



# REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

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

---

REVISTA Nro 9 – AÑO 5

## **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  
Roberto Augusto Lucero Eseverri  
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: Palacio de los Leones, Municipalidad de la ciudad de Rosario (Autoría Enrique Jorge Arevalo- IDEI)

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

Podrá acceder libremente a la revista del IDEI en formato PDF en [www.escribanos-stafe2da.org.ar](http://www.escribanos-stafe2da.org.ar)

Registro de la Propiedad Intelectual Nro 918625



## **Miembros del Instituto de Derecho e Integración**

### **Directora**

Alicia Beatriz Rajmil

### **Sub-Director**

Marcelo Daniel De Laurentis

### **Secretario**

Enrique Jorge Arévalo

### **Miembros Plenos**

María Eugenia Boretti  
Lilia Graciela Castelan  
Silvia Beatriz Di Boscio  
Stella Maris Myriam Estelrich  
Gloria Argentina Gover  
Analía Teresa Lamas  
Roberto Augusto Lucero Eseverri  
Pedro Eugenio Marzuillo  
Alejandro Toguchi  
Mónica Susana Zanazzi

### **Miembros Adherentes**

Dariel Oscar Barbero  
Erika Silvana Bramatti  
Mercedes Piñeiro  
María Claudia Torrens

### **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

Raúl Ángel González Theyler

Iván Dekanty

Patricia Elena Manti

Alejandro Toguchi

Ricardo Daniel Pasquinelli

**Vocales Suplentes**

Raquel Guadalupe Monti

María Florencia Brunelli

Susana María Rostagno

Jorge David Contreras

Georgina Mabel Todeschini

**Síndicos de la Caja Notarial**

Patricia Prioti

Gonzalo Jorge Sánchez Almeyra



## **SUMARIO**

Volumen 1 – Nro 9 – Septiembre Año 2013

**I Editorial**.....pág.

### **II Doctrina**

Ley 26.657: Acceso a la Justicia de niñas,  
Niños y adolescentes internados por salud  
Mental y adicciones.....pág.

*Dr. Juan Pablo OLMO*

Diez interrogantes sobre el juicio notarial  
De capacidad: un intento de posibles  
Respuestas.....pág.  
Not. *Leonardo B. PÉREZ GALLARDO*

Fideicomiso Testamentario y Legítima  
Hereditaria.....pág.

*Not. Mariana BLANCO*

*Not. María Florencia BRUNELLI*

El proceso de toma de decisiones médicas  
en pediatría: el rol del paciente.....pág.

*Dra. María Susana CIRUZZI*

### **III Legislación**

Decreto Reglamentario Nro 603/2013  
de 2013 de Ley de Salud Pública N° 26.657.....pág.

Comentario: El régimen de internaciones en  
El Decreto 603/13 Reglamentario de la Ley  
Nacional de Salud Mental .....pág.

*Dr. Juan Pablo OLMO*

### **IV Jurisprudencia**

Sentencia Número 254 de la Sala Penal del  
Tribunal Superior de Justicia de la

Provincia de Córdoba.....pág.  
Comentario a Fallo: La protección de las personas  
en situación de vulnerabilidad desde la perspectiva del  
Derecho Penal.....pág.  
*Not. Enrique Jorge ARÉVALO*

Sentencia Número 239 de la Sala de lo Civil y  
de lo Administrativo del Tribunal Supremo  
Popular República de Cuba .....pág.

Comentario a fallo: De la acción de reducción de los  
legados como vía de protección a una hija incapacitada  
judicialmente, legitimaria, preterida por el testador.....pág.  
*Not. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO*

## **V Jornadas y Congresos**

“Taller sobre Actos de Autoprotección y otras  
herramientas jurídicas relacionadas”.  
Conclusiones.....pág.

## **VI Práctica Notarial**

Acto de Autoprotección: Directiva anticipada de salud  
correspondiente a practicantes del culto de Testigos de  
Jehová. Proyecto de Escritura.....pág.  
*Not. Marcela Viviana SPINA.*

Renta Vitalicia.....pág  
*Alicia Beatriz RAJMIL*

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

## EDITORIAL

Afianzar y promover la función social del notariado argentino debe ser hoy un objetivo prioritario en la agenda de las instituciones que nos representan. Los tiempos actuales imponen profundizar su compromiso con las necesidades de las personas y de las familias y con la protección de los derechos de todos los seres humanos, especialmente de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Para ello es necesario la actualización y capacitación permanente del escribano y su trabajo mancomunado con otras disciplinas afines.

El IDEI ha adoptado como eje de estudio y profundización, la estrecha vinculación existente entre los conceptos de “Vulnerabilidad” y “Derecho”. En el análisis de este vínculo se centran las actividades científicas programadas para este año y para mayo del 2014. Los trabajos incluidos en estas páginas sostienen las mismas premisas. Resulta ineludible vincular estos dos conceptos cuando se trata de garantizar el ejercicio de los derechos, la dignidad y la libertad de aquellas personas que, por diferentes circunstancias —edad, enfermedad psíquica o física, discapacidad y otras situaciones— se enfrentan a barreras u obstáculos que dificultan su plena integración a la sociedad en igualdad de condiciones y oportunidades que las demás personas.

Entre los temas que se abordan en este nuevo número de nuestra revista, encontramos trabajos doctrinarios que analizan los derechos de los menores de edad en el ámbito de la salud. Por un lado relacionado con la competencia bioética del paciente pediátrico y el consentimiento informado. Por otro lado, su situación jurídica en relación a la salud mental. El fideicomiso testamentario, poco conocido aún por los operadores del Derecho, nos enseña, desde estas páginas, sus limitaciones y posibilidades. El juicio de capacidad notarial es analizado desde la óptica del derecho cubano, el cual, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, resulta una exigencia legal para el escribano.

Como novedad, iniciamos una nueva sección sobre “práctica notarial”, con la intención de colaborar desde una óptica concreta y práctica a la elaboración de herramientas jurídicas idóneas para proteger los derechos fundamentales de las personas. Presentamos aquí a la “renta vitalicia”, regulada en nuestro código velezano pero poco utilizada en la práctica, como una interesante figura para garantizar la vida digna y el bienestar de personas en situación de vulnerabilidad, y un ejemplo de escritura pública sobre directivas anticipadas en salud para las personas que profesan el culto de los Testigos de Jehová.

Dos fallos de interés son comentados en la sección “Jurisprudencia”. Uno de ellos sobre una figura penal poco atendida por el notariado argentino y que sin embargo debemos tener presente

en nuestra diaria labor, la “circunvención de incapaces”. El otro fallo, dictado por un tribunal cubano, se refiere a los derechos de las personas con discapacidad en la sucesión testamentaria. Si bien el tratamiento del tema en dicho país difiere de nuestro régimen sucesorio vigente, tiene vinculación con la propuesta de reforma que plantea el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente en estudio, así como con la interpretación adecuada y la aplicación de las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto es importante en momentos en que el Comité de dicha convención, advierte a la República Argentina, sobre la resistencia del Poder Judicial al régimen de apoyos para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, que el tratado sostiene.

