos patrimoniales y personales. Este último aspecto alcanzaba hasta los actos personalísimos.<sup>17</sup>

Corresponde señalar que esa generación de tratadistas (Orgaz, por ejemplo), a pesar de que aprobaba el sistema representativo vigente, lo consideraba excesivo en cuanto a los efectos sustitutivos de la voluntad del representado que abarcaban a los incapaces relativos dotados de discernimiento. Ya se reconocía la variante de la “asistencia” y se la conceptuaba como “...una adición de voluntades”. La resultante era un acto complejo compuesto por la voluntad del interesado (incapaz) y la conformidad del órgano tutelar (padre, tutor, juez). La “asistencia”, prevista originariamente para casos de matrimonios de menores de edad, actos de menores emancipados, obtuvo reconocimiento por medio de la reforma operada mediante la ley nacional 17711 que contempló en el artículo 152 bis los supuestos de inhabilitación judicial.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino” –Parte General –I-, página 605 y siguientes.

<sup>17</sup> Salvat, ob. Cit. Página 620 y siguientes.

<sup>18</sup> Lo novedoso de ese instituto, fue el rol asignado el curador: la necesaria conformidad de éste a los fines de la celebración de los actos relativos a la disposición de bienes entre vivos y la posibilidad de que los inhabilitados otorguen “...por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.” (párrafo final). Conforme surge del mandato legal, quien realiza los actos jurídicos es el propio inhabilitado, pero se encuentra sujeto al contralor del curador, quien cumple funciones de asistencia. El criterio aquí sintetizado recibió reconocimiento jurisprudencial (C.N. A. Civil –Sala

## II) ANTECEDENTES NORMATIVOS. LA LARGA LUCHA POR LA INSERCIÓN SOCIAL.

El largo camino recorrido en procura del efectivo reconocimiento como sujetos de derecho a todos aquellos que padecen en forma transitoria o permanente los efectos de la situación de vulnerabilidad, encuentra, en nuestro país, un punto de partida en la consagración constitucional de los principios de igualdad (artículos 14 y, específicamente, 16 de nuestra Constitución Nacional). Pero esa proclamada igualdad- de carácter formal- se limita a los derechos al trabajo, comercio, petición, libertad ambulatoria, asociación, etc; a “los empleos sin otra condición que la idoneidad...” y al cumplimiento de obligaciones impositivas. Con relación a los derechos políticos, se prohibió “al pueblo” el ejercicio directo de todo acto de gobierno (art. 22 C.N.). Fue la resultante del pensamiento burgués que tuvo su origen en el siglo XVII y alcanzó pleno desarrollo en la siguiente centuria: el poder “emanaba” del pueblo pero en modo alguno éste podía ejercerlo por sí mismo; esa atribución correspondía a sus representantes.<sup>19</sup> Y como la elección de los representantes se concretó en nuestro medio durante décadas mediante procedimientos fraudulentos, esa desigualdad participativa generó encarnizadas luchas que culminaron en el reconocimiento del

---

L- 30-05-2000, citado por “Código Civil de la República Argentina” –Legis Argentina S.A., año 2007, página 83).

<sup>19</sup> El principio “consagratorio” de la soberanía en cabeza del pueblo, se utilizó en la lucha que mantuvo la burguesía europea contra el absolutismo monárquico. Fue una herramienta que resultó idónea para obtener el apoyo de la plebe, pero en modo alguno se pensó en otorgarle a ésta poder de decisión. Un análisis de esa cuestión puede verse en “La Lucha de Clases en el Apogeo de la Revolución Francesa” de Daniel Guérin . Ediciones “r y r”. Buenos Aires 2011.

“derecho-deber” al sufragio universal (al principio y durante mucho tiempo, exclusivamente masculino, claro...), mediante la sanción de ley nacional 8871, conocida conocida “Ley Saenz Peña” (año 1912).

La ineficacia de los postulados constitucionales originarios (de neto corte económico-liberal) frente a las abismales desigualdades económico-sociales, estimuló iniciativas parlamentarias tendientes a paliar esa grave situación. Así, a principios del siglo XX, se sancionan las primeras leyes protectoras del trabajo, como la que establece el descanso dominical (número 4661 año 1905) y la reglamentaria del trabajo de mujeres y menores (número 5291 año 1907).

Transcurrieron varias décadas para que en nuestra Carta- Magna (año 1956) alcanzara el mayor rango normativo la protección a los derechos individuales y colectivos del trabajo y de la seguridad social (artículo 14 bis), sin olvidar el antecedente plasmado en la reforma operada en el año 1949, derogada en 1955. La modificación de 1956, recogió los principios proclamados por el “Constitucionalismo Social”, respuesta doctrinaria-legislativa a las ingentes demandas sociales posteriores a la Primera Guerra Mundial. Las primeras concreciones se observan en la constitución mexicana del año 1917, en la soviética y alemana, ambas de 1919.

La largamente anhelada igualdad real de oportunidades, obtiene su espaldarazo constitucional en Argentina a través de la reforma de 1994 que la incluye en el artículo 75, inciso 23.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Davove- Barbero, ob. Cit. Pág. 36 y sig.

Asimismo, en las naciones ibero-americanas, se advierte –en épocas recientes- un sostenido movimiento constitucional consagratorio de la protección de los discapacitados.<sup>21</sup>

La tremenda devastación humana ocasionada por la Segunda Guerra Mundial, generó por parte de organismos internacionales (la O.N.U, la O.E.A, entre otros), un conjunto de declaraciones, tratados, convenciones, leyes y pactos garantistas en materia de Derechos Humanos que integran nuestro derecho positivo.

Debemos reconocer como un valioso antecedente de tales instrumentos, a la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, emanada la Asamblea Constituyente el 04 de agosto de 1789, todavía reunida en Versalles, que “... en menos de doce horas...”, puso fin a un régimen que había sobrevivido por mil años: la monarquía francesa.<sup>22</sup>

En una incompleta tarea exegética, seleccionamos preceptos de ese conjunto normativo que consideramos herramientas conducentes a la efectiva protección de los sujetos con capacidades especiales que, aún en plena centuria “post-moderna”, sufren las consecuencias de la desigualdad de hecho.

La amplitud que actualmente corresponde asignar a la actual formulación jurídica de los derechos humanos, que tutela a las personas

---

<sup>21</sup> Lo menciona Leonardo B. Pérez Gallardo en su trabajo “ La Protección Social de los Discapacitados en Cuba: Una Visión de Lege Data y de Lege Ferenda”. Revista del Instituto de Derecho e Integración –Idei- número 3, año 2, página 149.

<sup>22</sup> Caló Emanuele, ob. Cit. Pág. 50 y sig.

contra las violaciones más aberrantes (tortura, genocidio, persecuciones políticas) y a las que sufren el cercenamiento de sus personalísimos (identidad, privacidad, salud, autodeterminación, dignidad, etc.), ameritan suficientemente el emprendimiento de esta modesta tarea.<sup>23</sup>

II. 1). DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE - 9na. Conferencia Internacional Americana. Bogotá 1948.

Artículo II- Derecho de Igualdad ante la Ley: Consagrado para todas las personas “...sin distinción de raza, sexo, idioma, credo NI OTRA ALGUNA”.

Artículo XVI. Establece para toda persona el derecho a la seguridad social “...que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, vejez e incapacidad...”

Artículo XXIX. Deber de convivencia de toda persona “... de manera que TODAS y cada una puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad”.

Artículo XXX. Refiere al deber de asistencia por parte de cada persona a sus hijos menores de edad.

II. 2) DECLARACIÓN UNIVERSAL de los DERECHOS HUMANOS –Resolución 217 A. Asamblea General de las Naciones Unidas (10-12-1948)

---

<sup>23</sup> Madelin, Louis. “Los Hombres de la Revolución Francesa”-4 La Asamblea Constituyente. Javier Vergara- Editor- 1989- Buenos Aires, página 79 y siguientes.



## LA PROTECCIÓN JURÍDICA A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Art. 1- Igualdad. Dignidad y derechos a todos los seres humanos.

Art. 2. Los derechos proclamados por la Declaración se garantizan a toda persona, "...sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión...o de cualquier otra índole..."

II.3) CONVENCIÓN AMERICANA sobre DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica). 22-11-1969. Ley 23054 (01-03-1984).

Art. 1- Los Estados Partes asumen el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos por la propia convención y "...a garantizar su libre ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo...o de cualquier otra índole..."

Art. 19 –Derecho del niño "...a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

II. 4) PACTO INTERNACIONAL de DERECHOS CIVILES y POLÍTICOS- Abierto a la Firma en Nueva York. Ratificado por Ley 23313 (B.O. 13-05-1986).

Art. 26 Consagra el principio de igualdad de todas las personas ante la ley y su derecho sin discriminación a igual protección ante la ley. Establece que la ley "prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación

por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión... nacimiento o cualquier otra condición social.”

II. 5) CONVENCIÓN sobre los DERECHOS del NIÑO.  
LEY 23849/1990.

El Preámbulo recuerda que las Naciones Unidas en su Declaración Universal de los Derechos Humanos “...proclamaron que la infancia tiene derechos a cuidados especiales.”.

Desarrolla principios relativos a la igualdad, garantías contra toda forma de discriminación, derecho a la vida, supervivencia, desarrollo, identidad y su preservación (inscripción nacimiento, nacionalidad, conocimiento progenitores), integración con núcleo familiar (padres), atención por los estados de solicitudes de ingreso o salidas de estados partes, derecho a expresar opinión en asuntos que lo afecten, ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, libertad de expresión y búsqueda de información; libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de asociación y reunión, protección ante injerencias arbitrarias de la vida privada, acceso a la información, obligaciones comunes de ambos padres en la crianza y educación; protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, malos tratos, interés superior del niño en los sistemas de adopción (autorizada por autoridades competentes, medio de cuidar al niño, salvaguardas en niños adoptados en otro país, evitar beneficios financieros indebidos por participantes, etc.), protección y asistencia para niño refugiado, disfrute de la vida plena y decente al niño mental o físicamente impedido (cuidados especiales,

asistencia gratuita, integración social), derecho a la salud, atención sanitaria prenatal y postnatal, atención sanitaria preventiva; derecho a nivel de vida adecuado, derecho a educación (enseñanza primaria obligatoria y gratuita, desarrollo enseñanza secundaria), desarrollo de la personalidad.

II. 6) CONVENCION INTERAMERICANA para la ELIMINACION de todas las FORMAS de DISCRIMINACION CONTRA las PERSONAS con DISCAPACIDAD. Guatemala, 08-06-1999).

Aprobada por Ley Nacional 25280 (B.O. 04-08-2000)

Puntualiza como objetivos de la “Convención ...la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración a la sociedad” (artículo 2º).

En el artículo 1ro., caracteriza a la discapacidad como “... deficiencia física, mental o sensorial..., permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria...”. El precepto designa como discriminación a “... toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad...que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de las personas con discapacidad de sus derechos humanos y libertades fundamentales.”. Aclara que “no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad.”.

II.7) CONVENCIÓN sobre los DERECHOS de las PERSONAS con DISCAPACIDAD. Naciones Unidas, 13-02-2006, aprobada por Ley Nacional 26378.

En el preámbulo, su punto p) destaca la preocupación de los Estados Partes “...por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación...”. En el artículo 1, se vuelca como propósito de la Convención, “...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad...”. Entre los principios generales de la Convención (artículo 3) se mencionan: la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer (incisos b, e, f, g). Las obligaciones generales que asumen los Estados Partes, incluyen la toma de medidas que modifiquen disposiciones legales, costumbres y prácticas “... que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” (inciso b) y para que “...ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad” (inciso e). El artículo 5, ratifica el principio de igualdad ante la ley para todas las personas, el compromiso de los Estados Partes relativo a la prohibición de toda discriminación por motivos de discapacidad, garantizando a los sujetos involucrados su protección legal y efectiva contra esa práctica (incisos 1 y 2). El inciso 4 del mismo artículo no considera discriminatorias, a “...las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

## II. 8) SIGNIFICACIONES ATRIBUIDAS al TÉRMINO DISCRIMINACIÓN.

Puede advertirse que tanto la normativa extractada en el punto anterior como la sancionada por la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación para Las Personas con Discapacidad” (ver punto II. 6), en sintonía con el sistema normativo vigente, adoptan el sentido disvalioso atribuido al término discriminación. Pero esa palabra contiene significados opuestos. Desde el punto de vista sociológico, se considera a la discriminación como “un fenómeno de poder, un reparto autoritario de sentidos”. No obstante que ambos preceptos analizados reservan esa designación para las acciones excluyentes, debe recordarse que todo acto de gobierno que favorezca a determinados sujetos, tendiente a garantizar su inclusión social y al ejercicio efectivo del derecho de igualdad, también constituye discriminación (designada como discriminación inversa, incluyendo o acción afirmativa) pero que, en este supuesto, merece valoración positiva.<sup>24</sup>

II.9) LEY 23592. PENALIZACIÓN de ACTOS DISCRIMINATORIOS. Sanción: 03-08-1988. Boletín Oficial 05-09-1988.

Penaliza a “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos por la Constitución

---

<sup>24</sup> Davove-Barbero, ob. Cit. Página 13 y siguientes.

Nacional...” (artículo 1). Entre los actos y omisiones considerados como discriminatorios, se indican: “ raza, religión, nacionalidad, ideología...o caracteres físicos” (última parte del artículo 1).

Una de las acepciones que corresponde a la palabra caracteres es “ el conjunto de cualidades o circunstancias propias... de una persona...”. El precepto legal, en su actual redacción, permite accionar al damnificado que presente capacidades mentales diferentes en tanto exteriorice determinados caracteres físicos. La determinación de la conducta antijurídica- en este caso la discriminación- encuentra su origen exclusivamente en la ley, sancionada teniendo en cuenta valores imperantes en el medio social.<sup>25</sup>

El proyecto de modificación de esta normativa ingresado el 19-05-2010 al Congreso de la Nación, ampliaba el espectro de actos “...u omisiones discriminatorios...” al incluir a la discapacidad dentro de los supuestos contemplados.

La posterior sanción de la Ley Nacional 26657 el 25/11/2010 y promulgada el 02/12/2010 (Derecho de Protección de la Salud Mental), incluye dentro de los actos discriminatorios- artículo 28- “...en los términos de la ley 23592...” a cualquier negativa por parte de los centros hospitalarios a la atención de pacientes “...por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental.”

Refiere la doctrina que la responsabilidad civil emergente de los actos discriminatorios, se extiende al ámbito contractual y

---

<sup>25</sup> El principio general se encuentra regulado por el art. 1066 del Código.

extracontractual, incluso pre-contractual, presupone un actuar arbitrario y, en determinadas circunstancias es la consecuencia del ejercicio abusivo del derecho.<sup>26</sup> Por ende, contiene los elementos comunes que caracterizan a los referidos regímenes de responsabilidad: antijuricidad, daño, relación de causalidad entre daño y hecho y factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad<sup>27</sup>

La antijuricidad de las conductas discriminatorias, encuadra en el delito civil (artículo 1072 C.C.) si se comprueba que el acto ilícito ha sido "...ejecutado a sabiendas y con intención de dañar ...” (dolo). Igualmente se extiende a las situaciones culposas por cuanto se sancionan las actuaciones arbitrarias (art. 1, ley 23592). Y, por fin, debe tenerse en cuenta que a los fines de la reparación resulta suficiente la comprobación del daño sufrido por la víctima, independientemente de la reprobación que merezca la conducta del autor, en la medida que el accionar de este último genere el resultado disvalioso. Resulta innecesaria la existencia de una norma expresa que prohíba ciertas conductas con miras a la existencia de una ilicitud objetiva.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Kiper, Claudio M. "Discriminación y Responsabilidad Civil". Publicado en RC y S -2011-V 3. Contemplado en el artículo 1071 del Código Civil, casos frecuentes en el ejercicio abusivo del derecho resultan frecuentes con motivo de la aplicación por parte de propietarios de establecimientos públicos del cuestionado "derecho de admisión".

<sup>27</sup> Bustamante Alsina, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil" -8 va. Edición-Abeledo Perrot. Bs. As. 1993, página 106 y siguientes.

<sup>28</sup> Kiper, ob. Cit. Pág. 12; C. Nac. A. Sala D, 29-02-1996- "T.C. c/ Municipalidad de Bs. As); C. A. C. y C. Mar del Plata, Sala II, 16-12-2003. Ambos fallos citados en "Código Civil de la República Argentina"- Legis. Edición 2007, notas al artículo 1066. La Cámara Nacional Civil Sala D en fecha 12-11-2008, autos "Jhoslen, Eduardo Julián c/ Transporte D.U.V.I. S.A. -Línea 86, resolvió que la empresa prestataria del servicio de transporte debía responder por los daños y perjuicios

La armonización de lo normado por el artículo 1 de la ley 23592 con los principios obrantes en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala 08-06-1999), aprobada por ley nacional 25280 (B.O. 04-08-2000), permite solucionar el problema de la laguna legislativa indicada al principio, en virtud del criterio interpretativo establecido en el artículo 16 del Código Civil.<sup>29</sup>

## II.10) CONVENCIÓN INTERNACIONAL de los DERECHOS del NIÑO y LEY NACIONAL 26061.

Estos instrumentos normativos han sido caracterizados como un verdadero hito en la historia de los derechos de la infancia, erigiéndose como el máximo exponente de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño.<sup>30</sup>

El enunciado de su artículo 1 (objeto), resulta suficientemente clarificador: "... la protección integral de las niñas, niños y adolescentes...". Descarta posibles controversias sobre la naturaleza de

---

padecidos por una persona a quien se le negó el expendio del boleto gratuito, contrariando la resolución dictada por la Secretaría de Transporte.

<sup>29</sup> Este precepto, indica que para la resolución de vacíos normativos puede acudirse "... a los principios de leyes análogas..." y, supletoriamente, a "... los principios generales del derecho...". La jurisprudencia ha sostenido que "... es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el orden jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional..." (Corte Suprema de Justicia de la Nación 29-03-1990 –Dulcamara S.A. c/ ENTEL).

<sup>30</sup> Rajmil, Alicia Beatriz y Arévalo, E. Jorge "Capacidad Jurídica de los Menores de Edad y Autonomía Progresiva en el Ejercicio de sus Derechos". Revista del Instituto de Derecho e Integración. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe- 2da. Circunscripción- N° 3, año 2, página 90.



los derechos y garantías que consagra que designa como de “...orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles ( artículo 2).

La prohibición de actos discriminatorios, es tratada en dos artículos: el 17 que otorga esa protección por “...estado de embarazo, maternidad y paternidad...” ante eventuales tentativas sancionatorias por parte de instituciones. Por su parte, el artículo 28 de la misma ley ordena la aplicación de las disposiciones consagradas “sin discriminación fundada en motivos raciales, color, edad, idioma, capacidades especiales...”. El sistema legislativo vigente faculta al niño para ejercer ante cualquier acto discriminatorio que lo afecte, las acciones previstas en la ley 23592, analizada en el punto anterior.

El derecho de los niño de expresar libremente su opinión en asuntos que “... les conciernan y sean de su interés...”, debiendo “... sus opiniones ser tenidas en cuenta, conforme su grado de madurez y desarrollo (art. 24), se complementa con el de ser oído por la autoridad competente y que su opinión sea tomada en cuenta en decisiones que lo afecten.<sup>31</sup>

Integra el sistema, la posibilidad de contar con asistencia letrada (artículo 27). A ello se suma la circunstancia de que la ley 26061 fue

---

<sup>31</sup> El derecho del niño a ser oído, ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad a la sanción de la ley 26061. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en su Acordada 73814/2000, dijo que “Atento la trascendencia que a la decisión sobre el destino del menor se otorga se exige –bajo pena de nulidad– que quien vaya a resolver sobre él lo conozca...”. Citado por María Paula González y Natalia Hernández en “Participación de los niños y adolescentes en los procesos judiciales de familia” U.N.R. Facultad de Derecho, año 2009.

dictada en cumplimiento a la obligación asumida por el Estado Argentino dentro del marco de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por ley 23849 (B.O. 22-10-1990), norma de “jerarquía superior a las leyes” (art. 75, inciso 22, Constitución Nacional).

III). LA TULELA PENAL: El Delito de Circunvencción de Incapaces en la Jurisprudencia. Artículo 174, inciso 2, Código Penal de la Nación Argentina.

Resumen del fallo:

“1. La figura legal de circunvencción de incapaces (art. 174, inc. 2º C.P.), supone abusar de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aún cuando el acto sea civilmente nulo. Se atiende a las menores posibilidades de defensa de quien por sus necesidades, pasiones o inexperiencia, facilita la defraudación. Es una defraudación por abuso de la condición de la víctima”.

“2. La figura requiere que el autor explote (abuse) los intereses (necesidades), afectos o apetitos (pasiones) del incapaz o su falta de saber o inadvertencia (inexperiencia).”

“3. Es un delito de daño puramente eventual que se consuma con la firma del documento por el incapaz (insistimos: declarado o no como tal); es doloso y exige además el conocimiento de la incapacidad

del otorgante, la intención de aprovecharse de su necesidad, pasión o inexperiencia”.<sup>32</sup>

### III.1). CONSIDERACIONES.

El fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba el 28/09/ 2012, bajo número 254, dentro de los autos “Murúa, María del Carmen p.s.a. circunvención de incapaces- Recurso de Casación” (expediente “M” 24/12), constituye la aplicación concreta de principios legales relativos a función tutelar que el Derecho consagra en beneficio de las personas que padecen discapacidad. Ello no implica negar la sostenida evolución del instituto encaminada a la consagración de los derechos de las personas con discapacidad que contemplan el espectro que va desde la igualdad de oportunidades, el respecto por la voluntad y la autonomía progresiva del sujeto (leyes nacionales 23849, 26378, 26061, 26657) a la que ya hemos aludido. En realidad, ambos aspectos están ligados indisolublemente entre sí: la protección y el ejercicio efectivo de los derechos de raigambre constitucional por parte de las personas en situación de vulnerabilidad.

### III. 2) SOBRE LA FIGURA PENAL

El tipo penal se encuentra, como se dijo, regulado en el artículo 174, inciso 2) del Código Penal (conforme Ley Nacional 11221, de fe de erratas y vigente de acuerdo a la Ley 23077) y contempla la pena de

---

<sup>32</sup> La sentencia que analizamos fue íntegramente reproducida en la Revista del Instituto de Derecho e Integración –IDeI-, número 9, año 5, página 227 y siguientes.

prisión de 2 a 6 años para “El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”.

Sostiene la doctrina que la existencia de la modalidad delictiva aquí reproducida, no requiere necesariamente que el autor se sirva del engaño, sino que el hecho punible consiste en el abuso por parte de aquellos de la situación de vulnerabilidad de la víctima induciéndola a la suscripción de un documento portante de efectos jurídicos patrimoniales.<sup>33</sup>

La vulnerabilidad, considerada en puntos anteriores, la desarrolla el precepto a partir de tres ideas directrices: necesidades, pasiones o inexperiencia.

Un abanico de acepciones refiere al significado de la voz necesidad. Así, puede tratarse de un impulso irresistible que determina el sentido de las decisiones, la carencia de cosas inherentes a la subsistencia, los padecimientos generados en riesgos o peligros que requieren inmediata asistencia e, incluso, abarca aquellas privaciones de tipo espiritual y afectiva (índole religiosa, por ejemplo).<sup>34</sup> Adviértase que las necesidades contempladas por la norma no se ciñen en modo alguno a las de origen económico. La sentencia comparte el criterio expuesto por calificada doctrina en el sentido de que el abuso se extiende a las

---

<sup>33</sup> Fontán Balestra, Carlos “Derecho Penal”. Parte Especial. 5ta. Edición- Editorial Abeledo Perrot – Buenos Aires-, página 381 y sig.; Creus, Carlos, “Derecho Penal”.-Parte Especial- Tomo I-, Sexta Edición- Editorial Astrea, 1998, página 510 y siguientes.