Finalmente publicamos las conclusiones del Taller sobre Autoprotección y otras Herramientas Jurídicas organizado por el IDEI, que se llevó a cabo en el mes de junio en la sede de nuestro colegio.

Invitamos a los lectores de estas páginas, a sumarse a nuestras actividades y a participar, desde el lugar y las posibilidades de cada uno, en este proyecto que construimos paso a paso, día a día, desde hace cinco años, en pos de una sociedad más justa e igualitaria.

*DOCTRINA*



# LEY 26.657: ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INTERNADOS POR SALUD MENTAL Y ADICCIONES<sup>1</sup>

Juan Pablo OLMO<sup>2</sup>

## SUMARIO

1. Marco teórico: régimen de internaciones. 2. Viabilidad de las internaciones forzosas a la luz de la CDPD. 3. Definición de internación y otras modalidades de alojamiento institucional. 4. Alcances del consentimiento informado en niñas, niños y adolescentes. 5. La actuación del Defensor como garantía de acceso a la justicia. 6. El

---

<sup>1</sup> Versión adaptada de la ponencia “Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes internados en establecimientos para la atención de la salud mental (leyes 26.378 y 26.657)” presentada en las Jornadas Nacionales Discapacidad y Derechos, 30 y 31 de mayo de 2013, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

<sup>2</sup> Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Docente en la materia “Derecho de Familia y Sucesiones” (Facultad de Derecho, UBA). Curador Público, a cargo de la Curaduría Pública N° 2 entre septiembre de 2009 y febrero de 2012; actualmente a cargo de la “Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657” de la Defensoría General de la Nación (Ministerio Público de la Defensa, República Argentina).

impacto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. 7.  
Resumen final.

## **RESUMEN**

Este trabajo aborda la temática referida a las internaciones de personas en establecimientos para la atención de la salud mental y las adicciones. Puntualmente, está enfocado a las especificidades que plantean las internaciones de niñas, niños y adolescentes, es decir, de personas de menos de 18 años de edad.

Lo que se busca es visibilizar el impacto que han tenido en la jurisprudencia los principales postulados que recogen en el plano internacional la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (leyes 23.849 y 26.378, respectivamente); en lo que entendemos un delicado equilibrio entre el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes, por un lado, a una adecuada protección y, por el otro, a tomar sus propias decisiones a medida que evolucionan en sus facultades.

Para ello, el trabajo da cuenta de la experiencia obtenida en el ejercicio de la defensa de niñas, niños y adolescentes a través de la figura del Defensor que prevé el art. 22 de la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657, como garantía de acceso a la justicia de este colectivo en especial situación de vulnerabilidad; en tanto que el campo de análisis se circunscribe a la jurisprudencia —inédita— de la Justicia

Nacional en lo Civil con relación a las internaciones producidas en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Se abordan temas tales como: definición de internación y otras modalidades de alojamiento institucional; carácter involuntario de la internación de niñas, niños y adolescentes; alcances del consentimiento informado; defensa pública y control judicial de las internaciones.

Resta señalar que la reseña de jurisprudencia que se lleva a cabo a lo largo del trabajo refleja las respuestas que ha dado la justicia nacional ante planteos concretos que se han suscitado a la luz del régimen de internaciones regulado en la legislación vigente. Sin embargo, aquellos resultados también serán confrontados con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que actualmente se encuentra en pleno debate parlamentario, a fin de proyectar a futuro dichas soluciones jurisprudenciales.

#### **ABSTRACT**

This work deals with the hospitalization of individuals in different institutions for mental health and for addictions. Specifically, it is focused on particularities that may appear in children and teenagers' hospitalization, in other words, in individuals under 18 years old.

What is sought for is showing the impact main postulates – gathered by the Convention on the Rights of Children and the Convention on the Rights of Individuals with Disabilities (Laws Nos. 23849 and 26378, respectively) from the international scenario- have

had in jurisprudence. We understand that there is a delicate balance between the rights of children and teenagers to an adequate protection and the right they have to take their own decisions according to the development of their capacities.

Therefore, this work shows the experience that has been obtained through the defense of children and teenagers through the figure of the defender foreseen by the National Mental Health Law N° 26.657, art. 22, as a guarantee individuals under special conditions of vulnerability have to access to justice. On the other hand, the analysis is focused on jurisprudence –unpublished- of Civil National Justice concerning hospitalizations occurred in Buenos Aires City. Subjects tackled are such as: hospitalization's meaning and other forms of institutional accommodation; involuntary character of children's and teenagers' hospitalization; effect of informed consent; public defense and judicial control on hospitalizations.

It remains to be noted that jurisprudence cited in this work reflects the answers that national courts have given to specific requests raised under the current hospitalization regulations. Nevertheless, those results have also been confronted with the Project of the National Civil and Commercial Code that is currently being discussed at the Parliament in order to project those jurisprudence's solutions in the future.

## **PALABRAS CLAVES**

Internaciones – Defensor Público – Abogado del Niño – Niñas, Niños y Adolescentes – Discapacidad – Salud Mental – Adicciones – Acceso a la justicia – Consentimiento informado – Autonomía Progresiva – Convención sobre los Derechos del Niño – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Ley Nacional de Salud Mental (República Argentina) – Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (República Argentina).

### **KEY WORDS**

Hospitalization – Public Defender – Child’s Lawyer – Children and Teenagers – Disability – Mental Health – Addictions – Access to Justice – Informed Consent – Progressive Autonomy - Convention on the Rights of the Child - Convention on the Rights of Individuals with Disabilities – National Mental Health Law (Argentine Republic) – National Civil and Commercial Code Project 2012 (Argentine Republic).

### **1. Marco teórico: régimen de internaciones.**

En la Ciudad de Buenos Aires el control judicial de las internaciones está regulado por la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657 del año 2010<sup>3</sup>, que a través de su art. 44 vino a derogar la anterior ley 22.914 sobre "Internación y Egreso de Establecimientos de Salud Mental". La nueva ley trata específicamente lo referido a las

---

<sup>3</sup> Sancionada en fecha 25/11/2010, promulgada mediante decreto 1855/10 del 02/12/2010 y publicada en el Boletín Oficial en fecha 03/12/2010.

internaciones en sus arts.14 a 29 (capítulo VII: Internaciones), 30 (capítulo VIII: Derivaciones), 43 (capítulo XII: Disposiciones complementarias, que modifica el art. 482 del Código Civil) y demás concordantes, entre ellos: 3, 5, 7, 10 y 40. Asimismo, el art. 2 (Capítulo I: Derechos y garantías) introduce como parte integrante de la ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental<sup>4</sup>.

En efecto, la ley 26.657 configura un piso mínimo e indisponible para las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las cuales podrán dictar sus propias normas en la materia con el objeto de ampliar el ámbito de los derechos garantías. De modo que, en las distintas jurisdicciones se aplicarán los controles de internación regulados en sus leyes locales, en tanto prevean un mejor estándar de protección que el fijado por la ley nacional. Caso contrario, o bien no existiendo ley local, se aplicará directamente la ley nacional.