<sup>34</sup> Diccionario de la Lengua Española –Real Academia Española- 21 Edición, Tomo II, página 1431.

carencias de la víctima “...de cualquier orden, siempre que sean producto de su padecimiento o edad y alcancen tal intensidad que disminuyan considerablemente su juicio crítico y las funciones volitiva y afectiva”. Precisamente, la sentencia admitió que las necesidades materiales de la víctima en el caso examinado, no sufrieron menoscabo alguno como consecuencia del acto realizado (donación de nuda propiedad con reserva de usufructo vitalicio).

La pasión, vinculada al delito analizado, puede contemplar casos de desequilibrios emocionales, marcadas inclinaciones personales o apetitos desmedidos de la víctima por alguna cosa, en tanto ésta sea incapaz de dominarlos.<sup>35</sup> La inexperiencia presupone insuficiencia de conocimientos, fundamentalmente de carácter práctico, en diversas cuestiones de la vida diaria.

La conjunción disyuntiva “o”, determina que a los fines de la concreción del tipo penal, bastará el abuso por parte del agente de alguna de las debilidades apuntadas: necesidades, pasiones o inexperiencia, complementado con las restantes circunstancias descriptas en la norma.

La punición de alguno de los hechos abusivos apuntados, dependerá de la suscripción del documento por parte de alguno de los sujetos pasivos mencionados en el precepto: menor o incapaz, con independencia de su declaración como tal. El análisis del contenido del documento que otorgue la víctima servirá para develar la aptitud dañosa del acto en perjuicio del autor o de un tercero.

---

<sup>35</sup> Diccionario..., página 1541, ver acepciones 6 y 7.

Atento que el bien jurídico objeto de la tutela del legislador es el derecho de propiedad (Título VI del Código Penal), el daño deberá ser de índole patrimonial, siendo innecesario que el perjuicio se concrete. La peligrosidad del acto resulta suficiente para la consumación del delito.<sup>36</sup>

Por fin, debe señalarse que el hecho resulta punible con independencia de que el acto celebrado reúna las condiciones necesarias para producir sus efectos jurídicos. La nulidad (arquetipo de las sanciones civiles) o la anulabilidad del acto jurídico de las partes no enervan el tipo penal analizado.

Reviste interés dilucidar si la nulidad o anulabilidad que afecte exclusivamente la formación del documento (el acto del notario en este caso), es susceptible de sustraer a esta maniobra dolosa del tipo penal. Diversas son las causales que invalidan los actos del autorizante de un instrumento público previstas por la legislación sustancial: la falta de competencia material y territorial por parte del autorizante; la destitución, suspensión o reemplazo del oficial público; actuación de aquel en asuntos que sus parientes se encuentren interesados; incumplimiento de formalidades legales; falta de firma de las partes; redargución de falsedad del documento (artículos: 980, 981, 983, 985, 986, 988, 989 del Código Civil). En lo que refiere a las escrituras públicas, el Código Civil establece otras causales invalidantes que deben considerarse en conjunto con las mencionadas: su redacción en soporte papel no habilitado como

---

<sup>36</sup> Creus, ob. cit. Página 511. Fontán Balestra, ob. Cit. Pág. 582.

protocolo (art. 998), incumplimiento de recaudos relativos al idioma y ante la intervención de sordomudos (arts. 999 y 1000); faltas relativas a la data, lugar de otorgamiento, firmas e inobservancia del orden cronológico (arts. 1004 y 1005 del Código Civil). La donación de inmueble requiere para su validez, el cumplimiento de una forma impuesta legalmente: su celebración en escritura pública (artículo 1810, inciso 1 del Código Civil), sin que sea aplicable la subsanación acudiendo a la conversión prevista en los artículos 987 y 1185. La expresión final del artículo 174, inciso 2) del Código penal (“...aunque el acto sea civilmente nulo”) veda, en principio, posibles distinciones. La invalidez de los actos privados puede alcanzar tanto al realizado por las partes como al relativo a la formación de los documentos portantes, ya sean públicos o privados.<sup>37</sup> Por lo tanto, resulta indiferente que la patología agreda el acto de las partes o el que corresponde al autorizante (las llamadas nulidades instrumentales). La signature de la víctima en el documento y la comprobación de los restantes elementos descriptivos del tipo penal, determinan la existencia del delito. En cambio, resultan totalmente ajenos al tipo legal los denominados actos jurídicos inexistentes. Es el caso de la escritura redactada en el protocolo pero que carece de firmas.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Las distintas situaciones que provocan la invalidez (nulidad, anulabilidad) de los actos jurídicos se encuentran reguladas dentro del contexto del Código Civil ya con rango de principios generales (artículos 18, 1037, 1038, 1039, 1040, entre otros) y contemplando situaciones específicas (caso de las llamadas “nulidades instrumentales”).

<sup>38</sup> A diferencia de los actos nulos o anulables, en los actos jurídicos inexistentes se comprueba la carencia de elementos necesarios para su formación. Su elucubración se debe a la doctrina francesa, habiendo encontrado recepción en autores nacionales y extranjeros.

### III.3 LA VALORACIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal califica a la escritura de donación como nula atento “... el palmario vicio en el consentimiento que conlleva haber sido suscripta por quien se encontraba afectada por una significativa disminución de su capacidad neurocognitiva”. Cita en apoyo de su afirmación los artículos 141, 152 bis inciso 2, 1042, 954 del Código Civil y menciona calificada doctrina civilista.

De ello se infiere que los padecimientos de la víctima al tiempo de la celebración del negocio invalidado, enervaron los elementos internos de su voluntad, esto es el discernimiento, la intención y la libertad, cualidades requeridas conjuntamente para que el acto sea reputado voluntario y generador de obligaciones.<sup>39</sup> La ancianidad de la víctima, sumada a su salud físico-mental quebrantada, resultaron determinantes para menoscabar su autonomía y aptitudes para comprender adecuadamente las consecuencias del acto otorgado. De allí que el acto jurídico deviene involuntario y su otorgamiento no desencadena consecuencia alguna para el autor que se encuentre en las condiciones de vulnerabilidad apuntadas.

Se advierte, de acuerdo a lo expresado en la sentencia, que la “cuidadora” o “guardadora de hecho”, ejercía sobre la persona otorgante del acto invalidado una influencia determinante en las decisiones de esta

---

<sup>39</sup> Artículo 900 del Código Civil. Resulta ilustrativo el primer párrafo de la nota a ese precepto: “El elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta”. Para LLambías, Jorge Joaquín (Tratado de Derecho Civil –Parte General – Tomo II-, 21 Edición Actualizada, Editorial Lexis Nexis, página 259) “...el autor de un hecho involuntario carece de responsabilidad, no siendo entonces viable imputarle ninguna de las consecuencias de su actividad.”



última, valiéndose de la intimidación y malos tratos (artículos 937, 1045 del Código Civil).<sup>40</sup>

#### IV) EL NOTARIO Y EL DISCERNIMIENTO DE LOS OTORGANTES. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL ASESORAMIENTO.

Todo documento notarial contiene un juicio por parte del autorizante relativo al discernimiento de los comparecientes en el momento de la realización del acto, aunque el texto no lo indique expresamente.<sup>41</sup> Bien entendido que cualquier mención que eventualmente se consigne relacionada con la capacidad de las partes no goza del amparo de la fe pública, porque integra la categoría de “juicios” que emite el notario.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Designamos como “guardadores de hecho”, a los sujetos que cumplen en forma transitoria o permanente tareas de asistencia a personas que padecen limitaciones físico-mentales. Por lo general, su función se limita a la atención de necesidades básicas (mandados, pequeñas tareas de mantenimiento, ayuda en tareas domésticas), pero pueden involucrarse en gestiones de mayor trascendencia: internaciones, primeros auxilios, cuidados permanentes, actos de administración, etc. Esa función carece de regulación legal en nuestro país. La figura afín parece encontrarse en el mandato tácito (arts. 1873 y 1874, Código Civil). Esta interesantísima figura ha sido tratada por la doctrina española.

<sup>41</sup> Resulta frecuente leer en escrituras fechadas varias décadas atrás, la expresión “...personas hábiles y de mi conocimiento...”, consignada con posterioridad a los datos de los otorgantes. Esa afirmación suele constar actualmente en las escrituras de testamento por acto público, donde con mayor claridad, se indica respecto del testador un párrafo que puede ser de este tenor: “... encontrándose a mi juicio en su perfecta razón” y sirve como elemento probatorio que apoya la presunción de capacidad del otorgante establecida por el artículo 3616 del C.C. Trigo Represas, Félix (“Responsabilidad Civil de los Escribanos de Registro”, en Revista Notarial 845, páginas 1270/1271), sostiene que el “...el juicio de capacidad integra el contenido intelectual y hace a la autenticidad interna del instrumento por ser presupuesto de su validez.”. Agrega el autor que la autorización del documento por el notario “...hace presumir que él mismo evaluó los elementos constitutivos de la capacidad de los sujetos intervinientes”.

<sup>42</sup> Notas del codificador a los artículos 993 y 3616 del Código Civil. ;Zinny, Mario Antonio “El Acto Notarial (Dación de Fe)”, página 36 y siguientes, Editorial Depalma 1990. Leonardo B.

Como es sabido, la fe pública es la veracidad impuesta por el ordenamiento legal a las afirmaciones del oficial público consignadas en el documento de su autoría –escritura pública, acta protocolar o actuaciones extra-protocolares- que refiere a los actos o hechos cumplidos por él mismo o aquellos ocurridos en su presencia.<sup>43</sup> Esa creencia de carácter “forzoso”, se limita a lo que el escribano afirma haber realizado por sí mismo (traslado a un determinado lugar, por ejemplo), a los hechos y situaciones percibidos sensorialmente por él (manifestaciones y actos realizados por las partes, descripciones de cosas y de acontecimientos ocurridos en su presencia), incluyéndose la fecha y autoría del instrumento. Cabe recordar, en apretada síntesis, que los efectos de la fe pública alcanzan tanto a las partes otorgantes como a los terceros.<sup>44</sup>

A diferencia de lo establecido para el notariado español, nuestro derecho positivo no obliga a los escribanos que consignen en los documentos por ellos extendidos, su juicio sobre la aptitud discerniente de los otorgantes del acto. Esa apreciación integra el conjunto de los deberes que les caben como operarios del derecho o intérpretes

---

Pérez Gallardo, refiere que algunos autores prefieren la expresión calificación notarial. Distingue esa afirmación de la dación de fe, reproduciendo un párrafo de Giménez Arnau “...un acto o juicio personal que no pertenece al *juxta verum dictum* de la fe pública, sino más bien, al principio de legalidad; *juxta legem actum*”. “Diez Interrogantes sobre el Juicio Notarial de Capacidad: Un Intento de Posibles Respuestas”. Revista del Instituto de Derecho e Integración –Idei número 9, año 5, 2013- Rosario- Argentina, páginas 38/39.

<sup>43</sup> Artículo 993 y concordantes del Código Civil; Cuture, Eduardo J. “El Concepto de Fe Pública” en “Lecturas Esenciales de Derecho Notarial”. Gaceta Notarial, 1ra. Edición, Colección Biblioteca Notarial Serie 1, Cuzco, Perú, página 39 y siguientes.

<sup>44</sup> Zinny, ob. Cit. Pág. 69, artículos 993, 994, 996 del C.C.

jurídicos.<sup>45</sup> Se trata de tareas vinculadas a la dación fe, pero que se cumplen en la etapa previa a la formación de los actos jurídicos representados por el documento notarial y que devienen indispensables a los fines de garantizar la eficacia y validez de las actuaciones. Los romanos designaron a esas actividades como “respondere” y son comunes al defensor (abogado) y al escribano, en tanto incumben a ambos en su calidad de intérpretes jurídicos.<sup>46</sup> Entre nosotros se rotula como asesoramiento y es uno de los deberes impuestos al notario, contemplados específicamente en las leyes orgánicas notariales.<sup>47</sup>

El asesoramiento se concreta a través de las audiencias que mantiene el notario con los requirentes en forma previa a la instrumentación del negocio jurídico o diligencia requeridos. Esas

---

<sup>45</sup> El “Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado” de España, establece en su artículo 167 lo siguiente: “El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar, que a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.” (Decreto del 2 de junio de 1944, reproducido por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid 1971, página 130). Concordantemente, el artículo 156 de ese precepto legal, ordena: “La comparencia de toda escritura indicará: ...8º La afirmación, a juicio del Notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera.” Recuerda Pérez Gallardo que “... la apreciación de la capacidad del otorgante –según expresa Rodríguez Adrados-, fue considerada históricamente ajena a la función notarial, ello a partir de la concepción puramente sensorial tenida sobre ésta...”. Ob. Cit., en nota (34), pág. 39.

<sup>46</sup> Carnelutti, Francesco “La Figura Jurídica del Notario” en “Colección Biblioteca Notarial” –Serie 1-, Gaceta Notarial, 1ra. Edición, Cuzco, Perú año 2011, página 149; Martínez Segovia, Francisco “Función Notarial”. Ediciones Jurídicas Europa América, año 1961, página 22 y siguientes.

<sup>47</sup> La legislación notarial de la Provincia de Mendoza (ley 3058/64, texto ordenado al 20/0/2005), prevé en su artículo 2do. , como actividad notarial “...el asesoramiento jurídico notarial en general y la formulación, en su caso, de dictámenes orales o escritos.”

entrevistas permiten al profesional ilustrar a los interesados sobre los aspectos jurídicos de la actuación pretendida y, al mismo tiempo, efectuar la apreciación del nivel de entendimiento de aquellos. De allí que esos contactos personales resultan indispensables a los fines de la individualización de las partes, la prestación del asesoramiento (ya sea en forma oral o escrita) y la detección de eventuales irregularidades. Tales procedimientos permiten llevar a la práctica las acciones tendientes a neutralizar todo posible litigio, ya que una vez advertida la patología jurídica se adoptan las medidas tendientes a su subsanación, particularmente las de carácter preventivo.<sup>48</sup>

La valoración del estado de lucidez de los otorgantes del acto notarial, integra ese conjunto de acciones preventivas, con la particularidad de que principia en la primera audiencia y solamente concluye una vez autorizado el documento.

Si el fedatario como resultado de sus comprobaciones arribara a la convicción fundada de que algún otorgante carece del discernimiento, intención y libertad, requeridos para la formación de los actos jurídicos (art. 900 Código Civil), deberá negarse a prestar su ministerio.

La doctrina notarial española, coincidentemente, puntualiza que el notario debe negarse a prestar su autorización al acto requerido "... cuando a su juicio, todos o algunos de los otorgantes carezcan de la

---

<sup>48</sup> Carnelutti, ob. Cit., página 147, destaca la acción preventiva del notario al afirmar: "...cuanto más consejo del Notario, cuanta más conciencia del Notario, cuanta más cultura del Notario, menos posibilidad de litis..."

capacidad legal necesaria para el otorgamiento del acto que pretendan”.<sup>49</sup> La **Ley Orgánica del Notariado Bonaerense (número 9020/1978 y modificatoria número 12623)**, contempla en su artículo 131 (inciso 3) entre las causas que permiten al escribano rehusar la prestación de su ministerio: **“Dudas razonables respecto del estado mental del requirente o de su libertad de volición”**. Similares ordenamientos vigentes en otras demarcaciones, imponen al fedatario la obligación de **“...intervenir profesionalmente en los casos que sea requerido, no siendo esa intervención contraria a las leyes...”**.<sup>50</sup>

La instrumentación de actos a título gratuito amerita un examen particularmente cuidadoso por parte del profesional respecto del estado de discernimiento, intención y libertad del transmitente de los bienes. Nótese la protección especial que el legislador otorga al donante a fin de evitar una posible situación de indignidad, invalidando la donación de todos sus bienes presentes en caso de que no se prevea la reserva de usufructo o una porción suficiente para subvenir a sus necesidades (artículo 1800). El brazo de la tutela legal limita igualmente las atribuciones de los mandatarios de los donantes: el instrumento que faculta la realización de tales actos en nombre de otro, debe especificar los bienes objeto de la donación (art. 1807, inciso 6). Ante esos

---

<sup>49</sup> Simo Santoja, Vicente I. “El Notariado y los Derechos Fundamentales” –Ponencias del Notariado Español- XXII Congreso Internacional del Notariado Latino –Buenos Aires 1998, página 252.

<sup>50</sup> Reproducimos parcialmente el artículo 11 “d” de la Ley Orgánica del Notariado Santafesino número 6898 y modificatorias. Similares expresiones se encuentran en otros similares, tales como Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 29) y la recordada ley 3058 de la Provincia de Mendoza (artículo 9).

supuestos (liberalidades), resulta aconsejable que el notario profundice sus contactos con el disponente de los bienes a fin de dilucidar con acierto el grado de comprensión y de autonomía de éste.

Sin embargo, como el notario no emite una opinión de carácter técnico sino –insistimos– un juicio sobre la capacidad de las partes (implícito en el documento autorizado), su responsabilidad se generaría en el caso de que su actuación fuere dolosa o mediando grave negligencia.<sup>51</sup> Así parece haberlo entendido el Tribunal en el recordado caso examinado en el punto anterior. Finalmente, debe recordarse que el fedatario debe ajustar su actuación a un postulado admitido universalmente en el mundo jurídico: “... la capacidad de obrar constituye una presunción *iuris tantum*...”.<sup>52</sup> En consecuencia, toda negativa a la prestación de su ministerio que se apoye en motivos fútiles, genera responsabilidad en cabeza del fedatario renuente (artículos 1074 y concordantes del Código Civil).

#### V). CONCLUSIONES- PONENCIA:

1) Todo ser humano es esencialmente vulnerable debido a su finitud y habida cuenta de que, en gran medida, su supervivencia (especialmente durante la infancia, enfermedad y vejez), depende de los cuidados de otros. Esa condición “innata” de vulnerabilidad,

---

<sup>51</sup> Llorens, Luis “El Notario ante Deficientes Mentales. Hacia una revitalización de la Capacidad en el Derecho Civil”, página 142.

<sup>52</sup> Landestoy Méndez, Pedro Luis “La Discapacidad Intelectual y la Testamentario Activa: Una visión desde la Convención de los Derechos de la Personas con Discapacidad”. Revista del Instituto de Derecho e Integración –IdeI– número 6, año 3, página 132.

admite numerosos matices que, respondiendo a una infinita variedad de situaciones (pertenencia a determinados grupos sociales o políticos, raza, hábitat, etc.), pueden profundizarla o morigerarla hasta reducirla a una mínima expresión.

2) Las desigualdades de hecho existentes entre los seres humanos, agravan el estado de vulnerabilidad de numerosas personas. Esa situación se verifica palmariamente en los sujetos afectados por minusvalías mentales.

3) Tradicionalmente, las personas dotadas de capacidades mentales diferentes, recibieron por parte de la sociedad un tratamiento favorable a su exclusión. Con acierto, los ha caracterizado como “escondidos de la sociedad”. Y bajo el falaz argumento del mejoramiento de la raza humana, se llegó al extremo de promover y llevar adelante su eliminación (momentos aberrantes en la historia de la humanidad).

4) El común denominador, aplicó políticas proclives a la discriminación de estos sujetos y las legitimó a través de un aceitado régimen normativo que, auto-proclamándose tuitivo y fundándose en principios de seguridad jurídica, colocaba a tales personas (designadas colectivamente como incapaces, incluyendo dentro esa categoría a los menores) en situación de objetos, ignorando absolutamente su voluntad.

5) Nuestro Código Civil, receptó ampliamente los principios resumidos en el punto anterior. Un antecedente normativo que atemperó el rígido sistema vigente, fue la modificación operada mediante la introducción del artículo 152 bis (en los casos contemplados por esa

norma, el curador se limita a cumplir funciones de asistencia, ya no suplente la voluntad del pupilo).

6) El largo camino hacia el efectivo ejercicio de los derechos y protección normativa de las personas más vulnerables, reconoce un punto de partida en los principios del llamado “Constitucionalismo Social” que en nuestra Carta Magna se refleja en el texto de su artículo 14 bis (reforma de 1956). Esa reforma complementa y trasciende al principio de igualdad formal ante la ley, consagrado en la Constitución originaria (artículos 14 y 16), respuesta ineficaz ante las abismales desigualdades económico-sociales.

7) La igualdad de oportunidades alcanza reconocimiento constitucional en la reforma operada en 1994 (artículo 75, inciso 23).

8) Un conjunto normativo sancionado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, consistente en tratados dotados de jerarquía superior a las leyes (artículo 22 Constitución) y legislación específica, se erige en garante del efectivo ejercicio de los derechos de las personas en situación de mayor vulnerabilidad. Se trata de claro reconocimiento a los derechos humanos, concebidos en su mayor amplitud.

9) En la normativa analizada pueden extractarse, atendiendo a su relevancia, el reconocimiento de principios relativos a la igualdad (entendida desde punto de vista integral), el respeto al derecho de autodeterminación de las personas en situación de mayor vulnerabilidad y a su dignidad, el rechazo a toda forma de discriminación en su sentido negativo y la tutela efectiva de tales derechos a través de regímenes sancionatorios (civiles y penales).



10) Corresponde al notario, profesional del derecho en ejercicio de una función pública y como tal garante de los derechos de las personas, adoptar las medidas preventivas que aseguren la plena validez de los actos jurídicos realizados con su intervención. Entre los numerosos resguardos, adquiere un papel preponderante el juicio que emite el fedatario relativo al grado de discernimiento de los otorgantes, que principia en la etapa correspondiente a las audiencias preliminares y concluye una vez autorizado el documento. La intermediación entre el notario y las partes, permite al profesional ponderar el grado de comprensión de cada sujeto.

11) Como principio general, el escribano debe cumplir con la regla que consagra la prestación obligatoria de su ministerio. En lo que refiere a la aptitud de los otorgantes, deberá atender al principio de presunción de capacidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Antón, Ricardo Enrique; Moreno, Gustavo Daniel “Estrategias de las Defensas Públicas de Niñas, Niños y Adolescentes en las Vías Recursivas.” UNIFEC Bs. As. 2011, pág. 45.

Becorral Lanzarot, “La Protección Jurídica de los Mayores en Situación de Desamparo: ¿extensión de la Guarda y Tutela Pública a estos supuestos?”. Editorial Aranzi. España 2008.

Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil” -8va. Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1993.

Caló, Emanuele, “Bioética. Nuevos Derechos y Autonomía de la Voluntad”. Ediciones La Rocca. Buenos Aires (Argentina) 2000.

Cárdenas, Eduardo J.; Cimadoro, Mirta S.; Hersovici, Pedro; Montes, Irene B. “La escucha del niño en el proceso judicial de familia”. L. L. 2007-B-1132.

Carnelutti, Francesco “La Figura Jurídica del Notario”. Colección Biblioteca Notarial Serie 1. –Gaceta Notarial. 1ra. Edición. Cuzco. Perú 2011.

Creus, Carlos. “Derecho Penal”. Parte Especial. Tomo –I- Sexta Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires 1998.

Crovi, Luis Daniel. “Capacidad Jurídica de las Personas con Padecimientos Mentales”. La Ley 25/10/2011. N° 203.

Cuture, Eduardo J. “El Concepto de Fe Pública”. Colección Biblioteca Notarial Serie 1, antes citada.

D’Antonio, Daniel H. “Convención sobre los Derechos del Niño”. Editorial Astrea. Buenos Aires-Argentina-2010-

Davove, María Isolina y Barbero Dariel Oscar. “Igualdad y no Discriminación en los Actos de Autoprotección”. Revista del Instituto de Derecho e Integración –Idei-, número 1, año 2009- Rosario. Argentina.

De Dios, Mónica Rosana; Rájmil, Alicia Beatriz; Llorenz, Luis Rogelio “La Representación de los Menores y Mayores de Edad Incapaces”. Revista del Instituto de Derecho e Integración –Idei- número 8, año 4, 2012- Rosario- Argentina.

Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco. “La Guarda de Hecho y la Protección de las Personas con Discapacidad”. Editorial Universitaria Ramón Aceres. Impreso por Campillo Nevado S.A. –España-

Kemeljamer de Carlucci, Aída “La demencia como base de las nulidades en el Código Civil”. Revista del Derecho Privado y Comunitario n° 8. Nulidades, pág. 90.

Kiper, Carlos y Goldemberg, Isidoro “El Derecho frente a la Discriminación”. Revista del Notariado. Número 844, enero-febrero-marzo 1996, Buenos Aires- Argentina.

Kiper, Claudio M. “Discriminación y Responsabilidad Civil” RC y S-V-3, cita Online: AR/DOC/1071/2011.

Legis “Código Civil de la República Argentina”. 4ta. Edición. Buenos Aires- Argentina- 2007.

López Herrera, Eduardo “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Lexis Nexis, 2006, página 750.

Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia B. “Derecho de Autoprotección”

Editorial Astrea. Buenos Aires (Argentina). 2010.

Llorens, Luis Rogelio “La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad? La Ley, 2007-E-1106.

Olmo, Juan Pablo “Ley 26657. Acceso a la Justicia de niñas, niños y adolescentes, internados por Salud Mental y adicciones”. Revista del Instituto de Derecho e Integración- Idei- número 9, año 5. Rosario-

Argentina-2013. Del mismo autor: “El Régimen de Internación en el Decreto 603/2013 Reglamentario de la Ley de Salud Mental”. Revista citada pág. 193 y sig.

Pérez Gallardo, Leonardo B. “Diez Interrogantes sobre el Juicio Notarial de Capacidad”. Revista del Instituto de Derecho e Integración –Idei”, número 9, año 2005 –Rosario (Argentina). 2013.

Simo Santoja, Vicente “El Notariado y los Derechos Fundamentales”. Ponencias del Notariado Español. XXII Congreso Internacional del Notariado Latino. Buenos Aires 1998.

Zannoni, Eduardo “Derecho de Familia” –Tomo 2- Editorial Astrea- Buenos Aires –Argentina-1998.

**CAPACIDAD Y AUTONOMÍA A LA LUZ  
DE NUESTRO CODIGO CIVIL Y EL PROYECTO  
DE UNIFICACION DEL CODIGO CIVIL  
Y COMERCIAL**

Romina Andrea RAJMIL<sup>1</sup>

**SUMARIO.**

I. INTRODUCCION. II. LOS PARADIGMAS DE LA CDN Y SU RECEPCION POR PARTE DE LA LEY 26.061. Interés superior del niño. Autonomía Progresiva. Derecho a ser oído. III. ANALISIS Y OBJECIONES A LAS DISPOSICIONES DE NUESTRO CODIGO CIVIL. IV. PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL. V. CONSIDERACIONES FINALES.

---

<sup>1</sup> Abogada-Mediadora. Egresada Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario año 2012. Adscripta Cátedra Residencia de la Minoridad y Familia de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario.

## **Resumen**

Sobre la persona adulta, nadie duda que debe ser dueña de su futuro y de decidir su destino, sin embargo, cuando se trata de un niño, por lo general imponemos nuestra voluntad, ignorando su condición de persona que no sólo es titular de derechos sino que también puede ejercerlos conforme a su edad y etapa madurativa y que posee personalidad propia, digno de ser respetado y valorado.

En numerosas ocasiones, los menores de edad deben enfrentarse a situaciones extremas que afectan su vida o su salud, siendo preciso tomar decisiones fundamentales en las que su participación adquiere un rol relevante.

Este trabajo pretende comprender los alcances de la competencia bioética del niño o adolescente que atraviesa por estas circunstancias.

Para ello se analizarán las modificaciones que trajo aparejada la Convención de los Derechos del Niño (CDN), su recepción a nivel interno a través de la Ley 26.061, su colisión con el Código Civil vigente y la importancia de su reforma para lograr una efectiva adecuación de estos postulados a nuestro derecho de fondo, estableciendo una exámen crítico del Proyecto de Código Civil propuesto.

## **Palabras claves**

Capacidad - Competencia Bioética - Menores de edad - Derechos Personalísimos - Interés Superior del Niño - Derecho a ser

oído - Autonomía progresiva - Convención sobre los Derechos del Niño  
- Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial.

### **Abstract**

On the adult person, no one doubts that should be the master of their future and to decide their fate, however, when it comes to a child, usually we impose our will, ignoring his status as not only is the holder of rights, but also can exercise these rights in accordance with their age and stage of evolution and that has personality, worthy of being respected and valued.

Usually, minors must deal with extreme situations that affect their lives or their health, where fundamental decisions must be taken and their participation becomes so relevant.

This work seeks to understand the scope of the competition bioethics of the child or adolescent that is going through these circumstances.

To do this will be analyzed the changes wrought by the Convention on the Rights of the Child (CRC), their reception at the domestic level through the Law 26,061, its collision with the present Argentinian Civil Code and the importance of reform it in order to achieve an effective adaptation of these principles to our substantive law, establishing a critical review of the draft proposed new Argentinian Civil Code.

## **Key words**

Capacity - Competence Bioethics – Minors - Strictly Private Rights  
- The best interests of the Child - The right to be heard - Progressive  
autonomy - Convention on the Rights of the Child - Unificated Project  
of the Argentinian Civil and Commercial Code.

## **I. INTRODUCCION.**

Por lo general las leyes establecen límites de edad a los niños y adolescentes para realizar ciertos actos tales como comprar y consumir alcohol o tabaco, manejar vehículos, presentarse a cargos públicos, votar, firmar contratos, testar, contraer matrimonio, etc. Estas leyes marcan una división cronológica estricta, transformando una actividad en legítima a partir del momento de haber alcanzado la mayoría de edad.

Sin embargo, las normas que regulan la edad para prestar el consentimiento a un procedimiento médico, deben ser interpretadas de manera más flexible, reconociendo que aquellos que se encuentran por debajo de la edad legal para consentirlo, pueden poseer la madurez suficiente para comprender acabadamente los aspectos necesarios a los fines de tomar una decisión por sí mismos.

Llevada entonces la cuestión al ejercicio del derecho a la salud y, especialmente, a la posibilidad de prestar un consentimiento válido para la realización de tratamientos o intervenciones en el propio cuerpo, debemos preguntarnos si para ello es necesario contar con capacidad desde el punto de vista civil o es suficiente el discernimiento. La doctrina



es conteste en distinguir los términos de capacidad y competencia ya que cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, el concepto jurídico de “capacidad” no coincide con el bioético de “competencia”.

Es así que la Dra. Ciruzzi, considera que la capacidad civil supone la posibilidad de celebrar por sí actos jurídicos, esto es, ser titular de derechos (capacidad de derecho) y la facultad de poder ejercer esos derechos (capacidad de hecho).<sup>2</sup>

La Dra. Kemelmajer de Carlucci agrega que es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos, por ello, por razones de seguridad jurídica, generalmente las leyes establecen una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad. Si el paciente no tiene esa edad o no está emancipado, el contrato médico, por ser un acto negocial, debe ser celebrado por los representantes legales.<sup>3</sup>

En cambio, la competencia bioética es un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos; supone poseer la capacidad necesaria para hacer efectivo el derecho personalísimo a la salud y a la vida, tomando por sí mismo las decisiones que hacen a su cuidado y asistencia.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Ciruzzi, María Susana, “*La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?*”, Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2011, pág.30.

<sup>3</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aida, “*El derecho del niño a su propio cuerpo, publicado en Bioética y Derecho*”, obra conjunta coordinada por Berges Salvador D. y Minjersky Nelly, Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2003, pág 114.

<sup>4</sup> Ciruzzi, María Susana, “*La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?*”, Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2011 pág.31.

Como se infiere, esta aptitud que posee toda persona, no se adquiere de un día para el otro, no despierta en un momento determinado, sino que se va formando y requiere una evolución que sólo se alcanza con el transcurso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez.

Como destaca Carlos Del Mazo, se trata de un concepto ligado al de discernimiento, puesto que implica una valoración de la aptitud de comprender el alcance de la decisión en el caso particular, de acuerdo al grado de desarrollo que ostenta el sujeto menor. En muchos casos, capacidad y competencia, habrán de coincidir, pero de no ser así, a los efectos de prestar el consentimiento válido para una práctica médica, debería bastar con que el paciente tenga discernimiento o competencia suficiente.<sup>5</sup>

Esta postura, tan clara cuando se trata de personas mayores de edad y con pleno discernimiento, no lo es tanto cuando nos referimos a los menores por su sujeción a la patria potestad o tutela. No existen dudas de que estos últimos son portadores de todos los derechos reconocidos a los hombres en general, incluyendo los derechos de carácter personalísimos, la cuestión clave es su ejercicio.

## **II. LOS PARADIGMAS DE LA CDN Y SU RECEPCION POR PARTE DE LA LEY 26.061.**

La Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la Republica Argentina en 1990 por medio de la ley 23.849, e incorporada

---

<sup>5</sup> Del Mazo, Carlos, "*Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26.529*", Revista DFyP, Editorial LA LEY, 01/07/2010, pág 212.

al catálogo de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional a través del Art. 75 inc 22 CN, ha generado una nueva manera de ver a la infancia-adolescencia, superando la vieja y arbitraria doctrina de la situación irregular y ha sido el motor para que los Estados partes ajusten sus leyes, políticas, planes y acciones derivadas de su ratificación.

Sin embargo esta conquista no fue súbita sino fruto de un largo proceso de concientización de que los derechos humanos corresponden a todas las personas.

Los postulados de la Convención conciben al niño y adolescente como sujetos plenos de derecho, con participación en todos los asuntos de su interés de acuerdo a su evolución y madurez y a su aptitud para comprender los actos de que resultan protagonistas.

De esta manera, se lo aparta del tradicional lugar de objeto de protección y tutela, poco proclive a su autodeterminación, tornándolo activo y participativo, protagonista de decisiones atinentes a su persona e intereses aunque, por supuesto, en mayor o menor medida, de acuerdo a su capacidad evolutiva, bregando siempre por su interés superior en caso de confluencia de intereses contrapuestos.

Estos nuevos postulados se manifiestan específicamente en lo concerniente al ejercicio efectivo de los derechos y se sustentan en la libertad, igualdad y la dignidad de todos los seres humanos, con importantes consecuencias en la protección de los derechos de las personas vulnerables y en la defensa de los más débiles.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Rajmil, Alicia B. y Arévalo, E., “*Capacidad jurídica de los menores de edad y autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos*”, Revista Nro.3 del Instituto de Derecho e Integración, Año 2010, Rosario, Argentina, pág.101

La Ley Nacional Nro. 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, con el fin de dar efectividad a los derechos consagrados en la Convención, reafirma y amplía estos postulados, adecuándolos a nuestro ordenamiento jurídico interno que, a pesar del cambio de paradigma impulsado, posee resabios de la antigua Ley de Patronato de Menores, incompatibles con los criterios adoptados por la comunidad jurídica internacional.

En oportunidad de tratar la cuestión de la competencia bioética del sujeto menor de edad en cuanto a las facultades de ejercicio de sus derechos con relación a su propia persona, considero necesario analizar tres postulados fundamentales incorporados en la Convención y recepcionados por la ley Nacional.

### **Interés Superior del Niño.**

El artículo 3 de la CDN establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como una consideración primordial, se atenderá al interés superior del niño. Como señala Cillero Bruñol, "...lo que dispone el principio del interés superior del niño es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, es decir, tienen derecho a que antes de tomar una

medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”.<sup>7</sup>

Si bien la CDN no establece una definición clara y precisa, consagra este principio como criterio orientador para la resolución de conflictos y lo extiende más allá del nivel legislativo.

Es la Ley Nro. 26.061, la que conceptualiza al interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la misma, y menciona una serie de pautas a respetar como su condición de sujeto de derecho, el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, su centro de vida, el respeto al desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural y el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común. Estos puntos a seguir no son taxativos sino meramente enunciativos de los aspectos a tener en cuenta en el momento de tomar cualquier medida concerniente a los niños como patria potestad, filiación, adopción, etc.

### **Derecho a ser oído.**

La Convención, establece que a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio deberá garantizársele el derecho de expresar

---

<sup>7</sup> Cillero Bruñol, Miguel, “*El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño*”, disponible online en [www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf), consultado el 25/02/2014.

su opinión en aquellos asuntos que lo afecten y dicha opinión deberá ser tenida en cuenta en función de su edad y madurez.

La ley 26.061, con carácter más extensivo, expresa que las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos donde se desenvuelvan, en la comunidad, la familia, la escuela, en las ciencias, los deportes, etc.<sup>8</sup> Asimismo este derecho se ve proyectado en el principio del Interés Superior del niño, estableciendo con carácter imperativo, el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, como pauta a respetar en toda medida concerniente al mismo. También se extiende en todo el desarrollo del derecho a la libertad, que contiene en sí mismo el derecho a tener sus propias ideas, a expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, como usuarios de cualquier servicio público, así como también, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.<sup>9</sup>

La Ley Nacional consagra dentro de las garantías mínimas del cualquier procedimiento administrativo o judicial, el derecho que toda niña, niño o adolescente tienen a solicitar ser oído ante la autoridad competente y que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Arts. 2 y 24 Ley 26.061 de Protección Integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes.

<sup>9</sup> Art. 19 Ley 26.061 de Protección Integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes.

<sup>10</sup> Art. 27 Ley 26.061 de Protección Integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes.

## CAPACIDAD Y AUTONOMÍA A LA LUZ DE NUESTRO CODIGO CIVIL

Se trata, de asegurar la participación del niño en los asuntos que le competen, sin que esto signifique que, en definitiva, sea éste quien decida la situación.

Al respecto, la Observación Nro, 12 del Comité de los Derechos del Niño considera que esta participación activa del niño, reconoce graduaciones y no existen, ni deben existir, reglas fijas que guíen estas manifestaciones; todo dependerá de la madurez, condiciones de desarrollo, medio social, económico, cultural y tipo de conflicto de que se trate.<sup>11</sup>

Así es como el Comité de los Derechos del Niño, considera que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño sino que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Al respecto el Comité expresa:

“El artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica, límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan, subrayando que hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede

---

<sup>11</sup> Observación Nro.12 Comité de los Derechos del Niño, 51º Período de Sesiones ONU, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009 disponible online en [www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12_sp.doc), consultado el 12/02/2014.

expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.”<sup>12</sup>

A estos fines, el derecho a la información es una condición imprescindible para que el niño pueda formarse un juicio propio y existan decisiones claras por parte del mismo, de modo que los responsables de escucharlo, los padres o tutores, deberán informar al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias.

### **Autonomía progresiva**

Goza de autonomía quien tiene la capacidad indiscutible para determinar el curso de la propia existencia, el que puede elegir por sí mismo, el que define sin intervención de otro un proyecto de vida. Presupone reconocer la capacidad de libre elección del individuo y la no interferencia por parte del Estado o de terceros en esa elección.<sup>13</sup>

La CDN incorpora en su articulado el concepto de autonomía progresiva del niño, asumiendo su carácter de persona en desarrollo,

---

<sup>12</sup> Observación Nro.12 Comité de los Derechos del Niño, 51º Período de Sesiones ONU, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009 disponible online en [www2.obcbr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.obcbr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12_sp.doc), consultado el 12/02/2014.□

<sup>13</sup> Cataldi Amatriain, Roberto M., “Manual de ética médica”, Buenos Aires, Editorial Universidad, pág 37.



capaz de ir, progresivamente, ejerciendo por sí mismo sus derechos, adquiriendo responsabilidades, con potestad para expresar su opinión.

De modo que este instrumento internacional ofrece un panorama en el que el niño es un individuo, miembro de una familia y de una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo, donde el rol de los padres, tutores o personas encargadas del mismo se circunscribe a guiarlo, direccionarlo y orientarlo apropiadamente para que ejerza sus derechos.

El principio de autonomía revela que son los niños quienes deben ejercer sus derechos de acuerdo a su edad y grado de madurez, con el debido acompañamiento de los adultos. Esta interpretación no desconoce que los niños no siempre pueden ejercer por sí mismos sus derechos. Justamente el Art. 5 de la Convención obliga a los adultos a crear las condiciones necesarias para que los niños alcancen su grado máximo de autodeterminación, es decir, son los adultos quienes deben impartir dirección y orientación apropiadas para que los niños ejerzan sus derechos.<sup>14</sup>

Es importante dejar en claro que la expresión “autonomía progresiva” implica un proceso madurativo que excede el mero transcurso del tiempo y no se adquiere a una determinada edad.

La madurez es un concepto difícil de definir; el Comité sobre los Derechos del Niño en el contexto del artículo 12, la concibe como “..la

---

<sup>14</sup> Viola, Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, disponible online en [www.cuestiondederechos.org.ar](http://www.cuestiondederechos.org.ar), consultado el 02/03/2014.

capacidad del niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”.<sup>15</sup>

Madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.

“Como punto de partida, se trata de reconocer que el niño, como sujeto de derecho participativo, tiene necesidades propias y específicas. Luego, darle la intervención que corresponda de acuerdo con su edad y desarrollo y respetar su ámbito de autonomía, que será mayor a medida que transcurran los años determinando la menor injerencia de los padres en las decisiones que involucran los intereses del menor”.<sup>16</sup>

### **III. ANALISIS Y OBJECIONES A LAS DISPOSICIONES DE NUESTRO CODIGO CIVIL.**

Nuestro Código Civil, con fundamento en la protección y tutela del menor, inspirado en la Doctrina de la situación irregular, parte de la premisa del menor como incapaz de hecho que no puede dirigir su persona ni administrar y disponer de sus bienes y suple esta incapacidad instituyendo la figura de los representantes legales. De este modo, el

---

<sup>15</sup> Observación Nro.12 Comité de los Derechos del Niño, 51º Período de Sesiones ONU, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, disponible online en [www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12_sp.doc), consultado el 12/02/2014.

<sup>16</sup> Santi, Mariana, “La persona menor de edad en el Proyecto de Código”, Revista DFyP, Editorial LA LEY, 01/06/2013, pág. 173.

representante actúa por su sola iniciativa y sin concurso de la voluntad del incapaz, quien bajo este sistema queda en la más completa pasividad, siendo reemplazado por aquél en el manejo de sus intereses.<sup>17</sup>

En este sentido, se puede considerar que el principio de autonomía progresiva se encuentra en contraposición con el régimen legal aún hoy denominado “patria potestad”. Este instituto se sustenta en la idea de que son los progenitores quienes tienen la potestad de decidir sobre sus hijos menores de edad, tal como lo concebía el antiguo modelo que entendía al niño como objeto de protección.

Este régimen tutelar no se condice con lo que el principio de autonomía progresiva viene a perpetrar, en cuanto los adultos deben impartir la orientación para que sean los niños quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos. Es por ello que la doctrina considera que la denominación del instituto es equivocada, siendo necesario reemplazar este término por el de “responsabilidad parental”.

De manera que el concepto de autonomía progresiva, postulado en la CDN, incorporado a nuestro ordenamiento a nivel constitucional y a través de la Ley de Protección Integral, se encuentra en tensión directa con las doctrinas clásicas de la normativa interna sobre capacidad-incapacidad jurídica de las personas menores de edad sostenida por nuestro Código Civil.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Llambías, Jorge Joaquín, *“Código Civil Anotado, Tomo I: Personas-Familia”*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot S.A, 1978, Pág.152

<sup>18</sup> Viola, Sabrina, *“Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”*, disponible online en [www.cuestiondederechos.org.ar](http://www.cuestiondederechos.org.ar), consultado el 02/03/2014.

Es decir que para el Código, la regla general es la incapacidad de los menores de 18 años, admitiendo matices entorno a la distinción entre menores impúberes (que no han cumplido aún los 14 años de edad) y menores adultos (desde 14 a 18 años de edad)

Los menores impúberes son considerados como personas absolutamente incapaces y por ende, según el significado lato de la expresión, carecen de capacidad para toda clase de actos, siendo nulos de nulidad absoluta los que realizaren violando esta disposición.<sup>19</sup> Sin embargo, del análisis de otras disposiciones del Código, resultan facultados para la celebración de algunos actos jurídicos, por ejemplo, a partir de los 10 años pueden adquirir la posesión o hacer compras de escaso monto.

De igual modo ocurre con los menores adultos, quienes en principio son considerados incapaces y sólo excepcionalmente capaces respecto a determinados actos para los cuales estuviesen expresamente facultados.<sup>20</sup>

Entre esos actos enunciados con carácter restrictivo, podemos mencionar algunos referidos al ámbito de los derechos personalísimos, tales como reconocer hijos o testar. No obstante, no se desprende de su articulado disposición alguna que los faculte a tomar por sí mismos decisiones inherentes al ejercicio de los derechos personalísimos a la vida y a la salud. Por lo tanto, al considerar que el menor carece de aptitud para determinados actos podemos inferir que se limita también

---

<sup>19</sup> Art. 54 inc. 2 del Código Civil.

<sup>20</sup> Art. 55 del Código Civil.

la posibilidad del niño de prestar su consentimiento respecto a todo acto de índole terapéutico, resultando necesaria la autorización de sus representantes en cada situación en que se vea comprometida su salud.

En otras palabras, actualmente, pese a que la Ley 26.061 ha adoptado los postulados precedentemente analizados en el punto II, nuestro Código Civil contiene disposiciones vetustas que los contradicen. De modo que si nos atenemos exclusivamente al Código Civil, podríamos llegar a considerar, como sostiene cierta doctrina, que el consentimiento del niño o adolescente, aún cuando tengan madurez suficiente, no alcanza para que una práctica o tratamiento médico resulte lícito, sino que se requiere además el consentimiento parental o del representante legal.<sup>21</sup>

Considero importante destacar que es la Ley Nro.26.529 sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado, la que da tratamiento específico a los derechos personalísimos a la vida y la salud de las niñas, niños y adolescentes, indicando que éstos tienen, no ya derecho a la aceptación o rechazo de la práctica médica a realizarse, sino el de “intervenir” en la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos que involucren su vida o su salud en los términos que prescribe la Ley 26.061. La palabra “intervenir” a mi criterio, no es muy apropiada, ya que parece otorgar a los menores de edad el papel de meros espectadores respecto de las decisiones sobre su propio cuerpo y su salud.

---

<sup>21</sup> Santi, Mariana, “*La persona menor de edad en el Proyecto de Código*”, Revista DFyP, Editorial LA LEY, 01/06/2013, pág.173.

Como se evidencia, la Ley 26.529 avanza en el tema intentando darles a los niños una participación en el proceso de toma de decisiones, en el que sin ser la misma determinante, deberá ser valorada, teniendo en cuenta su capacidad de comprensión y evolución psicofísica, sin mediar intermediario alguno que interprete sus expresiones. Sin embargo no se juega por el principio de autonomía progresiva del niño, niña o adolescente, ya que limita la competencia bioética de los mismos al sujetarlos al instituto de la patria potestad en el momento de tomar una medida referente a su propia persona.

Esta ley, a pesar de haber logrado un meritorio avance en materia de derechos de los pacientes, particularmente con relación a los niños, continúa arraigada al régimen de tutela por el cual se inspiró nuestro Código Civil vigente.

A la luz de lo analizado, podemos observar que aún existiendo legislación específica sobre el tema, el Código Civil Velezano contiene disposiciones que no respetan los derechos consagrados en la Convención y en la Constitución Nacional. Es por ello que resulta imprescindible su reforma para que estos derechos sean garantizados de manera efectiva.

#### **IV. PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.**

Como se ha señalado, el cambio de paradigma que sustentan la Convención y las nuevas leyes al reconocer al niño como sujeto de derechos, han impuesto la necesidad de adoptar una regulación legal

más respetuosa de la individualidad del menor de edad que reconozca el efectivo ejercicio de sus derechos personalísimos, sin que ello implique dejar de lado en forma absoluta la autoridad parental.

En ese sentido, el Anteproyecto de reforma del Código Civil, sostiene la titularidad de derechos en cabeza de los niños, niñas y adolescentes reafirmando la posibilidad de los mismos de ejercer por sí sus derechos según su edad y grado de madurez, derogando la teoría clásica de incapacidad absoluta de ejercicio, determinada por un límite de edad fijo.