La ley 26.657 refiere a un régimen de internaciones dirigido a toda persona, sin distinción de edad, y sea que se le haya restringido su capacidad jurídica o no. Regula básicamente dos tipos de internaciones: voluntarias e involuntarias.

Las internaciones son voluntarias cuando el consentimiento libre e informado (prestado en estado de lucidez y con comprensión de la situación) es expresado en forma positiva y por escrito, por el propio paciente mayor de edad y con capacidad jurídica a tal fin, debiendo

---

<sup>4</sup> En adelante Principios de la ONU. Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991.

mantenerse durante todo el tiempo que dure la internación. La persona podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación. En principio, estas internaciones no son controladas judicialmente, pero si se prolongan por más de sesenta días corridos el equipo de salud a cargo debe comunicarla para su control judicial (art. 18, ley 26.657).

En cambio, en caso de que la persona se oponga a la internación, de no prestar el consentimiento por no poder hacerlo, o bien que el mismo sea otorgado por una persona de menos de 18 años de edad o a la que se le haya dictado restringido su capacidad jurídica, o por su representante legal, en cualquier caso la internación se reputará involuntaria. En estos casos la internación deberá ser comunicada inmediatamente en un plazo de diez horas al Órgano de Revisión y al Juez, quien podrá autorizarla, o denegarla y asegurar la externación de forma inmediata (art. 21 incs. a] y c], respectivamente). Para el caso de que la persona internada —o su representante legal— no elija un abogado en forma particular, el Estado deberá proporcionarle un Defensor Oficial que ejerza su defensa técnica desde el momento de la internación (art. 22). Una vez convalidada judicialmente la internación, se realizarán controles judiciales periódicos (art. 24).

Es decir, que las internaciones de personas menores de edad serán reputadas siempre como involuntarias a pesar de contar con el consentimiento del propio interesado o de su representante legal (art.

26, ley 26.657) y, por lo tanto, se le deberá asegurar la actuación de un defensor desde el inicio de la internación (art. 22, ley 26.657).

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la defensa oficial de niñas, niños y adolescentes internados por salud mental y adicciones se ejerce a través de la “Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657” de la Defensoría General de la Nación (Ministerio Público de la Defensa).

## **2. Viabilidad de las internaciones forzosas a la luz de la CDPD.**

El art. 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>5</sup> no prohíbe las internaciones forzosas de personas con discapacidad en general, ni de las personas menores de edad en particular. Pero sí hay un límite previsto en dicha normativa: los motivos que habilitan una internación forzosa deben ser de aplicación igualitaria a toda persona, de modo que no sea la discapacidad en sí

---

<sup>5</sup> Art. 14, CDPD: “Libertad y seguridad de la persona. 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás :a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables”.

misma la que legitime la internación, sea en forma directa o indirecta, sino algún parámetro objetivamente considerado como ser v.gr., la verificación de “riesgo cierto e inminente para sí o para terceros” tal como lo prescribe la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657 en su art. 20.

### **3. Definición de internación y otras modalidades de alojamiento institucional.**

A diferencia de lo que ocurría durante la vigencia de la ley 22.914, la cual refería a la internación de personas *"en establecimientos públicos o privados de salud mental o de tratamiento para afectados de enfermedades mentales, alcohólicos crónicos o toxicómanos"*; actualmente, además de los casos donde se ha verificado que el establecimiento *"tenga como función primaria la atención de la salud mental"*, es necesario discernir en los demás casos dudosos si aquéllos reúnen o no las características de una internación por salud mental en el marco del art. 482 del Código Civil y ley 26.657 —la cual, incluso, ya no podrá ser calificada como "internación psiquiátrica"—, entendida como un *"recurso terapéutico de carácter restrictivo"*, que *"debe ser lo más breve posible"* (arts. 14 y 15, ley 26.657, respectivamente) y para *"la atención de la salud mental"* (Principios de la ONU, definiciones), incluyendo las *"adiciones"* (art. 4, ley 26.657), por lo que en ningún caso puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda (art. 15, ley 26.657). A tal fin, se deberá tener en cuenta que no todo alojamiento de una persona

con una discapacidad mental en una institución puede ser considerado una “internación”. Pero a su vez, se deberá prestar especial atención ya no solamente en el nombre de la modalidad del servicio, sino también en las condiciones en que efectivamente se verifica el alojamiento de la persona en un determinado establecimiento que, en principio, pudiera desde lo formal no estar destinado a que en él se lleven a cabo internaciones en los términos mencionados anteriormente.

Es decir, hay establecimientos donde se llevan a cabo internaciones por salud mental y adicciones, las que, en caso de involucrar personas menores de edad, deberán ser siempre controladas judicialmente y con la necesaria actuación de un Defensor (cf. arts. 20, 22 y 26, ley 26.657); y, asimismo, existen otros tipos de instituciones en las cuales si bien en principio allí no receptorían internaciones en los términos de la ley 26.657, eventualmente el alojamiento de alguna persona podría ser asimilable a una “internación”. Es decir, en este último caso no alcanza con analizar únicamente el tipo de establecimiento, sino que además hace falta reparar en las condiciones en las que efectivamente se desarrolla la permanencia de la persona alojada y su abordaje terapéutico, para determinar si en ese caso el control jurisdiccional al menos cabe por la vía de excepción.

Siguiendo esta línea de argumentación, ha habido planteos judiciales rechazando la posibilidad de que determinados alojamientos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad sean tratados como “internaciones” en los términos de la ley 26.657. Si bien dichos planteos

en todos los casos han sido resueltos favorablemente, cable aclarar que ello no obsta que se pueda continuar con los correspondientes controles judiciales pero desde otro encuadre: ya sea en los términos de un “control de legalidad” de la medida excepcional adoptada en sede administrativa por la autoridad local de aplicación (arts. 39 y sgtes. de la ley 26.061)<sup>6</sup>, o bien de una “protección especial” puesto que en cualquier caso la persona se encuentra privada de su medio familiar (art. 20.1 de la CDN)<sup>7</sup>. A continuación se procede a consignar las citas correspondientes: 1) Fallo: “M., P. G. s/ Art. 482 del Cód. Civil”, de fecha 23/08/2012, Juzgado Civil N° 83 (en el caso se trataba de un alojamiento en un Hogar con Centro Educativo Terapéutico); 2) Fallos: “V., T. L. s/ Art. 482 del Cód. Civil” y “V., L. s/ Art. 482 del Cód. Civil”, ambos de fecha 12/11/2012, Juzgado Civil N° 9 (en este caso eran dos hermanos alojados en un Hogar con Centro de Día); 3) Fallos: “A., G. D. s/ Control de internación – Ley 26.657” y “A., B. D. s/ Control de internación – Ley 26.657”, ambos de fecha 26/12/2012, Juzgado Civil N° 23 (aquí los hermanos se encontraban alojados en un

---

<sup>6</sup> “Medidas excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio...” (art. 39) “Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia en cada jurisdicción...” (art. 40).

<sup>7</sup> Art. 20, CDN: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

Hogar de Atención Especializada). En todos los casos se trata de fallos inéditos.

#### **4. Alcances del consentimiento informado en niñas, niños y adolescentes.**

A diferencia de lo que ocurre con las internaciones de las personas mayores de edad, donde serán consideradas “voluntarias” —y por ende, en principio, no controladas judicialmente— aquellas que hayan sido consentidas en forma libre e informada por la propia persona internada, en el caso de niñas, niños y adolescentes no está prevista esta posibilidad ya que serán reputadas “involuntarias” en cualquier caso.

Uno de los principales desafíos de la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido la necesidad de equilibrar el derecho del niño a recibir protección adecuada y apropiada, por una parte, y, por la otra, su derecho a participar y asumir las responsabilidades que derivan de las decisiones y acciones que ya tienen la *competencia* de afrontar por sí mismos. Así, cabe distinguir entre los derechos participativos o emancipadores, que se van transfiriendo al niño gradualmente, y los derechos protectores de la infancia de carácter universal, que se aplican independientemente de las facultades individuales del niño. Este último catálogo de derechos está íntimamente relacionado con las protecciones contra la explotación y los abusos. En efecto, existen situaciones en las cuales tiene vigencia el derecho absoluto a la protección y al respeto de

la integridad física —que la CDN exige independientemente de la edad del niño— y en las que la competencia del niño no incide de ninguna manera. Es decir, los niños, por competentes que sean, no pueden elegir renunciar a sus propios derechos, puesto que éstos son —o deberían ser— protecciones universales que cubren a todos los niños (ejemplo: establecimiento de una edad mínima para participar en conflictos armados, para consentir relaciones sexuales, para contraer matrimonio, etc.).

Así las cosas, reconocido el delicado límite entre el derecho del niño a otorgar el consentimiento informado en lo referido al cuidado de su salud mental, y el deber de protección impuesto al Estado a fin de evitar abusos cuando la modalidad de tratamiento es bajo el régimen de internación, la ley 26.657 se ha inclinado por propiciar esta última solución a los fines del control de la internación, atribuyéndole entonces el carácter de involuntaria.

Ello no obsta a que la persona menor de edad que tenga suficiente competencia pueda consentir por sí misma su propia internación y, en ese caso, que dicho consentimiento deba ser recabado por parte del equipo de salud. En efecto, la ley 26.657 no sólo no le resta importancia al consentimiento informado de niñas, niños y adolescentes sino que tampoco puede inferirse de la lectura detenida de su art. 26 que dicho consentimiento sea irrelevante y por ende que no importa lo que opine la persona con relación a su internación. Simplemente ocurre que dicho consentimiento otorgado no tiene la

suficiente proyección como para considerar voluntaria la internación y darle dicho trámite tal como sí ocurre en el caso de los adultos. En efecto, dicho consentimiento deberá ser otorgado por la niña, niño o adolescente de conformidad con los lineamientos de la ley 26.061, tal como así lo prescribe el propio art. 26 de la ley 26.657, pero la internación igualmente se reputará involuntaria a los fines de rodearla de todas las garantías que el caso amerita.

Dicho lo anterior, cabe ahora señalar que ha habido casos jurisprudenciales donde si bien en un primer momento los juzgados intervinientes le habían dado el carácter de “voluntarias” a algunas internaciones de personas menores de edad que contaban con el consentimiento expresado por la persona, dichas resoluciones fueron recurridas y en todos los casos fueron revertidas por los propios jueces que las habían dictado, de modo que quedaron definidas como internaciones “involuntarias” y con ello rodeada de todas las garantías legales para este tipo de internaciones. A continuación se procede a consignar las citas correspondientes: 1) Fallo: “P., R. s/ Art. 482 del Cód. Civil”, de fecha 29/08/2012, Juzgado Civil N° 9; 2) Fallo: “M., S. s/ Art. 482 del Cód. Civil”, de fecha 10/09/2012, Juzgado Civil N° 102; 3) Fallo: “C., G. N. s/ Art. 482 del Cód. Civil”, de fecha 29/10/2012, Juzgado Civil N° 56; 4) Fallo: “S., R. s/ Art. 482 del Cód. Civil”, de fecha 22/11/2012, Juzgado Civil N° 106. En todos los casos se trata de fallos inéditos.

## **5. La actuación del Defensor como garantía de acceso a la justicia.**

A la luz de lo visto hasta ahora, se concluye que toda internación por salud mental y adicciones que involucre a niñas, niños y adolescentes deberá ser controlada judicialmente y se les deberá garantizar en cada caso la actuación de un Defensor en los términos del art. 22, ley 26.657, cuya función deberá desempeñarla atendiendo la voluntad, deseos y preferencias de la persona internada.

Entendido el acceso a la justicia en un sentido amplio del término, la actuación del Defensor previsto en el art. 22 no se limitará únicamente a la formulación de peticiones en el marco del expediente judicial. Por el contrario, deberá tener un acentuado perfil de actuación extrajudicial a fin de remover las barreras que le impiden a su defendido el pleno goce de sus derechos fundamentales, con el objetivo de lograr una pronta externación y que pueda ser sostenida en el tiempo, de modo que el niño, niña o adolescente realice su tratamiento de salud en forma ambulatoria dentro de su ámbito comunitario. Ello implica que el Defensor deba instar la actuación de los diversos organismos y personas obligadas respecto de su defendido, como ser: los referentes familiares, obras sociales y prepagas, organismos de promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, servicios de salud, etc.

## 6. El impacto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.

Actualmente se encuentra en pleno trámite parlamentario un Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación<sup>8</sup> que regula el régimen de internaciones en sus arts. 41<sup>9</sup> y 42<sup>10</sup>, a la vez que también resulta de interés lo dispuesto en el art. 26<sup>11</sup> y demás concordantes.

---

<sup>8</sup> Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional n° 884/2012.

<sup>9</sup> Art. 41: “Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente; d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión”.

<sup>10</sup> Art. 42: “Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato”.

<sup>11</sup> Art. 26: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

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

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

Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

En términos generales se puede afirmar que el régimen de internaciones previsto en el Proyecto se condice con los lineamientos establecidos de la ley 26.657. Asimismo, se remite a la legislación especial (ley 26.657), la cual entonces resulta ser complementaria de lo regulado en los arts. 41 y 42 del Proyecto, puesto que a través de éstos sólo se pretende fijar un “piso mínimo normativo”.

Por ende, de sancionarse un nuevo Código unificado según los términos actuales del Proyecto, no cambiarán las conclusiones a las que se ha arribado a lo largo de este trabajo. Específicamente, con relación a lo regulado en el último párrafo del artículo 26 del Proyecto interesa señalar que ello no modifica lo dicho, ya que a pesar de que la persona de más de 16 años será considerada “como un adulto” para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, de todas formas seguirá siendo una “persona menor de edad” a los fines de reputar su internación como involuntaria (art. 26, ley 26.657), amén del deber por parte del equipo de salud de recabarle su consentimiento informado cuando así lo manifieste la propia persona.