Con acierto, elimina la actual división entre menores impúberes y menores adultos, e introduce la categoría de adolescentes a partir de los 13 años. De esta forma, supera los contenidos de la Convención, reconociendo que los niños, tal como la misma los denomina, pasan por distintas etapas en su vida y van evolucionando en su desarrollo.

Regula la responsabilidad parental, desterrando la desacreditada denominación de patria potestad de nuestro Código Civil, lo que importa no sólo un cambio de nombre sino una renovación de la institución.<sup>22</sup> Es decir, se pasa de un sistema autoritario de decisión paterna sobre los intereses del hijo menor de edad, a otro sistema basado en relaciones de intercambio con la finalidad de orientar y proteger al niño para que pueda alcanzar plena autonomía en el ejercicio de sus derechos. A mayor

---

<sup>22</sup> Torrens, María Claudia y Rajmil Alicia, “*Capacidad Jurídica de los menores de edad. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*”, Audiencia Pública 10 de septiembre en Sede de Gobierno de la Universidad Nacional de Rosario. Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, disponible online en [ccyn.congreso.gov.ar/.../066\\_MARIA\\_CLAUDIA\\_TORRENS.pdf](http://ccyn.congreso.gov.ar/.../066_MARIA_CLAUDIA_TORRENS.pdf), consultado el 25/02/2014.

autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

Asimismo la reforma recepta el derecho del niño a ser oído y a participar en todas las decisiones que se relacionen con su vida, reconociendo su autonomía progresiva, considerando sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y entendiendo que tiene “competencia”, referida a las decisiones en materia de su salud.<sup>23</sup>

Con respecto a las cuestiones que se relacionan con este derecho, el Proyecto propuesto establece un sistema mixto de interpretación de la capacidad de su ejercicio. Por un lado alude a la madurez y al grado de desarrollo y por el otro, fija presunciones basadas en la edad.<sup>24</sup>

El texto de la reforma expresa que cualquier adolescente, a partir de los 16 años será considerado como un adulto para todos los actos relacionados con el cuidado de su propio cuerpo. Es decir, le confiere plena competencia para ejercer sus derechos por sí mismo respecto a aquellas cuestiones relacionadas con su salud.

Tratándose de adolescentes entre 13 y 16 años, el proyecto determina una diferenciación según el tipo de acto médico requerido sea de carácter invasivo o no, considerando invasiva toda práctica que comprometa el estado de salud o provoque un riesgo grave en la vida o integridad física del menor.

---

<sup>23</sup> In Idem.

<sup>24</sup> Viola, Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, disponible online en [www.cuestiondederechos.org.ar](http://www.cuestiondederechos.org.ar), consultado el 02/03/2014.



Consecuentemente, si el acto médico no reviste carácter invasivo, el menor a partir de los 13 años, tendrá aptitud para decidir sobre estas cuestiones. Por el contrario, si se tratare de un acto invasivo, el adolescente deberá prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. Como se infiere, en este último supuesto, el Anteproyecto se aparta, en algunos aspectos, del instituto de la representación e incorpora el concepto de “asistencia” de los progenitores. Por medio de este sistema, el menor no es sustituido por sus padres en el ejercicio de sus derechos sino llamado conjuntamente con ellos en el desempeño de su ejercicio. La asistencia está integrada por la voluntad del titular de los derechos ejercidos y completada por la voluntad de la persona que lo asiste.<sup>25</sup>

A su vez, cuando hace referencia a tratamientos invasivos, establece que en caso de conflicto entre el adolescente y sus progenitores, se deberá resolver teniendo en cuenta su interés superior y la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. En este sentido se avanza notablemente en materia de derecho civil puesto que introduce el principio de interés superior del niño como pauta resolutive de conflictos.

Se presenta una laguna legislativa entorno a la competencia de los menores de 13 años. Como la reforma no contempla expresamente esta situación, podríamos llegar a interpretar que sería aplicable el primer párrafo del Art.26, de modo que los niños no podrían ejercer este derecho sino a través de sus representantes legales. Sin embargo esta concepción

---

<sup>25</sup> Llambías, Jorge Joaquín, “*Código Civil Anotado, Tomo I: Personas-Familia*”, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot S.A, 1978, Pág.153

no se ajusta a la naturaleza de los derechos personalísimos, que sólo pueden ser ejercidos por su titular, considerado como agente moral autónomo que decide su ejercicio o abstención, en tanto no perjudique a terceros ni afecte el bien común.

## **V. CONSIDERACIONES FINALES.**

Si bien la sanción de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes constituye un gran avance al cumplir la función de nexo entre las previsiones convencionales y el sistema de reglas civiles vigentes, ésta no es suficiente para lograr la efectiva adecuación legal que prevé la CDN. Sólo con la sanción de un nuevo Código Civil se perfeccionaría el postergado mandato de adaptar la legislación interna del Estado a sus disposiciones. Y es así que el Proyecto de Código Civil que analizamos, inicia el camino hacia este tan anhelado cambio.

Con acierto, este Proyecto incorpora, el tratamiento de aquellos actos de carácter personalísimo y especialmente los relacionados con la salud y el propio cuerpo, adoptando el principio del interés superior del niño, el derecho a participar y ser oído y la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos.

Bajo estos postulados, el niño-adolescente, conforme al grado de madurez y desarrollo adquiridos, tendría competencia para ejercer por sí mismo sus derechos aunque con la orientación y asistencia de sus progenitores.

Sin embargo, coincido con las Dras. Torrens y Rajmil, en que el Proyecto persiste en la categorización del menor de edad como “persona incapaz”, manteniendo el instituto de la representación legal como regla general.<sup>26</sup>

Analizando el artículo 26 del Anteproyecto, puede decirse que si bien el mismo incorpora el criterio de la madurez, pretendiendo crear un sistema de interpretación más elástico que se identifica con el concepto de autonomía progresiva, al unirlo por medio de la conjunción “Y” con el criterio fijo de la edad, daría a entender que ambos presupuestos simultánea e insoslayablemente deben confluír para que se dé el supuesto expresado por la norma. A mi criterio, la normativa sería más feliz y acorde al principio de la autonomía progresiva, si a dicha conjunción se le agregara la letra disyuntiva “O” ya que podría darse el caso de que aún no habiéndose alcanzado la edad estipulada, se cuente con la madurez suficiente para el ejercicio de los derechos por sí mismo.

A estos efectos considero conveniente que la reforma estipule una serie de pautas que permitan presumir, salvo prueba en contrario, cuándo se ha alcanzado ese grado de madurez y desarrollo, de modo que los Comités de Bioética de cada instituto de la salud puedan, de manera interdisciplinaria, trabajar con un protocolo de actuación específico,

---

<sup>26</sup> Torrens, María Claudia y Rajmil Alicia, “*Capacidad Jurídica de los menores de edad. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*”, Audiencia Pública 10 de septiembre en Sede de Gobierno de la Universidad Nacional de Rosario. Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, disponible online en [ccyn.congreso.gov.ar/.../066MARIA\\_CLAUDIA\\_TORRENS.pdf](http://ccyn.congreso.gov.ar/.../066MARIA_CLAUDIA_TORRENS.pdf), consultado el 25/02/2014.

evitando la judicialización de casos que requieran urgencia y en los que la decisión de un juez, podría llegar a ser demasiado tardía.

Algunos patrones orientativos a tener en cuenta en el momento de determinar la madurez para el ejercicio del derecho a la salud podrían ser a modo ejemplificativo: la iniciación en la vida sexual, el comienzo de la etapa fértil, la maternidad o paternidad.

De todos modos, es imprescindible puntualizar, que no existen dudas que el derecho del niño o adolescente a participar, opinar y ser oído, cualquiera sea su edad y/o grado de madurez, debe ser garantizado en toda medida o decisión a tomar referente a su persona.

Más allá de las objeciones formuladas al Anteproyecto, es loable y meritorio el hecho de que juristas y doctrinarios se hayan abocado a perfeccionar el instituto de la capacidad que establece nuestro actual Código Civil. Ello demuestra el interés por brindar un tratamiento especial que proteja a los niños y adolescentes, como sujetos de derechos que pueden ejercerlos por sí mismos a medida que avanzan en las diferentes etapas de su desarrollo.

# *LEGISLACIÓN*



## **PROYECTO LEGISLATIVO**

### **DE LA PROVINCIA DE SANTA FE<sup>1</sup>**

**ARTÍCULO 1º:** Toda persona en uso de su libre discernimiento tiene derecho a manifestar anticipadamente su voluntad, a través de los denominados actos de autoprotección, en forma de instrucciones, directivas, decisiones o previsiones, para ser ejecutada en aquellas circunstancias en que la misma esté imposibilitada por cualquier causa, sea de manera transitoria o permanente, de hacerlo por sí.

**ARTÍCULO 2º:** Se entiende por “actos de autoprotección”, toda expresión libre realizada en forma escrita, datada, fehaciente y por escritura pública, en relación a disposiciones que versen sobre la administración de su patrimonio, su cuidado personal y/o sobre cualquier otra cuestión de naturaleza extrapatrimonial, la que deberá respetarse en caso de encontrarse en el supuesto del artículo anterior.

**ARTÍCULO 3º:** Los escribanos públicos que autoricen escrituras cuyo contenido sea el otorgamiento, modificación, sustitución y/o revocación de manifestaciones de autotutela personal, procederán

---

<sup>1</sup> Proyecto de Ley presentado por el Senador Hugo Marcucci en la Legislatura de Santa Fe, similar al publicado en Revista Nro 2 del Instituto de Derecho e Integración (IDeI).

a inscribirlas en el Registro de Actos de Autoprotección, en la forma y plazo que determine el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe.

**ARTÍCULO 4º:** El Colegio de Escribanos deberá garantizar la accesibilidad de todas las personas al Registro, para lo cual deberá contar con los recursos humanos, oficinas y equipamiento acorde, en cada una de las Circunscripciones que posee en el territorio provincial.

**ARTÍCULO 5º:** Toda declaración deberá expresarse en términos claros y precisos, y podrá ser modificada, sustituida o revocada en cualquier momento por el otorgante, siempre que actúe con libertad y discernimiento. En todos los casos prevalecerá el contenido de la última manifestación realizada.

**ARTÍCULO 6º:** No serán consideradas las instrucciones que, en el momento de ser aplicadas, resulten contrarias al ordenamiento jurídico.

**ARTÍCULO 7º:** El Colegio de Escribanos deberá realizar, por diversos medios, publicidad de la existencia y alcance del Registro de Actos de Autoprotección, a los fines de su conocimiento y accesibilidad.

**ARTÍCULO 8º:** La reglamentación sobre la organización y el funcionamiento del Registro de Actos de Autoprotección, dictada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, deberá ser concordante con lo instituido en la presente norma.

ARTÍCULO 9º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Señor Presidente:



La presente iniciativa, oportunamente presentada en el Cámara de Diputados mediante Expediente N°22157 del año 2009, ha sido elaborada conjuntamente con el Colegio de Escribanos de la ciudad de Rosario, y persigue el reconocimiento institucional de aquellas decisiones vitales que se realizan como un medio de protección frente a eventuales supuestos de incapacidad, pérdida del discernimiento o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, sea de manera permanente o transitoria, que impidan a las personas expresarse por sí mismas.

Estas manifestaciones pueden referir tanto a la administración y disposición de bienes, como a la dirección de su propia persona, siempre y cuando las mismas no contradigan el orden público legal.

Los actos de autoprotección son declaraciones de voluntad unilaterales con carácter vinculante para terceros, familiares, etc.; porque, al decir del Dr. Eduardo A. Zannoni, “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”.

Estos actos se sustentan en derechos reconocidos constitucionalmente, tales como el derecho a la vida, a la autonomía, a la dignidad, a decidir sobre su propio cuerpo, a la intimidad, a la igualdad y libertad. En tal sentido, versa en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional que “... se deben asegurar los beneficios de la libertad...”; el art. 19 sostiene que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de

la autoridad de los magistrados. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de los que ella no prohíbe”. Asimismo con la reforma del año 1994, se fortaleció la constitucionalidad del instituto que hoy pretendemos regular, al reconocer la jerarquía constitucional de diversos Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, instrumentos todos que convalidan la primacía de la vida humana y que instituyen los principios que dan sustento jurídico al derecho de toda persona de decidir cómo vivir su propia vida, a expresarlo en forma segura e indubitable a través de directivas anticipadas o actos de autoprotección. Con la sanción de esta nueva Constitución se ha instaurado una mayor protección a la intimidad y a la autonomía personal.

Entre estos Pactos podemos nombrar: a)- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en mayo de 1948, dice: su Artículo 1º: “... todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona ...”; y su Artículo 18º: “... toda persona ... debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consignados constitucionalmente ...”; b)- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de diciembre de 1948, su Artículo 1º: “... todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos ...”; su Artículo 3º: “... todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona ...”; su Artículo 6º: “... todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica ...”; su Artículo

12º: “... nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada ...”; y Artículo 25º: “... toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure ... la salud y el bienestar ...”; c)- La Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica-, aprobada en julio de 1978, su Artículo 2º: “... Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano ...”; y su Artículo 5º, Inciso 1: “... Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral ...”; d)- La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en noviembre de 1989, en su Artículo 3º reza: “... En todas las medidas concernientes a los niños ... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño ...”; y el Artículo 12º: “... Los estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente ... teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño ...”.

Este innovador instituto cobra trascendencia dado que posibilita instrumentar medidas orientadas a la protección de derechos intrínsecos del ser humano, como es la vida, los bienes y el ejercicio de la libertad, permitiendo no solo su reconocimiento sino la operatividad de estos derechos fundamentales, en particular de los grupos más vulnerables, que deciden anticipar ciertas cuestiones sobre sí mismos. Así se puede elegir quien será la persona que administre sus bienes, o que cuide su salud, elegir a la persona que se quiere que sea designado por el Juez como curador, o a las que no se desea que ocupen ese cargo, entre otras.

Es pertinente detenernos en la decisión de franquear el límite de la capacidad en miras de reconocer a toda persona con discernimiento la posibilidad de manifestar anticipadamente su voluntad, tal iniciativa se funda, ni más ni menos, en la idea de abrazar el designio de la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que nos impone el deber de respetar y resguardar el interés superior de la niña, niño y adolescente, definiendo en el art. 3 los alcances de tan importante principio, a saber: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión seatenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

## PROYECTO LEGISLATIVO DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.” Siendo que el Registro de Actos de Autoprotección, ha sido creado y funciona en la órbita del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, podemos afirmar que la seguridad jurídica y la certeza de estos actos están debidamente garantizadas.

La instrumentación de las declaraciones de autoprotección deberá efectuarse ante escribano público, quien luego de formalizar el acto, procederá a inscribirlo en debida forma. Creemos que la escritura pública constituye el instrumento más idóneo, no solo porque le otorga fe pública al acto en cuestión, sino que le da autenticidad, fecha cierta y esencialmente garantiza con el asesoramiento la correcta comprensión del alcance del acto que se otorga.

Existen antecedentes legislativos en otras provincias: en Chaco se dictó en septiembre de 2008 la Ley N° 6.212 que modificó artículos del Código Procesal Civil y Comercial; en Neuquén se aprobó la ley pero aún no se reglamentó, en Río Negro se dictó la Ley N° 4.263 que crea el Registro de Voluntades Anticipadas en noviembre de 2007. Además existen proyectos de ley en Buenos Aires (Declaración de Autoprotección); Córdoba (Ley de Voluntad Anticipada), Corrientes (Declaración de Voluntad Anticipada) y en Entre Ríos (modificación

Constitución Provincial). Del mismo modo se han creado Registros de Autoprotección en Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Chaco, los cuales han sido organizados y funcionan en los respectivos Colegios de Escribanos de las provincias.

## **PROYECTO DE LEY. LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE<sup>1</sup>**

**ARTÍCULO 1º:** Modificase la Ley N° 5.531, en su artículo 682°, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 682: La declaración de incapacidad deberá solicitarse por parte legítima, según lo dispuesto por el Código Civil, y se substanciará por el trámite de juicio sumario. Presentada la solicitud, el juez nombrará un curador provisorio para que represente al incapaz en el juicio, previa solicitud de informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. Todas las actuaciones se harán con intervención del defensor general y del peticionario.”

**ARTÍCULO 2º:** Modificase la Ley N° 5.531, en su artículo 683°, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 683: Si la incapacidad fuera notoria o el juez tuviese conocimiento de ella, se mandarán entregar bajo inventario los

---

<sup>1</sup> Proyecto de Ley presentado por el Senador Hugo Marcucci en la Legislatura de Santa Fe, similar al publicado en Revista Nro 2 del Instituto de Derecho e Integración (IDeI). Aprobado en fecha 26 de junio de 2014.

bienes del incapaz a un curador provisorio, que deberá ser el indicado en un acto de autoprotección previo, o el mismo que se hubiere nombrado para el juicio y se decretará la inhibición general del presunto incapaz. En el supuesto de existir designación previa del curador, este ejercerá sus funciones hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda, previa comparecencia con patrocinio letrado, para el caso de que no sea abogado.”

**ARTÍCULO 3º:** Modificase la Ley N° 5.531, en su artículo 684º, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 684. Es esencial en este procedimiento, el informe pericial de tres facultativos si los hubiere en el lugar. Si el presunto incapaz estuviere recluso en un establecimiento oficial, el informe podrá ser producido por médicos del mismo. El juez, siempre que fuere posible, deberá tomar conocimiento directo y personal del presunto incapaz. Si éste pretendiere ser oído, será admitido como parte. Declarada la incapacidad, se nombrará curador definitivo, para lo cual se deberá valorar, en forma prioritaria y si existiere, lo dispuesto previamente por el insano en un acto de autoprotección, especialmente en cuanto a la designación o rechazo de determinada persona como curador. Las costas serán siempre a cargo del insano cuando resulte que el denunciante no ha procedido, en la denuncia y en su actuación procesal ulterior, si la asumiere, con temeridad o imprudencia. Lo mismo se resolverá cuando el proceso no llegue a su término por motivo imputable al denunciante”.

**ARTÍCULO 4º:** Incorporase como último párrafo del artículo 687º de la Ley 5.531, el siguiente párrafo: “El Juez siempre deberá



requerir informe al Registro de Actos de Autoprotección a los fines de poder conocer la existencia de disposiciones o instrucciones emitidas por el presunto incapaz en relación a la designación de su propio curador”.

**ARTÍCULO 5°:** Las modificaciones introducidas en la Ley N° 5.531 Código Procesal Civil y Comercial, comenzarán a regir a partir de los noventa días de su promulgación.

**ARTÍCULO 6°:** Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Señor Presidente:

El presente proyecto de ley, oportunamente presentado en la Cámara de Diputados bajo expediente N° 22.192 del año 2009, propicia una modificación a la Ley N° 5.531 Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, a fin de que los Jueces que entiendan en cuestiones relativas a la declaración y cesación de incapacidad o designación de tutela o curatela; ordenen librar oficio al Registro de Actos de Autoprotección, creado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, para que les informe sobre la existencia de alguna disposición o estipulación de voluntad anticipada emitida por la persona involucrada, lo que indudablemente facilitará la tarea judicial en caso afirmativo, ya que deberá darse prioridad a lo manifestado por la persona.

La finalidad de esta reforma legislativa consiste en lograr el reconocimiento judicial, de aquellas disposiciones vitales que se realizan como un medio de protección frente a la eventual imposibilidad de autogobernarse.

Esta figura se ha convertido en una temática sensible en la actualidad, debido a que se trata de actos de carácter personalísimos inherentes a todo ser humano, como el libre ejercicio de la autonomía personal, el respeto a la libertad individual y a la autodeterminación, derechos todos de raigambre constitucional y reconocidos en diversos tratados y convenciones internacionales. Son actos preventivos, para ser ejecutados en caso de que la persona esté imposibilitada de decidir por sí misma. De allí que se pretende favorecer el respeto de las convicciones del individuo; permitiendo que sus decisiones trascendentales sean tenidas en cuenta y respetadas por familiares, allegados, y en el caso de ser necesaria también valorada judicialmente.

El Registro de Actos de Autoprotección es el medio por el cual se da publicidad, certeza y seguridad jurídica a las instrucciones en él resguardadas, de modo que al tiempo de acaecer la eventualidad que las torne necesarias, el mismo garantiza que dichas manifestaciones de voluntad han sido expresadas por una persona libre y capaz, como también, que se han cumplimentado con todos los recaudos legales a tal efecto. Por ello la forma que se exige es la escritura pública, dado que constituye el instrumento más idóneo, no solo porque le confiere fe pública al acto en cuestión, sino que le da autenticidad, fecha cierta y esencialmente garantiza la correcta comprensión del alcance del acto que se otorga.

En miras de la finalidad que se persigue, y para facilitar su adopción, es que la expresión y/o manifestación de actos de autoprotección

no tienen las solemnidades que exigen otros instrumentos, como los testamentos.

Como antecedente inmediato podemos mencionar a la Provincia de Chaco, que en el mes de septiembre de 2008 dictó la Ley N° 6.212 por la cual modificó su normativa procesal, adaptándola a las nuevas exigencias sociales. Desde su sanción, y su reciente reglamentación el 01 de octubre, los jueces están obligados, antes de dirimir la designación de un curador, a consultar al Registro de Actos de Autoprotección, que funciona en el ámbito del Colegio de Escribanos de la Provincia. Es significativo destacar que este registro fue creado por el Consejo Directivo del propio Colegio en diciembre de 2007, en virtud de las facultades otorgadas por su Ley Orgánica del Ejercicio de la Profesión Notarial, y comenzó a funcionar el 01 de enero del año 2009. Asimismo se han creado Registros de Actos de Autoprotección en la provincia de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba.

Creemos profundamente que es necesaria una reforma legislativa que recepte el derecho de todo ciudadano al más íntimo ejercicio de su libertad, reconociéndole la posibilidad de planificar o decidir por si mismo, como vivir y sobrellevar situaciones adversas que imposibilitarían el pleno desarrollo de su ser. No es más que el reconocimiento de la facultad de autodeterminación individual, característica esta última que nos diferencia de los demás seres vivos.

Es por los motivos expuestos, que solicitamos a nuestros pares nos acompañen en la aprobación del presente proyecto de ley.

SANTA FE, 12 de Septiembre de 2013

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA SANCIONA CON FUERZA DE LEY:

**ARTÍCULO 1.** Modificase la Ley N° 5.531, en su artículo 682, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 682: La declaración de incapacidad deberá solicitarse por parte legítima, según lo dispuesto por el Código Civil, y se substanciará por el trámite de juicio sumario. Presentada la solicitud, el juez nombrará un curador provisorio para que represente al incapaz en el juicio, previa solicitud de informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe.

Todas las actuaciones se harán con intervención del defensor general y del peticionario.”

**ARTÍCULO 2.** Modificase la Ley N° 5.531, en su artículo 683, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 683: Si la incapacidad fuera notoria o el juez tuviese conocimiento de ella, se mandarán entregar bajo inventario los bienes del incapaz a un curador provisorio, que deberá ser el indicado en un acto de autoprotección previo, o el mismo que se hubiere nombrado para el juicio y se decretará la inhibición general del presunto incapaz. En el supuesto de existir designación previa del curador, éste ejercerá sus funciones hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda, previa comparecencia con patrocinio letrado, para el caso de que no sea abogado.”

**ARTÍCULO 3.** Modifícase la Ley N° 5.531, en su artículo 684, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 684. Es esencial en este procedimiento, el informe pericial de tres facultativos si los hubiere en el lugar. Si el presunto incapaz estuviere recluido en un establecimiento oficial, el informe podrá ser producido por médicos del mismo. El juez, siempre que fuere posible, deberá tomar conocimiento directo y personal del presunto incapaz. Si éste pretendiere ser oído, será admitido como parte. Declarada la incapacidad, se nombrará curador definitivo, para lo cual se deberá valorar, en forma prioritaria y si existiere, lo dispuesto previamente por el insano en un acto de autoprotección, especialmente en cuanto a la designación o rechazo de determinada persona como curador. Las costas serán siempre a cargo del insano cuando resulte que el denunciante no ha procedido, en la denuncia y en su actuación procesal ulterior, si la asumiere, con temeridad o imprudencia. Lo mismo se resolverá cuando el proceso no llegue a su término por motivo imputable al denunciante”.