## **7. Resumen final**

---

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

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

a) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no prohíbe las internaciones forzosas de personas con discapacidad en general, ni de las personas menores de edad en particular, sino que establece un límite para su procedencia: que los motivos que habilitan una internación forzosa sean de aplicación igualitaria a toda persona, de modo que no sea la discapacidad en sí misma la que legitime la internación en forma directa o indirecta, sino algún parámetro objetivamente considerado como ser v.gr., la verificación de “riesgo cierto e inminente para sí o para terceros” tal como lo prescribe la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657 en su art. 20.

b) No todo alojamiento de una persona con una discapacidad mental en una institución puede ser considerado una “internación”, sino que lo será únicamente cuando tenga como función primaria la atención de la salud mental, entendida como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, por el plazo más breve posible, de modo que en ningún caso puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda. Para ello, no sólo se deberá prestar especial atención al nombre de la modalidad del servicio, sino también a las condiciones en que efectivamente se verifica el alojamiento de la persona en un determinado establecimiento que, en principio, pudiera desde lo formal no estar destinado a que en él se lleven a cabo internaciones en los términos mencionados anteriormente.

c) Toda internación por salud mental y adicciones que involucre a niñas, niños y adolescentes deberá ser controlada judicialmente y, en ese marco, corresponderá la actuación de un Defensor en los términos del art. 22, ley 26.657, cuya función deberá desempeñarla atendiendo la voluntad, deseos y preferencias de la persona internada. El Defensor deberá garantizar el acceso a la justicia en el sentido amplio del término, es decir, no limitará su actuación a la formulación de peticiones en el marco del expediente judicial sino que, por el contrario, el Defensor deberá adoptar un acentuado perfil de actuación extrajudicial a fin de remover las barreras que le impiden a su defendido el pleno goce de sus derechos fundamentales. Ello así, con el objetivo de lograr una pronta externación y que pueda ser sostenida en el tiempo, de modo que el niño, niña o adolescente realice su tratamiento de salud en forma ambulatoria dentro de su ámbito comunitario. Ello implica que el Defensor deba instar la actuación de los diversos organismos y personas obligadas respecto de su defendido.

d) De sancionarse un nuevo Código unificado según los términos actuales del Proyecto de 2012, no cambiarán las conclusiones a las que se ha arribado a lo largo de este trabajo. Específicamente, con relación a lo regulado en el último párrafo del artículo 26 del Proyecto ello no modifica el régimen actual, ya que a pesar de que la persona de más de 16 años será considerada como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, de todas formas seguirá siendo una persona menor de edad a los fines de reputar su internación

como involuntaria (art. 26, ley 26.657), amén del deber por parte del equipo de salud de recabarle su consentimiento informado cuando así lo manifieste la propia persona.

# **DIEZ INTERROGANTES SOBRE EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD: UN INTENTO DE POSIBLES RESPUESTAS**

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. ¿Qué es el juicio de capacidad? 2. ¿Estamos frente a un juicio problemático? 3. ¿A quién compete el juicio de capacidad? 4. ¿De quién se da juicio de capacidad? 5. ¿Bajo qué presupuestos se da juicio de capacidad? 6. ¿Es exclusivo de las escrituras públicas? 7. ¿Cómo debe actuar el notario cuando le abrigue dudas la capacidad del compareciente? 8. ¿Compele al notario el dictamen del perito? 9. ¿Qué consecuencias provoca el error notarial en la apreciación de la capacidad, cuáles la ausencia de mención del juicio de capacidad en la comparecencia del instrumento público, y qué otras la apreciación dolosa o falsaria de la capacidad del compareciente a

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial Facultad de Derecho Universidad de La Habana, Cuba. Notario.

sabiendas de que no la tiene? 10. ¿Cómo valora el Tribunal Supremo el juicio de capacidad notarial? Bibliografía.

### **RESUMEN:**

A partir de diez interrogantes claves sobre el juicio notarial de capacidad, se ofrece un análisis desde una doble vertiente: sustantiva e instrumental de la naturaleza, fines y efectos del juicio de capacidad, según los dictados de la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad. El nuevo paradigma, referente a la apreciación por el notario, de la capacidad en personas con discapacidad (esencialmente psíquica e intelectual), ha de ser estudiado con una perspectiva de inclusión e integración de la persona en los diversos actos jurídicos civiles y familiares, en la que este profesional del Derecho juega un rol esencial.

### **PALABRAS CLAVE:**

Juicio de capacidad – notario – discapacidad – incapacidad – escritura pública – compareciente.

### **ABSTRACT**

After taking into account ten key questions about the notarial judgement of capability, an analysis from two different points of view can be given: substantive and instrumental of nature, means and effects of the judgement of capability, according to the dictates of the international convention on the rights of persons with disability. The new paradigm, concerning the interpretation by the notary, of the capability of people with disability (essentially psychic and intellectual), should be studied from the perspective of a person's inclusion and integration in the different legal and family civil actions, in which this legal professional plays an essential role.

### **KEY WORD**

Judgement of capability – notary – hándicap – disability – public deed – appearing party.

La ausencia de un estudio doctrinario del juicio de capacidad notarial en el Derecho patrio amerita al menos una mirada de reojo, pues no son otras las pretensiones que este artículo tiene. Hemos estado desde antaño a la sombra de la doctrina española por los vínculos históricos que nos atan, y que hace que el Derecho español sea fuente perenne de conocimientos para los de allende el Atlántico, pero el tema amerita un esbozo dogmático de su tratamiento en el Derecho

cubano, lo cual no quiere decir que otros autores no lo hayan hecho antes, pero esencialmente orientado de cara al testamento<sup>2</sup>. No se puede olvidar que el juicio de capacidad se regula en el Código Civil, solo con carácter expreso en sede testamentaria (*vid.* artículo 483.3).

### 1. ¿Qué es el juicio de capacidad?

No existe un criterio unánime en la doctrina sobre el llamado juicio de capacidad y lo digo con toda intención. No todos los autores están contestes con el *nomen* que a esta aseveración notarial se le debe atribuir. Si bien unos prefieren llamarle calificación notarial. Otros, por el contrario, parten de la tesis de que estamos frente a un juicio propiamente dicho, o sea, a una afirmación o negación del notario dotada de una fuerte presunción *iuris tantum*, o sea, susceptible de rebatirse o destruirse a través del proceso judicial adecuado, con la aportación de las pruebas destinadas a tal fin<sup>3</sup>. Según TORRES ESCAMEZ “... es la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la

---

<sup>2</sup> *Vid.* CHIKOC BARREDA, Naiví, Capítulo VI “Clasificación de los testamentos”, en *Derecho de Sucesiones*, bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 263-268.

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo español en su Sentencia de 21 de marzo de 1972 ha dejado dicho que: “La fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice siempre por signos perceptibles por el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos suelen ser precisos conocimientos científicos propios del psiquiatra, y así la afirmación por el fedatario de que, a su juicio, es capaz el compareciente ante él, constituye una presunción ‘iuris tantum’ de exactitud, que los Tribunales pueden y deben revisar mediante prueba suficiente en contrario”.

calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen las condiciones personales de aptitud e idoneidad con arreglo a la Ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales”<sup>4</sup>. Se trata, como expresa GIMÉNEZ-ARNAU de “... un acto o juicio personal que no pertenece al *juxta verum dictum* de la fe pública, sino más bien, al principio de legalidad; *juxta legem actum*”<sup>5</sup>.

Se requiere como un *prius* lógico que los actos y negocios jurídicos sean el resultado de declaraciones de voluntad que se exteriorizan por personas que conocen los efectos de dicho acto o negocio, que saben discernir sobre lo que quieren, que en buen castizo están en su cabal juicio, lo cual no es sinónimo -como suele acontecer en el quehacer notarial cubano-, que no tienen la más mínima discapacidad intelectual o psíquica<sup>6</sup>. No solo se requiere capacidad jurídica, sino su dimensión dinámica, su potencialidad para ejercitar *per*

---

<sup>4</sup> TORRES ESCAMEZ, Salvador, “Un estudio sobre el juicio de capacidad”, en *Revista jurídica del notariado*, No. 34, Madrid, 2000, pp. 211-212.

<sup>5</sup> GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 530.

<sup>6</sup> Es oportuno acotar que la apreciación de la capacidad del otorgante –según expresa RODRÍGUEZ ADRADOS, fue considerada históricamente ajena a la función notarial, ello a partir de la concepción puramente sensorial tenida sobre ésta. El juicio de capacidad no tenía por qué expresarse en el documento conforme con la Ley del Notariado, ni tampoco según sus reglamentos, hasta el de 1921, solo lo reconoció el Código Civil español de 1889 en materia de testamentos, al llevarse a ley lo que ya venía reconocido en dos instrucciones, una de 1861 y otra de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro. *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El documento en el Código Civil”, en *Escritos jurídicos*, tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 37-42

se los derechos, lo cual en doctrina se le ha dado el nombre de capacidad de obrar, o ejercicio de la capacidad jurídica, término que emplea el legislador de nuestro Código Civil. Pero cuando ese acto o negocio se instrumenta por notario, la sola intervención de éste para la autorización del documento, le dota de certidumbre y de autenticidad a su contenido. Tal certidumbre, implica, ante todo, que el notario se ha cerciorado del discernimiento de los comparecientes, al menos ha apreciado en ellos capacidad de querer y entender lo que pretenden concertar. Como se ha dicho con acierto, la trascendencia del juicio de capacidad “radica en que ésta es el soporte del consentimiento, quien, a su vez, constituye la esencia del negocio jurídico”<sup>7</sup>.

El notario no es un perito, pero debe saber aplicar las máximas de la experiencia cuando aprecia esa capacidad volitiva de los sujetos, que le permite autorizar el instrumento público. El juicio de capacidad notarial actúa como la caja negra de un avión, es el sello indeleble en el que se sustenta la manifestación de voluntad o consentimiento, en tanto sin discernimiento, ni voluntad, no puede existir acto o negocio jurídico alguno. Solo las personas capaces pueden protagonizar un acto jurídico, y reitero hablo de personas capaces o competentes, con independencia del grado de capacidad o de competencia del sujeto, en todo caso, este será decisivo para la autorización de cada instrumento público, pero compete al notario su apreciación *ad hoc*.

---

<sup>7</sup> *Vid.* TORRES ESCAMEZ, S., “Un estudio sobre...”, *cit.*, p. 215.

## 2. ¿Estamos frente a un juicio problemático?

BALLARÍN MARCIAL que ha estudiado con detenimiento el tema, ubica al juicio de capacidad, vía FERRATER MORA, -en un discurso más filosófico que jurídico-, entre aquellos juicios problemáticos, sustentado esencialmente en la teoría de las probabilidades<sup>8</sup>. El notario ofrece una valoración o apreciación, como expliqué presuntiva. Es cierto que está cargada esa presunción de gran certeza o probabilidad, precisamente porque el juicio es dado por un profesional del Derecho dotado de credibilidad, pero en modo alguno perito. Empero, en todo caso tal probabilidad ha de ser objetiva o razonable. Como sostiene el autor antes citado “En vista de la conversación que el Notario mantiene con un cliente desconocido para él hasta ese momento o gracias a un examen médico previo, llega a la convicción de que, muy probablemente, es capaz, ya que se expresa normalmente, no revela ningún dato que haga sospechar, se da cuenta del negocio que va a firmar conociendo sus consecuencias prácticas...”<sup>9</sup>.

Es un juicio sustentado en el análisis y la deducción. Por ese motivo y dado que el ejercicio de la capacidad se presume, y no la capacidad, como suele decirse, pues esa capacidad en el entendido de capacidad jurídica la tienen todas las personas físicas por el solo hecho

---

<sup>8</sup> BALLARÍN MARCIAL, Alberto, “Naturaleza y clases de ‘juicios’ del notario “, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tomo XXXV, Madrid, 1996, pp. 539-543.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 541.

de serlas<sup>10</sup>, cuestión distinta lo es la capacidad de obrar, o ejercicio propio de la capacidad jurídica que si bien se presume, cabe prueba en contrario y su inversión – en el entendido tradicional-, cuando por resolución judicial de tribunal competente se incapacita a la persona.

### 3. ¿A quién compete el juicio de capacidad?

Como he anticipado, el juicio de capacidad es exclusivo del notario, si bien en sede testamentaria la redacción del Código Civil español (antecedente de nuestro Código Civil) lo hacía compartir con los testigos. Como en su momento adujo GIMÉNEZ-ARNAU “Es lamentable que la interpretación dada al artículo 685 haga compartir a los testigos del testamento una apreciación de capacidad que debería ser exclusivamente a cargo del Notario, y que se confiera a testigos imperitos un juicio jurídico para el cual, generalmente, no estarán preparados”<sup>11</sup>. Posición incómoda para los notarialistas y civilistas que

---

<sup>10</sup> La propia Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia en su dictamen 3/2004, de 5 de octubre, al referirse al juicio de capacidad notarial aduce que el notario da este juicio “*mediante la percepción personal que éste realiza **respecto a la plena y absoluta capacidad jurídica** de quién ante él comparece*” (la negrita es del autor), cuando lo cierto es que dicho juicio no atañe a la capacidad jurídica, sino a la capacidad natural del sujeto que le permite obrar por sí mismo y discernir sobre los efectos del acto o negocio instrumentado, además, de que no se requiere que esta capacidad sea plena, pues el propio artículo 30 del Código Civil regula la capacidad restringida que le permite a la persona concluir válidamente actos jurídicos para los cuales no fue limitada su capacidad.