**ARTÍCULO 4.** Incorpórase como último párrafo del artículo 687 de la Ley 5.531, el siguiente párrafo:

“El Juez siempre deberá requerir informe al Registro de Actos de Autoprotección a los fines de poder conocer la existencia de disposiciones o instrucciones emitidas por el presunto incapaz en relación a la designación de su propio curador”.

**ARTÍCULO 5.** Las modificaciones introducidas en la Ley N° 5.531 Código Procesal Civil y Comercial, comenzarán a regir a partir de los noventa días de su promulgación.

**ARTÍCULO 6.** Comuníquese al Poder Ejecutivo.

SALA DE SESIONES, 26 de junio de 2014.

# *JURISPRUDENCIA*





## ACUERDO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.<sup>1</sup>

En la ciudad de La Plata, a 8 de julio de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Soria, Genoud, Pettigiani, Kogan**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 116.954, “E. , E.R. . Insania y curatela”.

### ANTECEDENTES

El Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Morón confirmó lo decidido por el juez de trámite que, a su turno, declarara la incapacidad por demencia del señor E. R.E. . Asimismo, resolvió que el art. 152 ter del Código Civil resultaba inconstitucional rechazando, en consecuencia, el pedido de reevaluación efectuado por la señora Asesora de Incapaces (fs. 60/62). Se interpuso, por la doctora María Elizabeth Roitman, titular de la Asesoría de Incapaces n° 1 departamental, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 65/68).

---

<sup>1</sup> Acuerdo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires de fecha 8 de julio de 2014.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

## CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

## VOTACIÓN

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:**

I. Las actuaciones se inician con la presentación de la señora A. M. G. solicitando la declaración de incapacidad de su hijo, E. R.E. , por presentar el mismo un cuadro de patología psiquiátrica (fs. 9 y 12/13).

II. La Jueza de Trámite del Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Morón, luego de analizar la pericia psiquiátrica de fs. 27/28, de la cual se desprende que el causante “padece un cuadro de retraso mental moderado. Demente en sentido jurídico”, hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, declaró al señor E. incapaz por demencia y designó a su madre curadora definitiva (fs. 54/55). Dicho pronunciamiento fue confirmado por el tribunal en pleno, haciendo uso de la competencia revisora, conforme el art. 838 del Código Procesal Civil y Comercial (t.o., ley 12.318). Asimismo, por mayoría, se rechazó el pedido de la Asesora de Incapaces de fs. 56 -tendiente a que oportunamente se proceda conforme lo normado por el art. 152 ter del Código Civil,

incorporado por la ley 26.657, declarando la inconstitucionalidad de ese artículo (fs. 60/62).

En ese sentido sostuvo que *“la técnica legislativa utilizada en el artículo 152 ter del Código Civil atenta contra el derecho humano de la causante [sic] de recibir asistencia, y la tutela efectiva del Estado sin necesidad de demostrar periódicamente su patología, por lo menos a los fines asistenciales y de la seguridad social. Pues, así en la presente causa, la aplicación literal del artículo en análisis, donde es improbable la existencia de remisión de la enfermedad, obligaríamos a la causante [sic] cada tres años promoviera y acreditara la necesidad de contar con dicha a III. Frente a lo así resuelto, la doctora María Elizabeth Roitman, titular de la Asesoría de Incapaces n° 1 departamental, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la errónea aplicación del art. 152 ter del Código Civil (fs. 65/68).*

Alega que, tal como lo prescribe el citado artículo, la decisión respecto de la capacidad de la persona “deberá fundarse en examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias, y en autos sólo se ha expedido a fs. 59 vta. sobre la irreversibilidad de la patología del causante con los tratamientos médicos actuales, un solo profesional la Dra. Mónica P. Spurr.” (fs. 66 vta.). Arguye también, que el art. 152 ter del Código Civil alude al “examen de facultativos” que debe estar “conformado por evaluaciones interdisciplinarias” y que esa necesidad de “interdisciplinarietà” impone concluir que hay que partir de una acepción del término “facultativo” más amplia que la del médico, es decir, comprensiva de otras ramas del saber (fs. 66 vta./67) y que, por otro lado, el artículo en cuestión establece que la sentencia de

interdicción lleva ahora un “término **ad quem**”, ya que la misma tendrá efectos por un plazo no mayor a tres años (fs. 67). Por último expresa que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se deberán proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos en materia de derechos humanos (fs. cit.).

IV. Adelanto que el recurso merece favorable acogida.

Tal como lo expresara el doctor Genoud, en voto al que adherí en C. 115.346 (“Zavaleta, Amalia María. Insania”, sent. de 7-V-2014): “a. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporadas a nuestro derecho interno por las leyes 26.378 y 25.280, han venido a marcar un cambio de paradigma respecto de la concepción de las personas con discapacidad, basado en la autonomía y la dignidad”.

“Así, la CDPD tiene como propósito ‘promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente’” (art. 1).

“En su artículo 3, establece como ‘Principio de la Convención’: ‘el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas’ (inc. a)”.

“Regula expresamente que: ‘Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos

y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad' (art. 4)".

"Reafirma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Afirma que los Estados Partes 'asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y la preferencia de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas' (art. 12)".

"El objetivo se encamina a lograr el pleno respeto a la dignidad de toda persona, con especial énfasis en los casos donde exista

vulnerabilidad como, en lo que nos ocupa, las derivadas de la carencia de plena salud mental”.

“Ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ‘el Tribunal no puede dejar de pronunciarse sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad’ (...) ‘La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...), como la discapacidad’. (CTDH, 4-VII-2006, ‘Ximenes Lopes c. Brasil’, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar), AR/JUR/11786/2006)”. “En consecuencia, huelga decirlo, no es posible negar a la persona con padecimientos mentales el derecho que le reconoce el art. 152 ter del Código Civil (T.O. ley 26.657)”.

“Como se dice en la exposición de motivos de las ‘100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad’ (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales adhirió la C.S., Acordada 5/2009, 24-II-2009), ‘El sistema judicial se debe configurar para la defensa efectiva de los derechos de las personas en

condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder en forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho” *”sistencia”* (fs. 60 vta.).

“En el capítulo primero del citado documento, en la sección 10, destinada a describir su finalidad, se expresa: ‘Las presentes reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial’”.

“Entre los beneficiarios de las reglas se enumeran a ‘aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Sección 2a, 1 [3])’. A su vez, ‘se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comprensión, privacidad y comunicación’ (sección

2, 3 [7] [8])” (...) “La ley 26.657 se enmarca en el nuevo concepto de salud mental al que se ha denominado ‘modelo social de la discapacidad’ (entre otros: Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, ‘Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria’, LL 2011-C- 1039). En ese contexto determina en su artículo 1: ‘La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquéllas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”’.

“Y declara: ‘se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.’ (art. 3)”.

“A su vez, el art. 7 enumera una serie de derechos del cual gozan las personas con padecimiento mental entre los cuales se enumera ‘el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable’ (inc. n)”.

“Se ha señalado que: ‘el operador jurídico y, en especial, los efectores del sistema de salud (subsistema de salud mental) deben aprehender la norma como un cambio de paradigma frente a la visión decimonónica de las personas con padecimientos mentales, como una



válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad, todavía latente en el Código Civil de Vélez, reforma mediante del Decreto Ley 17.711/68 (...). Desde el conocimiento práctico, la experiencia señala que los principios no se cumplen porque los médicos, otros profesionales de la salud mental, proveedores de servicios y funcionarios públicos les niegan a las personas con enfermedades mentales la oportunidad de hacerse oír y de tomar decisiones por sí mismas. A ello, se suma un grado de complacencia formal por parte de los operadores jurídicos, partícipes necesarios en los triunfos y derrotas del sistema de salud mental'. (Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, 'Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria', LL 2011-C-1039)".

“Explican los autores citados que: ‘El respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la ‘dignidad del riesgo’, es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. En contraposición a este paradigma, los sistemas jurídicos de muchísimos países, tutelares y asistencialistas, se han basado en la dicotomía clásica entre «capacidad de derecho»-o capacidad de goce- y «capacidad de hecho» -o capacidad de ejercicio reconociendo la primera, pero no la segunda, y de esa manera se ha cercenado sistemáticamente la posibilidad de que, en la práctica, puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de ‘los peligros de la vida en sociedad’ (Kraut; Diana, ob. cit.)”.

b. En la sentencia recurrida –dictada encontrándose vigente la ley 26.657 de Salud Mental- se declaró incapaz por demencia al señor E. sin seguir las pautas contenidas en ese nuevo régimen, y además se le negó la posibilidad de una reevaluación interdisciplinaria en los términos del art. 152 ter del Código Civil, lo que conlleva -a la luz de los principios reseñados- una clara vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente (arts. 16, 75 inc. 22 y 23, Constitución nacional).

Coincido con el señor Subprocurador General cuando advierte que: “En el **sub lite**, la anamnesis de la pericia aludida de ninguno [sic] modo suple la inexistencia del relevamiento social y ambiental donde se desenvuelve el causante y que ilustrará a S.S. respecto de las capacidades sociales, familiares, laborales etc. que posee la persona, así como las estrategias posibles para mejorar las eventuales dificultades que tenga en su vida de relación, entre otros temas, aportándole, además, elementos de convicción para determinar la protección debida de la persona.” (fs. 93).

Por tal motivo, teniendo en cuenta los derechos involucrados, lo dispuesto por las leyes 26.378 y 26.657 y las observaciones efectuadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), formuladas el 27 de setiembre de 2012, corresponde que se haga lugar al recurso articulado y se ordene que se proceda al dictado de un nuevo pronunciamiento.

En tal sentido, recuerdo que son de aplicación inmediata las leyes que tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de un derecho, establecer la condición jurídica o el régimen que corresponda a determinadas situaciones jurídicas. Así

acontece con las normas que, como en el presente caso, versan sobre el estado y capacidad de las personas (Ac. 45.304, sent. de 10-III-1992).

En consecuencia, resulta necesario que el órgano de Familia que resulte competente readecue la sentencia que declara la insania del causante a los parámetros dados por la normativa vigente.

V. Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, deberá hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado, casándose el fallo apelado (art. 289, C.P.C.C.). Los autos se remitirán a la instancia de origen, para que se proceda a evaluar al señor E. R. E. por parte de un equipo interdisciplinario y se establezca un sistema de representación y/o apoyo y salvaguardias de acuerdo con las pautas aplicables señaladas (art. 152 ter, C.C. y RC 3196/11).

Las costas, en atención a los particulares intereses en debate, se imponen por su orden (arts. 68, 2da. parte y 289, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la cuestión también por la **afirmativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:**

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del doctor Soria.

1. En efecto, lo resuelto por el tribunal **a quo** en torno de la inconstitucionalidad del art. 152 ter del Código Civil en este caso, no se ajusta a los parámetros vigentes para la consideración y evaluación de la

salud mental de una persona (conf. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –C.D.P.D., aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13-VI-2006, incorporada a nuestro derecho interno por ley 26.378; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad –C.I.E.D.P.D.-, incorporada a nuestro derecho interno por ley 25.280).

Al tiempo del dictado de la sentencia bajo revisión ya se hallaban vigentes para nuestro país las citadas Convenciones, las cuales han venido a poner en evidencia un nuevo paradigma respecto a las personas con discapacidad, basado en la promoción y protección de su autonomía, dignidad y plena integración en la sociedad (arts. 1, 3 inc. “a” y 4, C.D.P.D.; II, C.I.E.D.P.D.).

Concretamente, la primera de las mencionadas posee el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, procurando superar las diversas barreras que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad (art. 1). Así reconoce como principios rectores en la materia el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas, su no discriminación, su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, su accesibilidad (art. 3); fijándose como obligaciones generales que los Estados Partes se comprometan a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales

de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, a través de la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, incluso las que sean pertinentes, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (art. 4).

De este modo, la discapacidad se aprecia hoy como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, por lo que aparece como necesario promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquéllas que necesitan un apoyo más intenso. En tal sentido, se procura promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, procurando el respeto de su dignidad inherente, de su integridad personal y de su plena participación, con especial tutela de su autonomía e independencia individual residual, lo que se espera produzca como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza (Preámbulo y arts. 1 y 17, C.D.P.D.)

En dicho marco, el art. 12 establece que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas

partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, debiéndose adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de dicha capacidad jurídica. Y para ello, los Estados Partes deben asegurar “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y la preferencia de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

De esta forma, los Estados Partes han de adoptar “medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, deben organizar, intensificar y ampliar servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los

servicios sociales,... de forma que esos servicios y programas apoyen su participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la vida” (art. 26). Tales servicios y programas han de ser voluntarios, estar a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales, comenzar en la etapa más temprana posible y deben basarse en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona, apoyando su participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad (art. cit.).

En la misma dirección, la Convención Interamericana mencionada ha fijado como objetivos la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad propiciando asimismo su plena integración en la sociedad (art. II), a través de la obligación estatal de adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, dirigidas tanto a la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad, como a la eliminación progresiva de la discriminación y a la promoción de su integración comunitaria por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración (arts. III y IV).

Consecuentemente, luce ostensible que el concepto de salud mental ha dejado de ser una noción estrictamente pericial para pasar a tener un contenido mucho más amplio (conf. Preámbulo, arts. 1, 3, 4, 12, 26 y concs., C.D.P.D.; II, III, IV, C.I.E.D.P.D.), en tanto ha sido superada aquella concepción generalizadora de discapacidad terminal que llevaba a una tuición predominantemente aislante del paciente, por otra que reconociendo su estado de vulnerabilidad, procura su posible habilitación y/o rehabilitación, sea total o aún parcial, en un marco de respeto de su personalidad moral y dignidad, preservando al extremo su autónomo desenvolvimiento residual en el seno de su comunidad.

2. En pretendida consonancia con los principios que emanan de las citadas convenciones, cuyas disposiciones resultan de aplicación directa e inmediata a la problemática en cuestión, en tanto tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de los derechos, por ser normas que versan sobre el estado y capacidad de las personas (conf. Ac. 45.304, sent. del 10-III-1992; entre otras), ha sido sancionada en nuestro país la ley 26.657, con el objeto de asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquéllas con padecimiento mental (art. 1). El art. 7 enumera estos derechos, entre los cuales se halla “el derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud” (inc. a), “el derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos



restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria (inc. d), el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable” (inc. n). Su artículo 3, en la misma tesitura que lo expuesto hasta aquí, partiendo de la presunción de capacidad de todas las personas, define la discapacidad como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

De modo que aún “la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado” (art. 5°). Labor que se dispone “a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente..., [incluyéndose] las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes” (art. 8), de modo que “el proceso de atención [se realice] preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales” (art. 9).

Paralelamente, “la Autoridad de Aplicación debe promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con las

áreas de educación, desarrollo social, trabajo y otras que correspondan, implementen acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria..., [debiéndose] promover el desarrollo de dispositivos tales como: consultas ambulatorias, servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional, atención domiciliaria supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares y comunitarios, servicios para la promoción y prevención en salud mental, así como otras prestaciones tales como casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas” (art. 11).

En concordancia con ello, el art. 42 incorporó al Código Civil el art. 152 ter que establece que: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

Pues bien, el tratamiento normativo local para la determinación judicial de una discapacidad en una persona responde a las pautas fijadas por las nuevas directrices internacionales. Se observa, en general, una aceptable adecuación de la normativa local a las pautas internacionalmente establecidas y adoptadas por nuestro país.

Concretamente, aún frente a pacientes con pronósticos médicos irreversibles, como en el caso (fs. 27/28), la periodicidad de su reexaminación se justifica en el carácter evolutivo y circunstanciado de

su más amplia concepción como persona discapacitada. No se trata de supeditar la asistencia y tutela estatales a la demostración periódica de su enfermedad -como sostiene el tribunal **a quo**- sino más bien de actualizar cada tres años el estudio circunstanciado del estado de su patología a los fines de auscultar su evolución, con el objeto de observar -aún en los cuadros médicamente irremisibles- los avances que el paciente pudiere haber logrado en el desenvolvimiento cotidiano de su existencia, para así establecer y obtener o requerir las adicionales salvaguardias que sean necesarias en beneficio de su mayor autonomía residual. Todo ello sin mengua de la operatividad de los derechos asistenciales, previsionales y humanos del paciente y de las obligaciones que el Estado debe observar sin solución de continuidad en tutela de los mismos (conf. arts. 1, 3, 4, 12, 17, 26 y concs., C.D.P.D.; II, III, IV, C.I.E.D.P.D.).

En estos términos y respecto del causante de autos, dado que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye una de las funciones más delicadas y susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última **ratio** del orden jurídico (C. 69.346, sent. del 22-VIII-2012; C. 71.152, sent. del 12-IX-2012; entre otras), la referida hermenéutica del precepto cuestionado como contrario a la Constitución nacional deja carente de fundamento su propiciada incompatibilidad, por lo que dicha solución debe ser revocada (conf. arts. 1, 28, 31, 75 inc. 22 y concs., Const. nacional).

3. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, observo con los colegas que me preceden en el orden de votación que en estos obrados,

la sentencia en embate -dictada encontrándose vigente la ley 26.657- no ha otorgado al encausado las debidas salvaguardias en tutela

de sus derechos, voluntad y preferencias, para que las medidas limitativas de sus derechos se apliquen en el plazo más corto posible y estén sujetas a exámenes periódicos (conf. arts. 1, 3, 4, 12, 17, 26 y concs., C.D.P.D.; II, III, IV, C.I.E.D.P.D.). Considero que correspondería una inmediata reevaluación del señor E. de conformidad con la normativa aplicable, sin perjuicio del mantenimiento de su declarada discapacidad (arts. 140 y sigtes., 152 ter, 482, y concs., Cód. Civil).

4. En consecuencia, por lo expuesto y adhesión formulada, voto asimismo por la **afirmativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la cuestión también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

## **S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, casándose el fallo apelado (art. 289, C.P.C.C.). Los autos se remiten a la instancia de origen, para que se proceda a evaluar al señor E. R. E. por parte de un equipo interdisciplinario y se establezca un sistema de representación y/o apoyo en la toma de decisiones y salvaguardias, de acuerdo a las pautas aplicables señaladas (art. 152 ter, C.C. y RC 3196/11).

ACUERDO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Las costas, en atención a los particulares intereses en debate, se imponen por su orden (arts. 68, segunda parte y 289, C.P.C.C.).

Regístrese y notifíquese.

DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS E. CAMPS

Secretario



# LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 152 TER DEL CÓDIGO CIVIL: CRÓNICA DE LA APLICACIÓN DE UN CAMBIO DE PARADIGMAS.

*“Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” Punto n) Preámbulo Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*

Luis Rogelio LLORENS<sup>1</sup>

Alicia Beatriz RAJMIL,<sup>2</sup>

María Claudia TORRENS<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Notario titular de Registro de la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires. Miembro Honorario del Instituto de Derecho e Integración

<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.

<sup>3</sup> Profesora Adjunta interina en Introducción al Derecho, JTP por concurso en la Residencia Minoridad y Familia y Profesora Adjunta por Extensión de Funciones en las Cátedras Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho UNR. Abogada Universidad Nacional de Rosario-Argentina. Licenciada en Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia – España. Diplomatura Estudios Avanzados Universidad de La Laguna España

**Sumario:** I. Introducción. Crónica de la aplicación de un cambio de paradigmas. La interpretación del art. 152 ter del Código Civil. II. Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad III. El fallo. IV. Los planteos del art. 152 ter del Código Civil y la sentencia comentada. V Derecho a participar y a ser oído. VI. Conclusiones.

### **Resumen**

Son muchas las reticencias con las que es interpretado el artículo 152 ter del Código Civil, unas originadas por las complejidades surgidas en la propia norma, como las derivadas de su inserción en el antiguo sistema normativo basado en los paradigmas vetustos; y otras las reticencias originadas en el natural temor de todo ser humano a los cambios, extremo del que no está exento ningún operador jurídico. Por ello, la práctica de nuestros tribunales ha sido reacia, con muy honrosas excepciones, como la sujeta al presente comentario, a los cambios originados en el nuevo paradigma y ha ocultado cuestiones netamente ideológicas bajo el ropaje de supuestas interpretaciones apegadas a las normas.

Las líneas fundamentales del respeto a los derechos humanos de las personas con discapacidad se encuentran normativizadas, en el plano internacional, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEDPD) y los “Principios para la protección de



los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental“(Asamblea de ONU 46/119-1991). Integran este corpus de derechos humanos las interpretaciones auténticas del órgano de control de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, en la región europea y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en nuestra región, que ha establecido su visión sobre el tema en el fallo *Ximenes Lopes vs Brasil*<sup>4</sup>.

Esta estructura jurídica se va abriendo paso en nuestros tribunales. Destaca – por su jerarquía institucional – la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que señala a través de sus fallos, como el que aquí se comenta, la ineludible necesidad de interpretar la cuestión en función de los nuevos paradigmas que emanan de las Convenciones Internacionales y de la ley 26.657.

Esta normativa indica que la persona con discapacidad mental es un sujeto de Derecho a quien se debe respetar en cuanto tal en su Autonomía, su Dignidad e Integridad. Para ello se le debe brindar un reconocimiento especial a su capacidad y un sistema de apoyos y salvaguardas de los que hablaremos en el presente.

El artículo 152 ter del código civil constituye en nuestro sistema normativo la punta del iceberg del impacto que sobre el tratamiento jurídico de las personas con padecimientos mentales construyen los distintos tratados de derechos humanos y la ley nacional de salud mental

---

<sup>4</sup> CorteIDH, *Caso Ximenez Lopes V.s. Brasil*, Sentencia del 4 de julio de 2006, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)

26.657. El Acuerdo 2.078 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires es un referente claro de este nuevo paradigma.

### **I. Introducción. Crónica de la aplicación de un cambio de paradigmas. La interpretación del art. 152 ter del Código Civil.**

En un intento de parcial adecuación de nuestra normativa interna a los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la República Argentina sancionó el 25 de noviembre de 2010 la ley 26.657 de “Salud Mental”. Como datos significativos de un cambio de rumbo jurídico sobresalen en su art. 3 la afirmación de que “(...) *Se debe partir de la presunción de capacidad de **todas** las personas*”, y el reconocimiento, en su artículo 7 inc. K, a las personas con padecimiento mental del derecho “*a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades*” e inclusive, en el caso extremo de personas internadas involuntariamente, el derecho a designar abogado que reconoce el artículo 22.

Elemento descollante es su art. 42 que incorpora al código civil el art. 152 ter: “*Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.*”

La compleja norma, constituye un avance importante para la esfera jurídica, en los aspectos antes señalados, que promueven además, imprescindibles modificaciones culturales. Sin embargo, permanece en

parte, la gran dicotomía entre capacidad e incapacidad: así, por un lado, la norma respeta el nuevo modelo de protección de DDHH de las personas con discapacidades mentales, proponiéndose resguardar la autonomía de las personas con padecimientos mentales al decir : “ que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”, pero, por otro lado, mantiene en el mismo artículo la palabra “Incapacidad” y deja intacto el título X del CC bajo la denominación” De los dementes e inhabilitados”.

Al respecto, nos parece interesante y pertinente el planteo de Juan Pablo Olmo<sup>5</sup>, cuando se pregunta si es posible seguir encarando el tema en términos de capacidad-incapacidad. Se permite así cuestionar que para implementar medidas de apoyo en los términos de la CDPD, sea necesario el cambio del status jurídico de la persona, en cuanto a su capacidad. Propone entonces el autor, el reemplazo del binomio capacidad-incapacidad por la implementación de nuevas formas de ejercicio de la capacidad jurídica respecto de las personas, que siguen siendo siempre “capaces jurídicamente” y afirma que sólo así se podrán dar respuestas judiciales respetuosas de lo normado en los inc. 1º y 2º de la CDDP.