<sup>11</sup> GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Derecho...*, cit., p. 528.

resaltaron más de una vez la impropiedad del lenguaje al hacer partícipes a los testigos de la valoración de la capacidad

En el Derecho cubano tanto el artículo 64 c) en sede de escrituras públicas, como el artículo 81 c), en materia de actas, ambos de Reglamento notarial, como el propio Código Civil en su artículo 484.3 en lo que concierne a los testamentos, dejan explícitos que el juicio de capacidad es de la exclusividad del notario y ello forma parte de su función. El control de la capacidad en materia notarial es propio del notario, “*es una facultad exclusiva del notario que se objetiviza en el momento concreto de la autorización*” tal y cual ha dicho la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia en su dictamen No. 3/2004, de 5 de octubre, en su apartado segundo. Como ha sostenido la doctrina española “Se tratará de un juicio declarativo en que no debe haber margen racional de duda de la falta de capacidad. Y si así fuera, ni siquiera implicaría necesariamente la responsabilidad del notario, porque se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad”<sup>12</sup>. De ahí, lo ya expuesto sobre su naturaleza de juicio problemático, en el que juega un importante papel las probabilidades. El notario no puede dar plena certeza de que quien comparece tiene capacidad natural, pero al dar el juicio afirmativo, dota de certidumbre al acto o negocio instrumentado (y digo acto o negocio con la debida aclaración que en materia de actas, según su naturaleza, también cabe en algunos

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio, “Comentarios al artículo 157 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 413.

supuestos que sea necesario el juicio de capacidad notarial, aunque nuestro Reglamento lo hace extensivo a toda acta, con independencia de su propia naturaleza -extremo del cual me ocuparé *a posteriori*-), sometido eso sí, a la revisión judicial, cuando se impugnare el acto por falta de capacidad natural o volitiva de alguno de los sujetos intervinientes, lo que conduce a que el tribunal valore y aprecie el juicio de capacidad dado por el notario.

#### **4. ¿De quién se da juicio de capacidad?**

Resulta oportuno hacer algunas acotaciones necesarias. El juicio de capacidad recae sobre el compareciente, ya lo sea por sí, por representación, o como gestor de intereses ajenos. Quien tenga el carácter de compareciente debe someterse al juicio de capacidad.

Cuando se comparece como apoderado, el juicio de capacidad del poderdante lo habrá dado el notario que autorizó la escritura de apoderamiento, salvo aquellos contados casos en que el apoderamiento no consta en documento notarial, como el supuesto a que se contrae el artículo 415.2 del vigente Código Civil cuando se otorgan facultades de representación a un abogado litigante en que conforme con el dictado del mencionado precepto *“Tampoco es necesaria la forma notarial (...), para realizar actos jurídicos, para lo cual bastará que el usuario deje constancia de la representación que confiere en el documento del contrato de los servicios jurídicos que*

*suscriba*”, riesgo que corre la seguridad del tráfico jurídico pues cuando se concierta un contrato con el abogado, este no puede dar juicio de capacidad de su contraparte, de modo que al notario no le consta que el poderdante tiene capacidad de obrar en el momento en que concertó el contrato, todo ello por agilizar trámites legales a costa de la flaqueza de la propia seguridad jurídica<sup>13</sup>. En relación con el apoderado, dado que en Derecho quien otorga la escritura pública es el poderdante, con el concurso del apoderado, quien ha dado facultades para tal otorgamiento, y quien debe estar legitimado además, para que en su nombre y representación, concluya válidamente el acto o negocio jurídico, es sobre él (apoderado) de quien el notario dará juicio de capacidad.

El juicio de capacidad propiamente dicho se da -como expresé-, con exclusividad de los comparecientes, que son los autores del negocio o acto jurídico o también en los supuestos de ciertas declaraciones no negociales de voluntad, instrumentadas por vía de actas. En relación con los testigos y peritos, también concurrentes ocasionalmente en los instrumentos públicos<sup>14</sup> el notario no da juicio de capacidad, se limita a controlar que estos entienden

---

<sup>13</sup> Lo cual se hace más agudo en las actas de declaración de herederos *ab intestato* para las que el Reglamento notarial en su artículo 106 exige la comparecencia preceptiva de un abogado.

<sup>14</sup> Sobre el tema *vid.* en el Derecho cubano PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Intervención testifical en los instrumentos públicos notariales: más allá de una reliquia histórica”, en *Derecho Notarial*, tomo II, bajo la coordinación del propio autor e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 346-395 y “Concurrencia del perito en el documento público notarial”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegios de escribanos de la provincia de Santa Fe, Rosario, Argentina, año 2, No. 4, 2010, pp. 43-102.

el hecho, circunstancia, acto o negocio que se instrumenta, conocen su cometido, o sea sobre qué va a versar su dictamen o la función que como testigos desempeñan en el acto notariado, y que no están incurso en ninguna de las prohibiciones comprendidas en la ley, pero no hay que confundir prohibiciones para ser testigo (*vid.* artículo 30 del Reglamento de la ley notarial) o para ser perito con juicio de capacidad<sup>15</sup>. Ni sustantiva, ni instrumentalmente existe un juicio de capacidad distinto del de los comparecientes, lo cual reitero no es sinónimo que un testigo pueda concurrir al documento, bajo los efectos de sustancias psicotrópicas o alucinógenas, pero al testigo no se le puede exigir más de lo que en Derecho corresponde, no hay un verdadero juicio de capacidad, bajo la fe pública notarial. Y en tal sentido también es dable aclarar que el notario no da fe de la capacidad mental, volitiva o natural del compareciente, lo que queda bajo su fe pública es la mención auténtica, que instrumentalmente imponen nuestras normas reglamentarias notariales, esto es, de que ha dado juicio de capacidad, que se

---

<sup>15</sup> En tal sentido ha dicho la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, en el primer Considerando de la Sentencia No. 91 de 30 de diciembre del 2009 (ponente Pereira Basanta) al declarar SIN LUGAR la demanda interpuesta por la parte actora que "... yerra (...) cuando aduce la nulidad del instrumento notarial contentivo del negocio jurídico testamentario por incumplimiento del juicio de capacidad e identidad que debe realizar el notario de los testigos que intervienen en el acto, toda vez que no se recoge en la Ley de Notarías Estatales ni en su Reglamento la obligación para el funcionario notarial de emitir juicio de capacidad de los testigos, quienes participan en el acto bajo el carácter de testigos instrumentales a los meros efectos de constatar el cumplimiento de las formalidades legales conforme establece el artículo cincuenta y dos del citado Reglamento; exigiéndose la emisión del juicio de capacidad sólo para las personas que comparecen ante notario a fin ejercer su capacidad jurídica de obrar mediante la realización de actos jurídicos relacionados con su persona o su patrimonio para lo cual es necesaria la dación de fe pública que brinda el notario sobre la capacidad del compareciente (...)"

ha cerciorado de que el compareciente tiene discernimiento para realizar válidamente el acto o negocio en cuestión y así está en el deber de consignarlo en el instrumento, de modo que se convierte en una solemnidad que en materia testamentaria tiene un plus al venir regulada en el artículo 483.3 del Código Civil, pero que igualmente impone el Reglamento notarial para los demás instrumentos públicos.

Ahora bien, tradicionalmente se ha entendido que el notario da juicio de capacidad de sujetos perfectamente competentes para realizar válidamente actos o negocios jurídicos. Y a tal fin, en la manera en que se han interpretado las normas jurídicas el juicio de capacidad afirmativo se orienta hacia personas plenamente capaces, ya sea porque han arribado a la mayoría de edad o porque antes de arribar a esta han formalizado matrimonio (*vid.* artículo 29 del Código Civil), lo cual sin dudas es un error, y ello motivado por varias razones. Se hace un olvido reiterado de la regulación en el Código Civil de la capacidad restringida, situación en la que pueden estar incursas las personas a las que el tribunal les ha limitado la válida conclusión de ciertos actos jurídicos.