## **II.- Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de específicos derechos humanos, que se desarrollan principalmente en

---

<sup>5</sup> Juan Pablo Olmo, *Salud Mental y Discapacidad*, Buenos Aires Editorial Dunken, 2014, Pág.192 y sgtes.

las últimas décadas del siglo XX, y especifican derechos a determinadas personas, con el fin de profundizar el *principio* de universalidad de los derechos humanos

Bobbio ha destacado este fenómeno de la especificación de los derechos humanos, aún referido a las incipientes declaraciones de derechos, como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, como el paso de la consideración del ser humano como “hombre” en formulación genérica y abstracta a la “... concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, como menor, como viejo, como enfermo, etc.”<sup>6</sup>.

Emanuelle Caló describe este nuevo modelo, como aquel que conlleva “... en el plano jurídico consecuencias variadas, entre las cuales se encuentra una diferente manera de ejercer la voluntad (por ejemplo de parte del trabajador o del consumidor) y la directa atribución de relevancia a la voluntad de quienes con anterioridad estaban privados de ella, como los menores y los enfermos.”<sup>7</sup>.

El dictado de las Convenciones indicadas conforma una noción de derechos humanos más abarcadora en cuanto a sujetos, contenidos y mecanismos de protección que pretende alcanzar más concretamente a todo el género humano, sobre la base del reconocimiento de la igual

---

<sup>6</sup> Norberto Bobbio, *El Tiempo de los Derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, Pág. 114. Para este autor refiriéndose a los derechos de los niños, el reconocimiento de derechos específicos a los mismos da cuenta de “...un verdadero desarrollo o quizás incluso de una gradual maduración” de los primeros instrumentos de derechos humanos creados por la Comunidad internacional.

<sup>7</sup> Emanuele Calò, *Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, Pág. 72.

dignidad de todos, reconociendo específicos derechos para específicas situaciones que concreten el valor igualdad.

Este nuevo posicionamiento traslada su principal preocupación a la efectividad de los derechos y en particular, a la problemática de su ejercicio, fundamentalmente de su ejercicio autónomo. Representa una nueva mirada jurídica que reconoce la importancia del Derecho en la vida concreta de las personas y afecta además, toda la estructura conceptual del Derecho

Así, ambas convenciones perfilan con precisión cuestiones vitales, alejándose de presupuestos abstractos, por eso resultan de fundamental importancia su modelo de acercamiento a la autonomía , concepto considerado por los códigos decimonónicos y por la dogmática civil, con carácter abstracto, atribuido con independencia de concretas cuestiones vitales a un sujeto adulto con supuestas plenas facultades intelectivas.

Esta Convenciones realizan un giro de 180 grados sobre la visión tradicional de la autonomía y la dignidad e integridad de las personas. Así, se refieren a la autonomía, de una forma compleja (como complejos son la sociedad, la vida y el derecho). La autonomía se vuelve progresiva para los niños y se entiende sujeta a límites, nunca suprimida, en relación a sujetos con especiales realidades de su capacidad intelectual y emocional. Autonomía en grados se suele considerar. De este modo, el nuevo paradigma destruye las diferencias tajantes entre sujetos autónomos - capaces e incapaces - dependientes, en tanto esquema rígido y simple, que no se condice con la realidad de la vida y valoriza enormemente la

autonomía como un valor fundante del derecho y también en cuanto al valor constitutivo de nuestro reconocimiento de personas. Francisco Laporta entiende: “... la autonomía personal es seguramente el elemento básico de identificación de nosotros mismos, pues al desarrollar nuestras acciones y proyectos en el marco de un conjunto de planes de vida expresamos de un modo preciso quiénes somos. La autonomía es por eso crucial para entendernos a nosotros mismos y para presentarnos con una identidad en la vida social. *Somos* nuestros planes y proyectos”<sup>8</sup>

Esta perspectiva reconoce, además, como el discurso jurídico conforma categorías sociales, como el derecho es productor de sentido, de subjetividad. Las disciplinas sociales han señalado esta característica del discurso de la ciencia, de los saberes y del propio discurso jurídico. Foucault, quien ha señalado estos rasgos, afirma: “El sujeto es dividido en el interior de sí mismo o dividido de los otros. Este proceso hace de él un objeto. La partición entre loco y hombre juicioso, enfermo e individuo sano, criminal y ‘buen chico’, ilustra esta tendencia”.<sup>9</sup>

El nuevo modelo pretende luchar contra las estigmatizaciones construidas por el discurso jurídico, entre otras, y considera fundamental abarcar con el lenguaje de los derechos humanos a toda persona, en igualdad de condiciones a todo el género humano. La pretensión, es la propia del derecho internacional de los DDHH: su universalidad, abarcar a la humanidad en un individuo.

---

<sup>8</sup> Francisco J. Laporta, *El Imperio de la Ley. Una Visión Actual*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, Pág. 36.

<sup>9</sup> Miguel Morey “Introducción”, *Tecnologías del yo*, Michel Foucault, Paidós, 2008, Buenos Aires

La CDPD reafirma el carácter social de nuestro acercamiento a la discapacidad y en particular, de nuestro acercamiento a la discapacidad mental: su artículo 1 párrafo 2do describe esta situación con rotunda claridad: “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. Son los límites sociales los que definen la discapacidad, entre ellos los límites del discurso jurídico no deben subestimarse sino valorarse en la dimensión que tienen.

Respetar la autonomía de las personas es nada más y nada menos que reconocer el valor central que les otorgamos: ¿Por qué entonces persiste el intento de negársela a algunas personas, cuando es posible reconocérsela en alguna medida? Y sobre todo, en aquella medida, en que además seguramente, la persona esté interesada en desplegarla. “Mediante la introducción del artículo 152 ter se intenta restringir en la menor medida posible la autonomía de la voluntad del sujeto mediante un sistema de capacidad gradual que contemple expresamente los actos que se limitarán a través de una sentencia sujeta a revisión por el juez cada 3 años y para lo cual precisará salvaguardias que sean proporcionales y adaptadas a dichas circunstancias. Esta concepción, al reconocer las facultades conservadas de la persona y su consecuencia de ejercicio, le permite al sujeto el pleno desarrollo de la personalidad en un marco de mayor respeto a sus derechos a la intimidad y libertad – sin una

intromisión excesiva por parte del estado (Cf. artículo 19 Constitución Nacional) lo que en definitiva redundará en beneficio de su salud.”<sup>10</sup>

La exigencia de la convención en materia de respeto al ejercicio de la capacidad jurídica, podría resumirse en las palabras de la doctora VILLAVERDE: “A diferencia de los sistemas de protección social que atrapan a las personas con discapacidad considerándolas un objeto a tutelar, la asistencia adecuada se encamina a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que decidan por sí mismas lo que quieren hacer y al reconocimiento del valor de su aporte a la sociedad que integran “como parte de la diversidad y de la condición humanas” (arts. 3.d, 8.1.c y 8.2.iii de la Convención.”<sup>11</sup>

Si partimos de que el paradigma tradicional en materia de salud mental consistía en un régimen paternalista que pretendía evitar todo riesgo para la persona protegida, quizás podría resumirse el cambio que introduce la convención si enunciáramos el concepto de “dignidad del riesgo”: “Este concepto implica que la vida y la libertad indefectiblemente conllevan riesgo por lo que su existencia, la del riesgo, es condición necesaria para evitar la aniquilación de la libertad y la subjetividad de la persona.”<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> OLMOS, Juan Pablo. Ob. cit. Pág 61

<sup>11</sup> María Silvia Villaverde, “Tutela Procesal Diferenciada de las Personas con Discapacidad. Claves para su reforma procesal”, *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni – 2009-I. Pág. 312/3

<sup>12</sup> Guillermina Leontina Sosa, “Salud mental: lectura convencional de la revisión dispuesta por el art. 152 ter”, *Doctrina Judicial*, del 21 de mayo de 2014 pág. 13. Cita a Leonardo Gorbacz, “Dinámica de la aplicación de la ley 26.657 en Argentina en Derecho y Salud Mental”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2013-I, p.157.



Quizás sea este vínculo entre la dignidad del riesgo, la vida y la libertad lo que ha motivado que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos haya hecho referencia al “derecho humano a la capacidad jurídica”.<sup>13</sup>

*Este trabajo pretende, a partir de la sentencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, efectuar una breve síntesis de las cuestiones planteadas alrededor del mencionado artículo 152 ter del código civil y de sus respuestas más prudentes. Pretende también señalar algunas cuestiones que aún presentan dudas y sus mejores, a nuestro entender, respuestas.*

### III.- El fallo.

La sentencia que comentamos recepciona ampliamente los nuevos paradigmas en la materia y arrincona el viejo modelo. El avance consiste en la necesaria inclusión de la especificación de las “funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía sea la menor posible”.

Las actuaciones las inicia la señora A. M. G. quien solicita la declaración de incapacidad de su hijo, E., R.E., por presentar un cuadro de patología psiquiátrica. La Jueza de Trámite del Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Morón, luego de analizar la pericia psiquiátrica de la cual se desprende que el causante “padece un cuadro de retraso mental moderado. Demente en sentido jurídico”, hizo lugar a

---

<sup>13</sup> A/HRC/10/48 – 26/1/2009, citado por María Silvia Villaverde en “Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? ...” en Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año IV. Número 8, Septiembre de 2012. Pág. 151.

la demanda y, en consecuencia, declaró al señor E. incapaz por demencia y designó a su madre curadora definitiva. El tribunal en pleno confirmó dicho pronunciamiento y asimismo rechazó el pedido de la Asesora de Incapaces quien había solicitado que oportunamente se proceda conforme lo normado por el art. 152 ter del Código Civil, incorporado por la ley 26.657, y declaró la inconstitucionalidad de ese artículo.

Ante esta resolución, la doctora María Elizabeth Roitman, titular de la Asesoría de Incapaces n° 1 departamental, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la errónea aplicación del art. 152 ter del Código Civil. Sostiene que de acuerdo al citado artículo, y a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la decisión respecto de la capacidad de la persona deberá fundarse en examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias, mientras que en los autos de referencia solo se ha expedido un solo profesional médico, que la sentencia de interdicción debe dictarse por un plazo no mayor a tres años, y finalmente que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se deberán proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos en materia de derechos humanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires resuelve favorablemente el recurso. En base a un pormenorizado análisis de la normativa aplicable de acuerdo a las convenciones internacionales aprobadas por nuestro país en la materia y a la ley 26.657 sobre salud mental, ordena que se remitan los autos a la instancia de origen para que se proceda a evaluar al señor E.R.E. por un equipo interdisciplinario y se

establezca un sistema de representación o apoyo en la toma de decisiones y salvaguardias de acuerdo a las pautas señaladas.

#### **IV.- Los planteos del art. 152 ter del Código Civil y la sentencia comentada.**

1) Respeto a la dignidad, autonomía y integridad de las personas con discapacidad: En primer lugar, el acuerdo 2.078 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires establece que en los casos en los que se discuten las restricciones a la capacidad de una persona con padecimientos mentales, debe ser entendido dicho respeto en el marco de la debida consideración a su dignidad, su autonomía y su integridad, bajo el sistema de protección de los derechos humanos registrados en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEDPD).

Sostiene además la sentencia que las convenciones mencionadas “han venido a marcar un cambio de paradigma respecto de la concepción de las personas con discapacidad, basado en la autonomía y la dignidad”

En relación a este aspecto, la sentencia en el voto de los Dres. Soria y Genaud cita la afirmación de los doctores Alfredo Kraut y Nicolás Diana en este sentido “...el operador jurídico y, en especial, los efectores del sistema de salud (subsistema de salud mental) deben aprender la norma como un cambio de paradigma frente a la visión decimonónica de las personas con padecimientos mentales, como una

válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad, todavía latente en el código civil de Vélez”.

También a la cuestión planteada, el doctor Petigiani manifiesta en el párrafo tercero del punto 1 de su voto, que el artículo 3 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce como principios rectores en la materia “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas, su no discriminación, su participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, su accesibilidad.

2) Modelo social de la discapacidad: La sentencia remarca esta situación y establece, citando nuevamente los doctores Kraut y Diana, que “... la ley 26657 se enmarca en el nuevo concepto de salud mental al que se ha denominado modelo social de la discapacidad” y describe a través de la cita de estos autores que “... se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona” . El doctor Petigiani, en el párrafo cuarto del punto uno de su voto, manifiesta “... la discapacidad se aprecia hoy como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras de vida a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás por lo que aparece como necesario promover y proteger los derechos

humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo mas intenso”.

3) Personas en situación de Vulnerabilidad: El voto de los doctores Soria-Genoud resalta un aspecto muy particular de la actual evolución de los derechos humanos, la consideración de un nuevo concepto vinculado a ellos planteado tambien desde el orden internacional: la relación entre vulnerabilidad y personas con discapacidad. Así en el presente fallo se cita el caso Ximenez López con Brasil resaltando la afirmación de la Corte Interamericana: “el tribunal no puede dejar de pronunciarse sobre la especial atención que los estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad”.<sup>14</sup> La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires destaca la debida aplicación a la problemática de las personas con dicapacidad de las “Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas en situación de Vulnerabilidad”.

4) Los aspectos más propios del artículo 152 ter del Código Civil:  
4.1 ) A partir de los argumentos de la sentencia es oportuno analizar los tópicos del artículo 152 ter del Código Civil. Según la norma en comentario, *“Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad (...) No podrán extenderse por más de tres años...”*

En primer lugar, es imposible no destacar que este plazo sugirió en principio, una posible recarga laboral a los ya congestionados tribunales con competencia en la materia de nuestro país. Ello originó,

---

<sup>14</sup> Acuerdo 2078 Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, párrafo 7 del punto a del voto Soria- Genoud

desde el inicio, una seria preocupación de sus integrantes. Otra preocupación inicial fue la que ronda a la pregunta de si es éste un plazo de **caducidad**, de tal manera que si no se cumple con la revisión dentro del plazo señalado la persona recuperaría automáticamente su plena capacidad y perdería todas las medidas de protección que se hayan adoptado con relación a ella.

La respuesta a esta pregunta inquietó a muchos tribunales de primera instancia por las graves consecuencias que la desprotección acarrearía a las personas involucradas, inclusive por la pérdida de sus beneficios previsionales.

Entendemos, de conformidad con el criterio jurisprudencial y doctrinario predominante,<sup>15</sup> que el vencimiento del plazo no puede importar la pérdida de la protección con la que contaba la persona involucrada con riesgo de que lo sea antes del recupero de su salud. Entenderlo como plazo de caducidad nos recuerda palabras de Supiot: “En efecto, una de las enseñanzas de la historia social es que no basta con proclamar la igualdad para que exista, porque la simple declaración

---

<sup>15</sup> “(...) el plazo de 3 años que fija la ley como límite de la interdicción debe entenderse (...) que es un término que obliga a revisar dentro de ese plazo los alcances de la sentencia dictada (lo que implica un reexamen de la situación del declarado incapaz), a fin de determinar si ese pronunciamiento se adecua a las actuales circunstancias del causante. De ello se sigue que la norma establece una pauta de regularidad en el control, de repaso de las causas que dieron motivo a la restricción de la capacidad. Por lo que de ningún modo puede entenderse como que opera la caducidad de la sentencia de incapacidad (...) no cabe colegir de este entendimiento que la revisión regular de la situación de restricción de la capacidad conlleve una reapertura constante y sine die de un proceso nuevo cada tres años”. Cámara Nacional en lo Civil, Sala B,” A., G. M.” 4/7/2012. En “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia” Febrero 2013. Abeledo Perrot. Págs. 42/43. Con nota de Ángeles Montaña y Daniela L. Yankielewicz: “El plazo estipulado por el art. 152 ter, CCiv. Interrogantes Procesales.”

de la igualdad formal sólo sirve en un primer momento para despojar a los más débiles de aquello que los protege.” Y ejemplifica: “La igualdad entre hombres y mujeres sigue siendo actualmente más formal que real y su consagración en el Derecho comunitario sirvió principalmente para justificar la supresión de las reglas que protegían la vida familiar de las intrusiones de la vida laboral, en lugar de ampliar su beneficio a los hombres.”<sup>16</sup>

Por otro lado, existieron dudas acerca de si el mencionado plazo que ordena la revisión cada tres años es aplicable a las sentencias dictadas con anterioridad a la sanción de la ley 26.657. Así, en un expediente en trámite por ante el Departamento Judicial de La Matanza, de la provincia de Buenos Aires,<sup>17</sup> el magistrado de grado entendió que aplicar la nueva ley en lo atinente al plazo a las sentencias dictadas con anterioridad importaba una incorrecta aplicación retroactiva de la ley. En la apelación, los jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Primera, revocaron la sentencia y ordenaron el dictado de una nueva, en base a dictámenes interdisciplinarios. Entre otros argumentos el tribunal de alzada cita a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Acuerdo 56.457 S del 20 de febrero de 1996) que señaló que “Las leyes, en nuestro ordenamiento, pueden – en ciertas hipótesis- tener efecto retroactivo bajo la condición obvia e inexcusable de que no violen garantías constitucionales. Si las afectan,

---

<sup>16</sup> Alain Supiot, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores. 2º ed., 2012, Pág. 280.

<sup>17</sup> [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) 28/11/2012. SCBA <http://www.scba.gov.ar> Consultada 10/12/2012.

la ley de que se trate es atacable, más no por su retroactividad sino por su inconstitucionalidad.”<sup>18</sup>

La Suprema Corte provincial se expidió anteriormente sobre este tema : en un caso, planteado en el Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, en primera instancia se sostuvo que el art. 152 ter del Código Civil no resulta aplicable a las sentencias dictadas con anterioridad a su vigencia. Esta sentencia data de 1997. La sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial confirmó el fallo mediante lo que consideramos una errónea aplicación del art. 3 del Código Civil. Firmemente la Suprema Corte provincial revocó ambos pronunciamientos y ordenó dictar un nuevo fallo, de conformidad con la norma en análisis. Los argumentos del máximo tribunal provincial más que corregir la interpretación del art. 3 del Código Civil apuntan al cambio de paradigmas del que estamos hablando y a la jerarquía supra legal de las normas en cuestión.<sup>19</sup>

En el fallo en estudio, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha vuelto a pronunciarse sobre estas cuestiones. En su voto el Dr.

---

<sup>18</sup> Autos: Río Paraná Cia. Financiera S.A. Quiebra s/ Incidente por reconocimiento de privilegio. Agregamos por nuestra parte esta importante cita: “La ley es retroactiva cuando se aplica a relaciones o situaciones jurídicas vigentes al sancionarse la ley, mas no cuando la aplicación de la nueva norma tan sólo alcanza a los efectos en curso de una relación jurídica aún nacida bajo el imperio de la ley antigua. En consecuencia, no existe óbice para que una nueva ley sea de aplicación a los juicios pendientes” (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 11-7-1996, La Ley, 1997-D, 858, 39.724-S) Sobre el difícil problema de la aplicación de la ley en el tiempo ver el trabajo de Fernando J. López de Zavalía en La Ley, tomo 135, pág. 1.485.

<sup>19</sup> Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires(SCBuenosAires) Fecha: 07/05/2014 Partes: Z., A. M. s/ insania Publicado en: LA LEY 16/07/2014 , 7, con nota de Juan P. Olmo; Causa: C.115.346Cita Online: AR/JUR/19440/2014.



Soria reproduce los argumentos vertidos en los autos “Z. A.M.” por su colega el Dr. Genoud, aunque quizás lo más interesante del nuevo fallo lo constituya el posterior voto del Dr. Petiggiani: *“Concretamente, aún frente a pacientes con pronósticos médicos irreversibles, como en el caso (fs. 27/28), la periodicidad de su reexaminación se justifica en el carácter evolutivo y circunstanciado de su más amplia concepción como persona discapacitada. No se trata de supeditar la asistencia y tutela estatales a la demostración periódica de su enfermedad – como sostiene el tribunal a quo – sino más bien de actualizar cada tres años el estudio circunstanciado del estado de su patología a los fines de auscultar su evolución, con el objeto de observar – aún en los cuadros médicamente irremisibles – los avances que el paciente pudiere haber logrado en el desenvolvimiento cotidiano de su existencia, para así establecer y obtener o requerir las adicionales salvaguardias que sean necesarias en beneficio de su mayor autonomía residual. Todo ello sin mengua de la operatividad de los derechos asistenciales, previsionales y humanos del paciente y de las obligaciones que el Estado debe observar sin solución de continuidad en tutela de los mismos”*.

*La cuestión atañe a la duda surgida acerca de si la sentencia que declare una incapacitación puede llegar hasta la incapacitación total. Entendemos que ello no es posible<sup>20</sup>, en primer lugar, por atentar contra los postulados de las convenciones internacionales ya citadas. Según la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es imposible dictar una sentencia que restrinja la*

---

<sup>20</sup> En contra: “... es dable señalar que el hecho de que la capacidad admita grados no veda la posibilidad de que exista una enfermedad mental tan intensa que daba restringirse al insano la mayor parte de los actos de la vida civil, o en definitiva, declararlo interdicto, por qué no, conforme el artículo 141 del Código Civil, por cuanto la graduación de la capacidad puede ir –si se nos permite la cuantización– desde un 0% hasta un 100%, criterio que obedece a consideraciones más médicas que normativas.” Silvia Guahnon y Martín Seltzer: “La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva Ley de Salud mental”, Doctrina Judicial, año XXVII, número 26, 29 junio 2011, pág. 95.

*capacidad de obrar, sin indicación de sus límites, pues esto infringiría flagrantemente el párrafo del art. 12 que exige que esa restricción (la salvaguardia para evitar abusos) lo sea “en la medida necesaria y apropiada para el bienestar del sujeto”<sup>21</sup>.*

#### 4.2) Evaluaciones Interdisciplinarias y las debidas salvaguardas:

La presente sentencia se encolumna firmemente en relación a dos condiciones establecidas por el art 152 ter: La necesidad de contar con evaluaciones interdisciplinarias y la necesidad de suministrar un riguroso sistema de “apoyos y salvaguardias”. Así en el punto B. se sostiene: “ En la sentencia recurrida, dictada encontrándose vigente la ley 26657 de salud mental, se declaró incapaz por demencia el señor E sin seguir las pautas contenidas en ese nuevo régimen, y además se le negó la posibilidad de una re evaluación interdisciplinaria en los términos del artículo 152 ter del Código Civil, lo que conlleva – a la luz de los principios reseñados – una clara vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente (arts. 16, 75 inc. 22, y 23, Constitución Nacional).”

El Dr. Pettigiani señala en su voto la necesidad de otorgar “las debidas salvaguardias en tutela de sus derechos, voluntad y preferencias” (Art. 12 inc. 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas

---

<sup>21</sup> “Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2º del artículo 12.” (Asamblea General de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos A/HRC/10/48, 26-1-2009, citado por María Silvia VILLAVERDE. “Tutela ... “ ob cit. Pág. 319. Agrega la doctora Villaverde: “Podría afirmarse que la declaración de insania y la designación de curador para quienes presentan discapacidad intelectual o de causa síquica han sido desplazadas por un sistema de apoyos graduales –sustentados en la confianza- en la medida que el individuo lo requiera en sus diferentes espacios de decisión y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad” (ob. cit. Pág. 320). Concluye: “Nada sobre nosotros sin nosotros”. (Pág. 328).

con Discapacidad) no podemos olvidar que ese respeto es tanto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona manifestadas tanto durante el proceso como luego de él, pero también aun **antes de él**. Recordamos así que ese respeto debe cumplirse también a partir de lo consignado en lo que varias normas provinciales de nuestro país llaman “actos de autoprotección”<sup>22</sup> (equivalentes a lo que sólo en materia de salud se denominan “directivas anticipadas”)<sup>23</sup>. Para agregar: *“Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, observo con los colegas que me preceden en el orden de votación que en estos obrados, la sentencia en embate – dictada encontrándose vigente la ley 26.657 – no ha otorgado al encausado las debidas salvaguardias en tutela de sus derechos, voluntad y preferencias, para que las medidas limitativas de sus derechos se apliquen en el plazo más corto posible y estén sujetas a exámenes periódicos”*.

## V.- Derecho a participar y a ser oído.

Finalmente, sin profundizar en el tema pues ello excedería los objetivos del presente trabajo, deseamos dejar planteado que tanto la jurisprudencia como la doctrina no suelen diferenciar dos situaciones que si bien se encuentran íntimamente vinculadas no son coincidentes. Nos referimos a la aptitud de una persona de ejercer por sí misma sus derechos, por un lado; y al derecho a expresar su opinión en todo

---

<sup>22</sup> Ley 6.212 Pcia. del Chaco; 14.154 de la Pcia. de Buenos Aires; Chubut, ley III N° 34 del año 2011; 3.933 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el proyecto del Senador Hugo Marcucci que cuenta con media sanción de esa Cámara de la Provincia de Santa Fe.

<sup>23</sup> Leyes nacionales 26.529 y 26.742.

asunto que le incumba y que esa opinión sea considerada y ponderada, por el otro. Puede haber actos, y de hecho así ocurre, que una persona no puede realizar por sí misma, y requiere para ello de los apoyos y salvaguardias necesarias, en los términos de la CDPD, que se determinen judicialmente. Pero nunca, aún en esos casos, puede privarse a dicha persona del derecho a expresar su opinión y a que ésta sea ponderada, más allá de que su situación personal o la naturaleza le permita o no hacerlo. Dijimos que la sentencia que limite la capacidad de una persona, debe aclarar a qué actos y funciones se refiere, pero es necesario señalar que antes de esa decisión, el sujeto debe tener siempre la posibilidad de expresarse y ser oído, y aún en aquellos actos que requieran venia judicial, antes de concederla o desestimarla, el interesado debe ser escuchado, cuando pueda expresarse, y su opinión valorada. En el caso de los menores de edad, es frecuente que se admita su derecho a ser escuchado en cuestiones familiares o de salud, pero no en relación a cuestiones patrimoniales. Se confunden así las limitaciones del menor de edad para realizar por sí mismo determinados actos, que requieren la intervención de su representante legal e inclusive la venia judicial, con su derecho a expresar su opinión en los asuntos que le incumben, que debe ser respetado siempre y en todos los ámbitos. Es decir, una cosa es que un menor por sí solo no pueda vender un inmueble sin cumplir con los recaudos de la ley y otra es que no pueda expresar su opinión y voluntad respecto a dicha operatoria. Esta privación constituye una violación a normas de jerarquía constitucional, como el art. 12 de la CDN, y a claras disposiciones de la ley 26061, especialmente sus arts.

2, 3, 24 y 27<sup>24</sup>. En ningún punto de la Convención de los Derechos del Niño, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la ley 26.061, la 26.657 y normas semejantes encontramos argumento alguno para efectuar esta diferencia. Sin embargo, existen opiniones en contrario y sabemos que en la práctica tribunalicia no se consulta, por ejemplo, a un adolescente ante un pedido de venia para la venta de un inmueble de su propiedad. La cuestión tiene su importancia, pues podría dar lugar a impugnaciones de títulos de propiedad por no haberse otorgado la posibilidad de opinar a la persona interesada.

Afirmamos pues, que más allá de las limitaciones de un ser humano, de sus deficiencias, padecimientos, discapacidades o dificultades, de la edad, o la existencia de una sentencia limitativa de su

---

<sup>24</sup> ARTICULO 24. - DERECHO A OPINAR Y A SER OIDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a **todos los ámbitos** en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. ARTICULO 27. - GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en **cualquier procedimiento judicial o administrativo** que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) **A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;** c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) **A participar activamente en todo el procedimiento;** e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

capacidad jurídica, siempre debe ser respetado, en todos los ámbitos, su derecho a expresar su opinión, de acuerdo a su grado de discernimiento, y esa opinión debe ser siempre considerada en la mayor medida en que las circunstancias lo permitan. Sólo así se cumplirá con los paradigmas que diseñan nuestro actual sistema jurídico de protección de derechos. Se arguye que - en los hechos - determinadas personas no tienen aptitud alguna para gobernar ni a su persona ni a sus bienes. Ello no es óbice a lo dicho, pues el hecho de que no tengan aptitud de hacerlo, no implica que se le deba quitar a estas personas el “*Derecho a opinar y a ser oído*” que reconoce a todos los menores el art. 24 de la ley 26.061 “*conforme a su madurez y desarrollo*”, que en el caso de los adultos con discapacidad intelectual, de acuerdo a la remisión del art. 475 del Código Civil Argentino, sería “conforme con sus aptitudes”. **El hecho de que no pueda, no debe importar la negación de ese derecho. Si llegara a opinar, el resto de las personas debe estar dispuesto a escuchar, a valorar lo expresado, aunque no necesariamente a obedecer.**<sup>25</sup>

En apoyo de esta tesitura debemos señalar que en julio de 2000 se sancionó la ley 25.280 mediante la cual se ratifica la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad suscripta en la República de Guatemala el 08/06/99. Conforme con su art. 1º: “En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaración de

---

<sup>25</sup> “En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.” (Observación General 11º período de sesiones. Parágrafo 12.)

interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”. De donde se colige que discrimina<sup>26</sup> toda norma de la que resultan restricciones a la libertad de decidir acerca de la propia persona o de los propios bienes cuando esa restricción no es “necesaria y apropiada para su bienestar”.

## VI.- Conclusiones.

El nuevo paradigma fue construido principalmente desde el derecho internacional. Es por ello que la legislación interna debe interpretarse a la luz de las grandes Convenciones y de los principios que rigen la materia. Los jueces y demás operadores jurídicos deben aplicar los controles de Convencionalidad, es decir someter a las normas a la interpretación que indica el derecho internacional de la región. Desde el fallo en el caso Almonacid Arellano vs Gobierno de Chile la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene asentando este criterio.

El art 152 ter requiere además de una interpretación que lo aplique rotundamente detallando su impacto sobre toda la normativa civil.

Entendemos que las palabras vertidas en la sentencia del superior tribunal de la provincia de Buenos Aires se ajustan a la manda de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en particular a su art.

---

<sup>26</sup> No en el sentido de su primera acepción (“Separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”), sino en el de la segunda: (“dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”) Según el “Diccionario de la Lengua Española”, vigésima edición, Madrid 1984. Actualmente la definición ha sido modificada por la Real Academia en la primera acepción, así: “1. tr. Seleccionar excluyendo. Ver: <http://lema.rae.es/drae/?val=discriminar>

12, al considerar que la sentencia debida sea lo más acotada posible, no sólo en el tiempo sino también en sus restricciones a la capacidad de obrar de la persona involucrada.<sup>27</sup>

Al respecto ha dicho el comité de seguimiento en sus observaciones generales para la 11° sesión (3° párrafo) que “el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas” y, luego, en el párrafo 24, agrega que no se pueden mantener sistemas de sustitución de las decisiones (en el art. 152 ter: “incapacidad”) con regímenes de apoyo. La sentencia comentada efectúa esta propuesta, en un todo de acuerdo a lo establecido por *art. 1 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad: “La restricción a la capacidad debe serlo en la medida necesaria y apropiada para su bienestar”*.

---

<sup>27</sup> Muchos de los inconvenientes prácticos que se vislumbran para la aplicación de esta norma podrían soslayarse mediante la aplicación de la Clasificación Internacional del funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud, que es la que se utiliza para el otorgamiento en sede administrativa de los Certificados Únicos de Discapacidad (CUD). Al respecto, ver: Revista Notarial Nro. 968 pág. 607 y ss.



*JORNADAS  
Y  
CONGRESOS*



# PRIMER CONGRESO INTERDISCIPLINARIO SOBRE VULNERABILIDAD Y DERECHO<sup>1</sup>

El Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª circunscripción (IDeI) y la Facultad de Derecho de la UNR, con la participación del Gabinete Social del Gobierno de la provincia de Santa Fe, convocaron a la comunidad al Primer Congreso Interdisciplinario sobre Vulnerabilidad y Derecho, declarado de Interés Provincial (Decreto N°3160 del 01 de octubre de 2013) y de Interés Municipal (Decreto N°40-048 del 02 de octubre de 2013).

Se transcriben a continuación sus conclusiones:

**COMISION 1:** Moderadores y Relatores de las conclusiones. Escribano Marcelo De Laurentis, Escribana Mercedes Córdoba y Doctora Maria Elina Rossi.

Trabajos presentados y expuestos.

*1.- Las personas mayores y la capacidad jurídica ¿cómo podríamos apoyarlos? Marcela Spina*

---

<sup>1</sup> Congreso llevado a cabo en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, los días 8, 9 y 10 de mayo de 2014.

2.- *Los Derechos de las Personas con Discapacidad a partir de la legislación vigente.* - *Liliana Lidia Chera*

3.- *El adulto mayor en situación de vulnerabilidad como eje de las estrategias desarrolladas por un equipo interdisciplinario gerontológico-1988 y continúa-en la búsqueda de la difusión y defensa de sus derechos* - *Perla del Rosario Milessi - María Luisa Petruzzzi - Beatriz Josefina Sartor - Beatriz Dora Fabiani*

4.- *Ancianidad* - *Estela Maria Falocco*

5.- *El Derecho a la Participación de las Niñas, Niños y Adolescentes en el proceso de toma de decisiones en materia de salud. Ley N° 26.529 (Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado), Ley N° 26.742 (Muerte Digna) y su Reglamentación: Decreto N° 1089/12. Legislación Projectada* - *Natalia Hernández*

6.- *Derecho humano a conocer la identidad de origen* - *Gloria A. Gover*

7.- *Derechos del Consumidor en las Personas con Discapacidad* - *Natalia Andrea Ebecury - Marianella Rossana Graizzaro*

8.- *Lineamientos para la implementación de un sistema de apoyo para la toma de decisiones en niños, niñas y adolescentes con discapacidad* - *Juan Pablo Olmo*

9.- *Protección de los incapaces: La patria potestad prorrogada y rehabilitada.* - *María Cristina Mourelle - Mariana Tamborenea y Juan Miguel Tamborenea*

10.- *VEJEZ Y SALUD MENTAL: el camino de los jueces hacia la nueva CAPACIDAD* - *María Isolina Dabove - Rosana G. Di Tullio Budasi*

11.- *Un problema sin resolver... La Capacidad Civil de la Tercera Edad ¿Un tipo de capacidad diferente? ¿Cómo darle seguridad jurídica y validez a los instrumentos suscripto por ancianos?* - *Estefanía Adriana Hadrowa*

En nuestra comisión abordamos la vulnerabilidad desde la perspectiva de los dos extremos de la vida la ancianidad y la niñez ya ésta última especialmente cuando además de vulnerable por menor, es vulnerable por su incapacidad.

Agradecemos a la Escribana Falocco quien aportó en su ponencia que debemos como sociedad lograr la plena inclusión de los adultos mayores sin discriminación alguna. Garantizar el acceso de recursos que aseguren una vejez digna en cuanto a salud, vivienda e ingresos jubilatorios. Asegurar el pleno ejercicio de derechos sociales y fundamentalmente derecho a ser oídos. Promover leyes en favor de los adultos mayores, acordes con los tratados internacionales.- El notario deberá actuar como garante de todas las personas sobre todo las mayores, que son la memoria de un pueblo y maestros de la vida, ya que una sociedad que descuida a sus ancianos, niega sus propias raíces y simplemente sucumbe.

La Dra. Spina aportó que el régimen de capacidad jurídica establecido por el Código Civil se halla en crisis por la influencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos “aggiornado” únicamente por la ley de salud mental. Las reformas proyectadas deben responder al cambio de paradigma establecido por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad incorporada por la ley 26.378. Los ancianos, en principio, son personas plenamente capaces, según la presunción legal de capacidad que surge de nuestro Código Civil, aunque vulnerables. Los derechos de las personas mayores corresponden al sistema de derechos humanos reconocidos internacionalmente, siendo

conveniente que se vean plasmados en una Convención Internacional, que por su carácter de obligatoria, tienda a la prevención, protección y promoción de los derechos de dichas personas. La actuación notarial, en tanto, operadores jurídicos debe adecuarse a los nuevos paradigmas emanados de las Convenciones Internacionales en relación a la capacidad de las personas. Negar su actuación por la edad avanzada o falta de movilidad de una persona puede resultar un incumplimiento de su deber funcional y un acto discriminatorio. Los actos de autoprotección son una herramienta jurídica idónea para las personas adultas mayores a efectos de organizar un régimen de protección ante la posibilidad de la discapacidad, determinar apoyos (una o más personas de su preferencia) y salvaguardas, y así asegurar su derecho a ser oído y proyectar su vida de acuerdo a su voluntad, sus deseos y sus preferencia a fin de mantener su autodeterminación.

Las ponencias de las Dras. Dabove y Di Tullio nos aportó que se impone la necesidad de distinguir la vejez normal, de la patológica (senilidad); el deber judicial de tomar contacto personal con el presunto incapaz por parte de los jueces y considerar el criterio de gradualidad, a la hora de establecer las restricciones para el caso, conforme al art. 152 ter del CC. En el marco de los juicios de insanía e inhabilitación, se deberá incluir la obligación del Tribunal de oficiar a los Registros de Actos de Autoprotección (o similares), a fin de tomar conocimiento de la existencia de instrumentos otorgados por el insano/inhábil en miras a respetar su voluntad en esta materia.

La escribana Hadrowa nos ayudó a concluir que el notario debe formar su propio criterio acerca de la aptitud del otorgante, criterio que se formará valorando la naturaleza del acto y a priori.- La solicitud por parte del escribano de certificado médico no debe poner en tela de juicio su valoración en cuanto a la capacidad del otorgante, es un elemento más en su actuar diligente.

Niños, Niñas y Adolescentes por su condición de personas, gozan de todos los Derechos contemplados en el Art. 75 Inc. 22; además de la protección específica que se les concede a fin de protegerlos de su situación de vulnerabilidad, consagrada en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, Ley Nacional N° 26.061, y diversas leyes provinciales.

El Dr. Olmo propuso una serie de interrogantes referidos a la necesidad de regular un régimen de apoyos para la toma de decisiones por parte de Niños, Niñas y Adolescentes.-Concluyendo que los criterios para la implementación de un sistema de apoyos varían con relación a los adultos. Deben poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás Niños, Niñas y Adolescentes. Los apoyos se implementarían según criterios de necesidad y oportunidad, teniendo en cuenta las siguientes variables: a) según que el niño, niña adolescente sea responsable por la toma de la decisión, o bien sólo se le reconozca el derecho a participar en el proceso decisorio cuya responsabilidad finalmente recaerá en su representante legal; b) que sea necesario tomar la decisión durante la infancia y adolescencia, o bien se pueda esperar hasta haber alcanzado la mayoría de edad; c) según se determine en cada

caso que se trata de los apoyos del art. 12o los del art. 19 inc. b) de la Convención de Derechos sobre Personas con Discapacidad.-

La Dra. Hernández nos hizo reflexionar respecto de la participación en la toma de decisiones médicas por parte de los pacientes pediátricos.- Se reconoce a los Niños, Niñas y Adolescentes el derecho a participar en la toma de decisiones médicas, respecto del Consentimiento Informado, continúan las limitaciones derivadas de la necesidad de reforma respecto del régimen de capacidad y representación.

Los Dres. Mourelle y Tamborenea propusieron que la patria potestad de los hijos que hubieran *sido incapacitados judicialmente* durante la menor edad, se prorrogue automáticamente por ministerio de la ley. Si no hubiera sido legalmente declarado, se inste el proceso de incapacitación del hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos. Cumplido con este trámite, se *rehabilitará* la patria potestad que será ejercida por quien correspondiere. En cualquiera de los dos casos, la patria potestad prorrogada o rehabilitada, se ejercerá con sujeción a lo que especialmente se disponga en la resolución de incapacitación y subsidiariamente por las reglas del Código en materia de patria potestad. Se propone también una modificación a los códigos de procedimientos, a los efectos de acelerar el proceso de curatela suprimiendo, el nombramiento de un curador provisorio, dejando que dicho cargo sea ejercido por el o los padres hasta su nombramiento definitivo.-

La escribana Gover nos aportó que Conocer la **“verdad biológica”**, la **“verdad histórica”**, la **“identidad de origen”** es un



derecho para ejercer la autodeterminación por parte de N. N. y A. y está íntimamente vinculada al derecho a la **dignidad** y a la **libertad**.

Agradecemos a las Dras. Chera y el equipo interdisciplinario compuesto por la Lic. Milessi, Dra. Petruzzi, Prof. Sartor y Lic. Fabiani que nos enriquecieron con su experiencia a través de acciones concretas para promover, mantener y mejorar la calidad de vida de las Personas con Discapacidad, de acuerdo a las posibilidades y el desarrollo de cada individuo, se deberá centrar el abordaje terapéutico, en el desarrollo de la Autonomía, pensando en individuos, políticas y prácticas que modifican las vidas de las personas y sus percepciones de una vida de calidad. La integración pedagógica es el mejor aporte en este sentido, desde la niñez y hasta el final de la vida.

Por último las Dras. Echecury y Graizzaro pusieron énfasis en los Derechos del Consumidor en las personas con discapacidad nos animaron a eliminar barreras,/arquitectónicas y de toda índole.- Nos debemos la difusión en la sociedad de los derechos de personas con discapacidad, menores y adultos mayores, a través de campañas de divulgación masiva y otros recursos comunicacionales y promover en la comunidad jurídica el estudio, diseño y uso de medidas y herramientas eficaces para ejercer plenamente los derechos garantizados.-

**COMISION 2:** Moderadores y Relatores de las conclusiones.

Doctora María Claudia Torrens – Escribano Pedro Marzuillo

Trabajos presentados y expuestos.

1.- *El concepto de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* - Milton C. Fenillade

2.- *La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad.* - Enrique Jorge Arévalo

3.- *Educación de la persona mayor adulta dentro del sistema educativo.* - María Lucrecia García - María Silvana Clerici de Rovira

4.- *Fortalecedores sociales para una transformación social.* - María Lucrecia García - María Silvana Clerici de Rovira

5.- *El sistema de justicia. Hacia la accesibilidad para las mujeres indígenas de los pueblos Q'om, Wichi y Mocoví de Machagai, Chaco.* - María Lucrecia García - María Silvana Clerici de Rovira

6.- *Responsabilidad por transgénicos, ante la duda, precaución.* - María Carla Pellegrino

7.- *Acceso a la justicia en casos de abuso sexual hacia niños, niñas y adolescentes.* - Sergio Oscar Libera Medina

8.- *La Convención sobre los Derechos del Niño. Impactos en las políticas públicas.* - Silvia M. Crescente

9.- *La vulnerabilidad de niños y niñas en edad escolar (nivel primario) que trabajan en Argentina a causa de la necesidad económica de su núcleo familiar. Una mirada desde el Derecho de la Niñez y Adolescencia.* - Florencia Vazzano

10.- *La Violencia económica hacia las mujeres. Género y vulnerabilidad.* - Daniela Burlini - Roxana Corbacho

11.- *El derecho de igualdad como fundamento de la no discriminación de las personas en estado vulnerable.* - Rosalía Mejía Rosasco

I) La vulnerabilidad nos abarca a todos los seres humanos, correspondiéndose a un nuevo modelo de derecho, menos abstracto y más comprometido con el efectivo goce de los derechos por parte de las personas.

II) La vulnerabilidad se impone como específico concepto del derecho, para abarcar con precisión determinadas situaciones, que esta Comisión entiende se deben describir conforme a las Reglas de Brasilia.

III) La Comisión pondera que la concepción de vulnerabilidad debe reconocerse además, como categoría jurídica, con el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; es decir como agravante ante ciertos incumplimientos que a lo largo del desarrollo de la jurisprudencia de ese Tribunal se ha resuelto en relación a un amplio espectro de violaciones a los derechos humanos.

IV) En relación al efectivo goce de los derechos humanos consagrados, entiende este Congreso, se debe priorizar la participación del movimiento social (ciudadanos, habitantes e entidades intermedias) en una perspectiva horizontal, actuando en estrecha colaboración con el Estado. La presente conclusión tiene en cuenta que, la respuesta de los actores jurídicos, antes reservada al Estado y regulada a su conveniencia, hoy se presenta en forma horizontal por el surgimiento de nuevos actores y nuevas corrientes de pensamientos.

V) Se consideró, particularmente, la figura del delito de Circunvencción de Menores e Incapaces, tipificado por el artículo 174, inciso 2 del Código Penal argentino, norma que integra el espectro

de los principios protectorios de las personas en situación de mayor vulnerabilidad.

VI) La comisión destaca que en la labor notarial, el principio de intermediación entre el notario y las partes, permite al profesional ponderar el grado de comprensión de cada sujeto como regla obligatoria de su ministerio. Específicamente, en lo que refiere a la aptitud de los otorgantes, siempre se deberá atender al principio de presunción de capacidad. Ante la duda, el notario no debe abstenerse de prestar su ministerio, sino al contrario, investigar el caso concreto y no crear una discapacidad donde no la hay. La comisión acuerda destacar, que se debe tener en cuenta el sistema de apoyos postulado por la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, para fortalecer la prevalencia absoluta al otorgamiento del acto y puntualiza la necesidad de profundización teórica y práctica del citado sistema.

VII) En relación a las especiales circunstancias de vulneración de derechos de los pueblos originarios y en particular los problemas de accesibilidad al sistema de justicia de la población Q'om, Wichi y Mocoví de Machagai, Chaco, se establece: Que el sistema judicial integre necesariamente, no contingentemente a los miembros de los Pueblos originarios y que los funcionarios del Estado donde se encuentran asentadas las comunidades conozcan la lengua, sus costumbres y su idiosincrasia.

VIII) Que el derecho a la educación debe incluir a los adultos mayores en igualdad de condiciones, ajustando el reconocimiento de este derecho a sus particulares necesidades.

IX) Que la vulnerabilidad muchas veces tiene su vinculación con el desconocimiento de derechos ante la falta de información, se considera positivo entonces la difusión (comunicación) como política Pública de todas las herramientas, que pone a disposición el Derecho para atemperar las situaciones de vulnerabilidad. Todo esto en referencia a la experiencia denominada “Fortalecedores Sociales” realizada en articulación de un Instituto terciario y la Municipalidad de Machagai presentada en el Congreso

X) Se postula la adhesión de Argentina al Tercer “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”, Resolución 66/138 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 19 de diciembre de 2011. Última ratificación del 14 de enero de 2014, que reconoce la competencia del Comité de los Derechos del Niño para recibir comunicaciones en relación a la violación de los derechos previstos en la CDN y en sus Protocolos Facultativos.

XI) La prohibición del trabajo infantil debe ser reforzada, no solo desde la sanción a empleadores sino a través de Políticas públicas a favor de ese niño.

XII) La Comisión analiza que se tenga presente los principios de prevención y precaución en los productos de la biotecnología moderna, por ejemplo, los productos transgénicos. El principio de precaución debe atender a la vulnerabilidad humana, Además el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran.

XIII) Se denota la urgente implementación, a los efectos de la protección de los niños, niñas y adolescentes, de instalación en todas las circunscripciones judiciales de la provincia de Santa Fe de “Cámara Gesell” como mínimo resguardo ante situaciones de vulneración de derechos.

XIV) El proceso invisibiliza la violencia económica hacia la mujer. Un aporte es la aplicación de la ley vigente: La facultad discrecional de fijar cuota alimentaria se debe interpretar en clave de DDHH y conforme a la regla 20 de las “Reglas de Brasilia” fijar alimentos. Además, la representación de niñas, niños y adolescente en los procesos alimentarios quedará a cargo de sus abogados y no a cargo de las madres de los mismos.

**COMISION 3:** Moderadores y Relatores de las conclusiones.

Escribano Alejandro Toguchi – Escribana Stella Maris Estelrich -  
Escribana Mónica Zanazzi

Trabajos presentados y expuestos.

*1.- Reflexiones sobre la nueva Ley de Salud Mental en el campo de la Psicogerontología. - Graciela Booth - Fabiana Borda - Raúl Zamorano*

*2.- La labor del Notario ante el otorgamiento de Directivas anticipadas de salud - Maria Virginia Terk - Maria Laura Lembo*

*3.- El Poder al servicio del Derecho de Autoprotección - Maritel M. Brandi Taiana*

4.- *¿Protección? de las personas con discapacidad y de la legítima en el proyecto de reforma y unificación del código civil y comercial de la nación - Maritel M. Brandi Taiana*

5.- *El curador en el instrumento notarial. Cuestiones sustantivas e instrumentales. - Pedro Luis Landestoy Méndez*

6.- *Algunas consideraciones sobre Bioética y Bioderecho y las directivas anticipadas para tratamientos médicos - Graciela N. Gonem Machello*

7.- *Consideraciones sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y algunas reformas efectuadas por la Comisión Bilateral - Graciela N. Gonem Machello*

8.- *Directivas anticipadas. Inexistencia de expresión de la voluntad del paciente - Tomás Augusto Quarta – Laura Cecilia Miranda – Pablo Mariano Sukarevicius*

9.- *Capacidad, competencia y autonomía progresiva a la luz del Código Civil y el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial - Romina Andrea Rajmil*

10.- *El derecho al agua y las personas en situación de vulnerabilidad - María de las Nieves Cenicacelaya*

11.- *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad - Daniela Alvarez*

12.- *El contrato de alimentos en la legislación española. Posibilidad de su implementación como figura atípica en la Republica Argentina - Claudia Pagura*

Es necesaria la difusión de las directivas anticipadas de salud entre los profesionales juristas, los profesionales de la salud, y las

instituciones médicas a fin de garantizar el respeto a los derechos de autonomía y dignidad de las personas.

Es necesaria una revisión de la capacidad requerida por la ley para el otorgamiento de las directivas anticipadas, debiendo tenerse en cuenta los nuevos paradigmas de capacidad reconocidos por nuestra legislación.

Las directivas anticipadas para tratamientos médicos pueden constituir un instrumento eficaz para el respeto de la dignidad y de los derechos personalísimos de las personas vulnerables siempre que tengan en cuenta los principios de la Bioética personalista, especialmente los principios de defensa de la vida física y de libertad y responsabilidad y por consiguiente el deber moral del paciente de colaborar con los cuidados ordinarios y proporcionados para preservar su vida, que incluyen la alimentación e hidratación. A través de las directivas anticipadas podrá requerirse la supresión de medios extraordinarios o desproporcionados de terapia final y solicitarse cuidados paliativos.

*La ausencia de manifestación de la voluntad del paciente de suprimir el soporte vital, no puede suplirla la decisión de sus representantes, en el caso comentado, sus curadoras, por contradecir principios éticos y los principios básicos de nuestro derecho positivo, ya que la función esencial del curador consiste en velar por la vida de su curado y realizar todos los actos tendientes a lograr la rehabilitación de éste .*

La formación en Bioética personalista y en Bioderecho de escribanos, abogados y operadores jurídicos en general, es importante, en la actualidad, a fin de contribuir eficazmente a la defensa de la dignidad y de los derechos personalísimos de las personas vulnerables, del derecho



a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad y a una muerte digna —que no se logra con eutanasia activa ni pasiva, sino recurriendo a la ortotanasia y a cuidados paliativos—.

El Proyecto de unificación y reforma de los Código Civil y Comercial de la Nación inicia el camino hacia el tratamiento de aquellos actos de carácter personalísimo y especialmente los relacionados con la salud y el propio cuerpo, adoptando el principio del interés superior del niño, el derecho a participar y ser oído y la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, acorde con la Convenciones Internacionales de rango constitucional.

Se ha propuesto dentro de la comisión como herramienta jurídica al servicio del derecho de la autoprotección el “poder preventivo”, expresando que:

Es esencial **distinguir poder de mandato** y reconocer que el contrato de mandato es uno de los posibles negocios subyacentes del poder.

**Subyace en todo poder preventivo un Acto de Autoprotección** sujeto a sus propios requisitos independientes y distintos del contrato de mandato o de otros contratos que puedan coexistir con aquél.

Por sus propias características **el Poder Preventivo no se extingue por la discapacidad natural o judicial sobrevinida del poderdante sino que nace a la vida jurídica con ella.**

**El Poder Preventivo es una herramienta aplicable de lege lata** más allá de la conveniencia de la regulación del mismo.

Con respecto a la ponencia del patrimonio protegido. Del análisis , desde la práctica profesional y la conveniencia de la implementación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad en nuestro derecho , llegamos a la conclusión, sobre la necesidad de legislar este instituto , ya que conforma una herramienta que facilita la autosuficiencia económica y el desarrollo de las personas con discapacidad-(minoría)

Por mayoría. Se arbitren todas las medidas posibles para obtener beneficios impositivos con las herramientas jurídicas que contamos (fideicomiso, donación con cargo...) y que cumplen dicha función (mayoría).

*“EL CONTRATO DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA. POSIBILIDAD DE SU IMPLEMENTACION COMO FIGURA ATÍPICA EN LA REPUBLICA ARGENTINA”.*

Con respecto al contrato de alimento *El contrato de ALIMENTOS . “aquel por el cual una o varias personas (alimentista o cedente) se obligan frente a otras u otras a (alimentante o cesionario) a transmitir el dominio de un bien mueble o inmueble, u otro derecho real o incluso la facultad de goce o disfrute de un bien o derecho, a cambio de ser alimentado (generalmente in natura) y atendido o asistido con convivencia o sin ella, durante el tiempo que se pacte (generalmente la vida del alimentista) y con la extensión que asimismo se acuerde en medida variable, según las necesidades del alimentista”*

Los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual permiten en el derecho argentino, recurrir a figuras que aunque no tipificadas legalmente, puedan dar satisfacción a los intereses de los particulares con el límite de no perjudicar a terceros ni afectar el

orden ni la moral públicos. De lo expuesto surge la VIABILIDAD de su implementación en el tráfico jurídico.

Por mayoría. El contrato oneroso de renta vitalicia complementado con otros actos de autoprotección, respecto de las obligaciones de hacer, satisface los alcances de la figura planteada.

Que el carácter asistencial del contrato de alimento tiene acogida en la figura típica de contrato de renta vitalicia.

Con respecto a la Ley Nacional de Salud Mental se propició que no deben quedar como meros enunciados, ya que su sanción permite avanzar en la lucha por una organización ética, racional y científica en el campo de la Salud Mental.

Asimismo que las residencias geriátricas deben ser un lugar donde el adulto mayor despliegue la vitalidad que aún conserva de la manera más acorde a sus posibilidades y transformarlas en una institución de puertas abiertas a la comunidad, para evitar la cosificación del anciano.

En relación a la curatela se expresó que: Es una institución de *iure condendo* para el Derecho cubano. Todas las reflexiones esbozadas en estas páginas sobre ellas constituyen para mi contexto patrio una utopía. Mas esa utopía hoy no es tan lejana ni inalcanzable. Su presencia en el Anteproyecto del Código de Familia anuncia al gremio jurídico cubano su pronta presencia entre nosotros. Es por eso que resulta apremiante su estudio por parte de los Notarios cubanos quienes estaremos llamados a instrumentarla como toda la pléyade de instituciones jurídicas privadas. Este modesto trabajo espero que sirva para ese propósito, haciendo votos porque pronto la capacidad restringida no sea una institución virtual del Código Civil.

En cada decisión en relación al agua potable, las autoridades públicas deberán ponderar la situación de las personas en situación de vulnerabilidad con el fin de garantizarles un ejercicio igualitario de su derecho de acceder a agua segura.

# *PRÁCTICA NOTARIAL*



# **PAUTAS DE PRÁCTICA NOTARIAL ANTE EL OTORGAMIENTO DE DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS.**

María Laura LEMBO<sup>1</sup>

## **I- Introducción**

A modo de introducción debo destacar que el planteamiento de este tema es sumamente específico, dentro de la esfera de los derechos personales, tal como lo es el derecho supremo, e intrínseco de todo ser humano, a decidir sobre el cuidado del propio cuerpo, la salud, y la vida. El caso que me ocupa específicamente, es el otorgamiento de Directivas Anticipadas de Salud, cuya regulación legal se encuentra implementada a través de la Ley Nro. 26529, denominada “Ley de los

---

<sup>1</sup> Notaria titular de registro de la ciudad de Mendoza. Posgrado en Especialización de Documentación y Contratación Notarial. Asesora de la Cámara de Diputados de la Legislatura de la provincia de Mendoza. Autora del presente documento, en base a estudios de protocolos médicos en hospitales de la provincia.

Derechos del Paciente en relación con los profesionales e Instituciones de Salud” (sancionada el 21 de octubre de 2009, y promulgada el 19 de noviembre del mismo año); modificada por Ley Nro. 26.742, denominada popularmente “ley de muerte digna”, (sancionada el 09 de mayo de 2012, y promulgada el 24 del mismo mes y año) y reglamentada mediante Decreto 1089/2012, cuyo contenido ha sido objeto de numerosos trabajos, y doy por supuesto, para pasar directamente a algunas consideraciones a tener en cuenta en la Práctica Notarial.

## **II- Labor Notarial**

El objetivo principal del instituto, es otorgar a toda persona la facultad y el derecho, a decidir HOY sobre los cuidados de salud y preferencias a tener en cuenta, en los momentos finales de su vida.

Por ello, debemos tomar conciencia como notarios, formadores de derecho, que es necesario tomar un compromiso real con el acto que pretendemos otorgar, y de esta manera coadyuvar al crecimiento de esta entidad jurídica que es de vital importancia para el ser humano, y su dignidad.

En virtud, de tratarse de un instituto que requiere de un procedimiento pensado, razonado, asistido y asesorado por profesionales desde el punto de vista legal, y médico; se aconseja en la medida de lo posible el ejercicio de los siguientes actos:



## **II a) ACTOS PRE- ESCRITURARIOS:**

1- AUDIENCIAS PREVIAS: Mantener todas las audiencias previas que sean necesarias, para desentrañar la verdadera voluntad del disponente, ajustándolas al marco legal, y al criterio médico, siempre teniendo en cuenta la premura o no de la suscripción del documento, y del caso concreto en sí.

En esta ocasión sería oportuno contar con un formulario prediseñado por el notario en lo que a directivas de salud se trata, cuyo modelo será dado al final del presente trabajo.

2- REUNION CON PERSONAL MEDICO TRATANTE: Solicitar a nuestro requirente los datos de su médico de familia/ médico de cabecera/ o personal médico en el cual tenga depositada su confianza; puede ser sumamente beneficioso, a efectos de comunicarnos con el mismo; y mantener una reunión si es necesario; para salvar y o despejar todas las dudas posibles, en cuanto al contenido de las directivas médicas; y su interpretación desde el punto de vista médico, o en cuanto a los tecnicismos, y/o lenguaje médico específico que debemos utilizar en nuestro documento; todo ello con la finalidad de dar forma a la voluntad de nuestro requirente, sin incurrir en equívocos.

Es dable destacar que nuestra labor profesional, escapa notablemente de los conocimientos específicos en temas de salud, para lo cual debemos recurrir necesariamente a la figura del medico de confianza, si lo hubiere; en carácter de colaborador del documento, y asistente del mismo.

Esta tarea puede ser efectuada por el notario en reunión con el médico; o puede ser llevada a cabo por el requirente directamente con el médico (tratando en este caso, de elaborar entre ambos: paciente y médico; el contenido de las directivas).

3- INFORMACIÓN SOBRE ASISTENCIA MEDICO/ SANITARIA: El requirente, debe aportar la información adecuada, acerca de la asociación a hospitales, clínicas, y/o instituciones médicas o sanitarias determinada; y en su caso la mención de la OBRA SOCIAL que le corresponde, a fin de ANOTICIARLE a esta entidad de la existencia del documento y el contenido del mismo.- Verificar, consultar, o investigar si existe en dicho nosocomio, o entidad medico sanitaria, el PROTOCOLO correspondiente, al procedimiento de actuación frente al dictado de directivas medicas anticipadas.- En caso negativo instar, alertar, y/o coadyuvar en la medida de lo posible, de la necesidad de la creación de un protocolo correspondiente.

4- REUNION CON ASESORIA LEGAL: Solicitar reunión en la medida de lo posible con el cuerpo de Asesoría Legal de la institución correspondiente, a fin de se tome conocimiento de la obligación que tiene el equipo técnico y/o médico, a RESPETAR LAS DIRECTRICES otorgadas anticipadamente, en materia de salud, con expresa liberación de toda la responsabilidad.

De este modo, y sólo de esta manera podremos lograr UN DOCUMENTO UNICO, CLARO Y CONCISO, que tenga validez jurídica y produzca fehacientemente sus efectos, en lo futuro.- Acortando la posibilidad de que el caso sea llevado al Comité de Bioética, y/o más

grave aún a los estrados judiciales; ya que mientras tanto y hasta que dichos estamentos, (ya sea el Comité de Bioética, o el Juez, propiamente dicho) otorgue dictamen correspondiente; el/los médico/s van a propender a utilizar todos los mecanismos, y/o tratamientos médicos necesarios para preservar la salud, aun en casos en que los métodos utilizados, hayan sido expresamente RECHAZADOS mediante el otorgamiento de directivas anticipadas.

En este caso, estaríamos frente al fracaso de nuestro documento no por falta de forma, no por falta de requisitos, ni por la falta de algún elemento intrínseco requerido para la validez del mismo (como: presencia de testigos, juicio de capacidad del notario, del disponente sobre si mismo, o de los testigos, etc.); si no por la inoperancia del propio instrumento en sí. Nos encontramos entonces frente a un supuesto en el cual, el documento es plenamente válido, pero inoperante en cuanto a sus efectos, ya que la finalidad para el cual fue creado, y elaborado con el máximo cuidado profesional del notario autorizante; pensado y razonado seriamente, probablemente por un largo tiempo hasta tomar la decisión por parte del otorgante, y la puesta en movimiento de todo el mecanismo; quedará en vano.

## **II b) ACTOS POST- ESCRITURARIOS:**

1-INCLUSIÓN EN LA FICHA CLINICA: Por último debemos tener en cuenta que NUESTRO DOCUMENTO de DIRECTIVAS, va ser utilizado únicamente en sede médica, y ante un supuesto de enfermedad terminal, irreversible, o de extrema gravedad, que conecte los

límites de VIDA O MUERTE de la persona del otorgante. Por lo tanto, ya que será utilizado por personal médico, o equipo de salud tratante, debemos bregar imperiosamente por el cumplimiento de la obligación de la inclusión de las directivas en la ficha clínica de nuestro requirente, (obligación expresamente incluida en la normativa referida ut.supra,). Es necesariamente importante que la documentación llegue a manos del médico de cabecera del otorgante, para tomar cabal conocimiento del contenido de las disposiciones, y lograr así la consiguiente INCLUSIÓN del mismo.

No obstante la reciente creación de Registros Públicos en distintas demarcaciones; que permiten la publicidad del acto, y llevan intrínseco la posibilidad de conocimiento de la existencia de directivas otorgadas; por el médico tratante, personas designadas, juez, etc.- No podemos desconocer que el momento en el cual se utilice el documento de otorgamiento anticipado, podrá ser un caso de extremada urgencia, o posible gravedad, en cuya situación no habrá tiempo posible de solicitar un certificado al registro respectivo.

2- NOTIFICACIÓN DEL ACTO: Con dicha finalidad sería negligente la elaboración de un documento, cuya forma debe ser redactada libremente, y materializada indistintamente a través de un documento privado (Recibo Simple) o instrumento público, protocolar o extraprotocolar (Acta de Notificación) mediante el cual la institución médica, si correspondiese, en el caso concreto, reciba el documento de las directivas médicas, y el contenido de las disposiciones de salud determinadas por la manifestación de voluntad del disponente;

suscribiendo el mismo, y asumiendo de este modo expreso conocimiento del otorgamiento del acto.- Se otorgará un modelo simple de Recibo, al final del presente trabajo.

3- INSCRIPCIÓN en el REGISTRO CORRESPONDIENTE:

Proceder a la inscripción en el registro local, y en caso de no existir registro en nuestra jurisdicción, en el Registro Nacional creado al efecto, a cargo del Consejo Federal del Notariado Argentino.- El plazo para la registración del documento puede variar, según la demarcación de que se trate.- En la rogatoria de inscripción se debe mencionar el otorgamiento de directivas sobre salud, y transcripción de las mismas, previa autorización del rogante.- Cabe destacar que en algunas demarcaciones se prevé en dicho registro no sólo la inscripción, si no también la guarda del documento en el área de Actos de Autoprotección, como así también sus modificatorias y revocatorias.

Para concluir, hay que tener en cuenta que las pautas mencionadas, son orientativas, y tendrán que ver con el grado de compromiso que le imprima el notario a la elaboración del documento, a las posibilidades ciertas y concretas de ejecución de las mismas, y a la relación costo-honorarios que conllevan las mismas, siempre apuntando al mejor criterio en cuanto al caso concreto que se nos presente.



**ESCRITURA DE AUTOPROTECCIÓN.- DIRECTIVAS ANTICIPADAS SOLICITADAS POR... ESCRITURA NUMERO ....**- En la Ciudad de Mendoza, República Argentina, el ... **de ... de DOS MIL CATORCE**, ante mí: **MARIA LAURA LEMBO**, Notaria Pública, Titular del Registro número **QUINIENTOS TRECE** de Capital, **COMPARECE:** La señora..., argentina, Documento Nacional de Identidad..., CUIT/L..., quien manifiesta ser de estado civil ... domiciliada en ...de esta Ciudad.- Mayor de edad, capaz para este acto, quien acredita su identidad conforme art. 1002 inc. c) del código civil, doy fe.- **INTERVIENE:** Por sí, y en su propio derecho.- **Y** en presencia de las testigos, a quienes les consta la capacidad y discernimiento de la otorgante; señoras: ..., argentina, Documento Nacional de Identidad Número ...; domiciliada en calle ..., de esta Ciudad; y ..., argentina, Documento Nacional de Identidad Número...; domiciliada en calle ...de esta provincia; **EXPONE: CAPITULO PRIMERO - DIRECTIVAS MÉDICAS:** Que estando en plena capacidad de ejercer sus derechos, y en uso de las facultades conferidas por Ley Nro. 26.529, modificada por Ley Nro. 26.742; Y en el supuesto de encontrarse en condiciones en las que no pueda decidir sobre su atención médica, a raíz de su deterioro físico y/o mental; ya sea por impedimento de comunicarse en forma oral y/o escrita; por encontrarse en un estado clínico de los enumerados en el punto D) de la presente declaración; y si dos médicos o la mayoría del equipo médico que la recibe en el hospital, coinciden en que su fase

es IRREVERSIBLE y/o TERMINAL; su voluntad incuestionable es la siguiente: **A)** Que **NO** se le efectúen **MANIOBRAS DE RESUCITACIÓN**, y que **NO SE DILATE SU VIDA** por medios artificiales, tales como técnicas de soporte vital, flúidos intravenosos, diálisis, respirador artificial, medicamentos curativos o suministro artificial.- **B)** Que se le suministren los fármacos necesarios para paliar al máximo su sufrimiento psíquico y dolor físico causados por la enfermedad, o por falta de fluidos o alimentación, aún en el caso de que puedan acortar su vida.- **C)** Que **NO** se la ingrese a **TERAPIA INTENSIVA**, bajo ningún concepto.- **D)** Los estado clínicos a los que hace mención más arriba son: **1-** daño cerebral severo e irreversible.- **2.-** Tumor maligno diseminado en fase avanzada.- **3.-** Enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o del sistema muscular en fase avanzada, con importante limitación de su movilidad.- **4.-** Demencias pre-seniles, seniles, o similares.- **5.-** Enfermedades o situaciones de gravedad comparables a las anteriores, tales como; cuadros de ACV en fase que determine daño permanente de las funciones intelectuales y cognitivas, parálisis facial y/o cerebral.- **E.-** Manifiesta asimismo que libera a los médicos y a la institución médica que la atienda; de toda responsabilidad civil, administrativa y penal que pueda derivarse, por llevar a cabo los términos de esta declaración, conforme lo dispone el art. 11 de la ley 26.529, modificada por Ley 26.742, art. 2, inc. e) y concordantes.- Por lo que espera que tanto su familia, médicos, amigos, y todo el que esté comprometido en su atención, se consideren legal y moralmente obligados a actuar de acuerdo con sus deseos, y que al hacerlo



## ESCRITURA DE AUTOPROTECCIÓN

estén libres de responsabilidad legal, moral y/o religiosa.- Solicitando además la inclusión de las presentes directivas en su historia clínica, conforme a ley.- **F.-** Se reserva el derecho de revocar esta declaración en cualquier momento, en forma oral o escrita.- Por la presente designa a las siguientes personas, para que den fiel cumplimiento a las directivas precedentes; actuando una en defecto de la otra, en el siguiente orden: En primer lugar, a la señora... Documento Nacional de Identidad Nro. ... domiciliada en calle ... número..., distrito ..., departamento ... de esta provincia, Tel: ... En segundo lugar, a la señora ... Documento Nacional de Identidad Nro. ... domiciliada en calle ... número ..... distrito ..., departamento ... de esta provincia, Tel: ...; y en tercer lugar a la señora ... Documento Nacional de Identidad Nro. ... domiciliada en calle ... número ... distrito ..., departamento ... de esta provincia, Tel: ...; quienes están presentes en este acto, y manifiestan; conocer la capacidad, discernimiento y competencia de la compareciente-

**CAPÍTULO SEGUNDO- DIRECTIVAS PERSONALES:** La compareciente encomienda a las anteriormente nombradas, para que actuando en el mismo orden: **A)- NO permitan el INGRESO a SU VIVIENDA** por ninguna causa, esté ella o no presente en el domicilio, a ninguna persona de su familia: hermanos sobrevivientes, cuñados, sobrinos, sobrinos-nietos, etc; con expresa excepción de su **único hijo**: ... quien tendrá libre acceso.- **B)-** En caso que hubiere visitas a su domicilio, que no estén comprendidas en la prohibición del párrafo anterior; se les permita el ingreso, previa autorización de la/s comitente/s, con presentación del Documento Nacional de identidad, lo

que quedará registrado en un cuaderno de visitas, llevado al efecto.- **C).**- Que su voluntad es **PERMANECER EN SU HOGAR** CUIDADA POR ASISTENTES GERONTOLÓGICOS, Y no QUIERE ser internada en una INSTITUCIÓN geriátrica o similar.- La compareciente solicita de la notaria autorizante proceda a la inscripción de la presente en el Registro de Actos de Autoprotección de la provincia de Mendoza, autorizando expresamente la transcripción de las Directivas Médicas otorgadas en este acto.- **LEÍDO** y ratificado su contenido así la otorgan y firman; la compareciente, las testigos, y las señoras designadas, quienes lo hacen en prueba de la aceptación del cargo; todo por ante mí, doy fe.

## 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 Times New Roman n° 12, interlineado doble, con una extensión de no más de 30 páginas con 22 renglones cada una, sin contar las citas bibliográficas. Dichas citas deben incluir los siguientes datos: autor/es de la obra: apellido, nombre; título de la obra (en cursiva); edición; si es traducción, consignar nombre y apellido del traductor; lugar de edición, si no figura: “s/l” (sin lugar); editorial; año de edición; tomo o volumen utilizado; página/s. Cuando se trate de artículos de revistas, luego del nombre del autor, se debe consignar el título del artículo (en cursiva), nombre y número de la revista, año, páginas. Cuando se trate de publicaciones electrónicas se debe consignar: autor/es de la obra, título (en cursiva), dirección electrónica completa y fecha de obtención de la información por Internet.

Los trabajos serán considerados por los integrantes del Comité de Referato.

Invitamos a todos los profesionales del Derecho y de otras disciplinas a publicar en este espacio trabajos de su autoría relacionados con la temática planteada.

IDeI



IMPRESO EN SEPTIEMBRE DE 2014  
EN GRAFICARTE – GALVEZ 689  
TEL. 0341-485-4002 – ROSARIO  
SANTA FE – ARGENTINA