El Código Civil vigente brinda la posibilidad de que los menores de edad, mayores de diez años, puedan realizar válidamente ciertos actos jurídicos, a juicio del legislador aquellos que sean necesarios para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria, así como disponer del estipendio que les haya sido asignado y cuando alcancen la edad laboral (en nuestros predios de 17 años) disponer de su retribución. La norma tiene su origen en los

códigos civiles de Europa del Este, y hoy día resulta a muy pesar, prácticamente letra muerta. Aun con la ortodoxia del precepto en materia de capacidad progresiva, en tanto no se establece una gradación de la edad que permita, en la medida en que el menor alcance ciertas edades, próximas a los 18 años, poder concluir ciertos actos jurídicos, como el testamento, para el cual el Código Civil español que nos rigiera por casi un siglo preveía los 14 años, y precisamente un siglo después se elevó paradójicamente a 18 años, sin una razón que permita al menos disentir, pues es hartamente conocido que el testamento no surte efectos jurídicos sino a la muerte de su autor, y que en nada compromete su patrimonio *ante mortem*, por ser revocable *usque ad mortem*. Como expresa la profesora VALDÉS DÍAZ “debe interpretarse el enunciado general del artículo 30 en sentido positivo, esto es, entender que tienen capacidad suficiente para realizar **todos** los actos que de un modo u otro contribuyan a satisfacer sus propias necesidades cotidianas, y que las restricciones recaen sobre otros actos distintos, para los cuales necesitaría complementar su capacidad a través de la institución de guarda que corresponda”<sup>16</sup>. El enunciado del legislador es lo suficientemente abarcador como para admitir la comparecencia de menores en actos que supongan una mera administración o conservación de su patrimonio. Si se ofrece una interpretación evolutiva del precepto en cuestión no cabe dudas que al menor le es dable disponer por sí, sin necesidad de sus representantes legales (sean los

---

<sup>16</sup> Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Comentarios al artículo 30”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo I – *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, bajo mi dirección (en imprenta).

progenitores o los tutores) de lo que por concepto de pensión alimenticia recibe, porque qué debe entenderse por estipendio. Solo excepcionalmente, y a partir de los 15 años, el menor podría, previa autorización, desempeñar un puesto de trabajo, *ergo*, no tendría antes otra posibilidad de recibir dinero que no fuera por una donación o cualquier otra liberalidad, pero hoy día los menores también reciben ciertas remesas familiares, en esencia provenientes del extranjero, ya sea de sus progenitores o de otros familiares, como abuelos, hermanos y tíos, las que suelen recibirse con cierta periodicidad y que al tipo de cambio en moneda nacional, pueden significar cierto valor patrimonial ¿Deben entenderse comprendidas estas remesas en el concepto de “estipendio” que da el Código Civil? ¿Pudiera comparecer el menor de edad, mayor de 10 años, a realizar un acto dispositivo de dicha remesa a los efectos de adquirir ciertos bienes sin representación de sus progenitores?

La respuesta *a priori*, sería negativa. Tenemos una visión de la capacidad bicolor, no hay matices en la manera en que se han venido aplicando los escasos preceptos reguladores de la materia, pero lo más significativo es que un artículo como el 30 de nuestro Código Civil, en 1987, cuando se aprobó dicho cuerpo legal, era verdaderamente un impulso de oxígeno en la vetusta concepción del ejercicio de la

capacidad de los menores, con la que tradicionalmente nos hemos formado<sup>17</sup>.

Es claro el artículo 28 de la ley notarial cuando establece que *“Son incapaces para comparecer en los actos que autoriza el Notario, los menores de dieciocho años de edad, excepto en los casos en que la ley lo autorice expresamente (...)”*, de modo que amén del error conceptual en que incurre, al pretender hacer coincidir la plena capacidad de obrar con la mayoría de edad, lo que se desdice en el artículo 29.1 b) del Código Civil, dado que también la plena capacidad para realizar actos jurídicos y ejercitar derechos se adquiere con el matrimonio de los menores de edad, y puntualizo que tal capacidad es plena, pues a diferencia de otros ordenamientos jurídicos<sup>18</sup>, el menor casado puede realizar válidamente cualquier acto jurídico, salvo aquellos para los que se exigen capacidades especiales como la adopción, pero en materia patrimonial un menor de edad, casado, no tiene limitación alguna para el ejercicio de los derechos de los que es titular. No obstante, el precepto está en

---

<sup>17</sup> Así, según el Tribunal Supremo *“(...) la aptitud para el ejercicio de los derechos y para concluir actos jurídicos, o sea, la posibilidad de realizar actos con valor y eficacia que determina la capacidad de gestionar los propios actos jurídicos y por ende confiere la posibilidad de que un sujeto influya en su propia situación con su voluntad dirigida bien a crear relaciones jurídicas, a extinguirlas o a modificar aquellas de las que era su titular presupone, por tanto, la madurez de la voluntad, que le permita querer jurídicamente, existiendo en el caso de la minoría de edad un supuesto prohibitivo de la capacidad de obrar que da lugar a la representación legal por dicha circunstancia natural (...)”*, Sentencia No. 832 de 22 de diciembre del 2006, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez. Obsérvese que el pronunciamiento del Tribunal niega la capacidad progresiva del menor. Todo menor, por el hecho de serlo, no puede ejercitar su capacidad de obrar. No se tienen en cuenta las distintas etapas por las que atraviesa la maduración del intelecto de los menores.

<sup>18</sup> Solo a modo de ejemplo, consúltese el artículo 323 del Código Civil español.

plena armonía con el artículo 30 del Código Civil, *ergo*, los menores de 18 años, mayores de 10 años, pueden comparecer ante notario para concluir válidamente actos en los que dispongan no solo de su estipendio, sino de lo que por similar concepto reciba, como pueden ser remesas familiares, o su crédito alimentario, en actos, aún dispositivos, con los que pretendan satisfacer sus necesidades de la vida diaria, concepto válvula establecido por el legislador, que hay que interpretar no conforme con el momento de su sanción, sino con el de su aplicación, al haber cambiado notoriamente las circunstancias que primaban en la década de los años 80, sobre lo que era indispensable para que un menor pudiera satisfacer sus necesidades de la vida diaria.

Puede ser discutible que el menor en tales casos no asista con sus progenitores, quienes complementarían el ejercicio de su capacidad, pero la solución legislativa es clara: si se trata de estos actos, el menor tiene pleno ejercicio de su capacidad y puede concluir válidamente el acto, sin necesidad, ni tan siquiera de ser asistido por sus padres. Corresponderá al notario ponderar las circunstancias, sobre todo a partir de subsumir el acto o negocio jurídico que se pretende concertar en el dictado del artículo 30 del Código Civil, de tal modo que la complejidad del acto y su naturaleza, sobre todo si es dispositiva de cierta cantidad de dinero, pudieran constituir circunstancias a tener en cuenta por el notario, antes de tomar la decisión de autorizar o no, el instrumento que pretendiera el menor. También es cierto que en la redacción del artículo 30 a) del Código Civil no se piensa en clave

notarial, esto es, los actos que realiza el menor para satisfacer sus necesidades de la vida diaria, son entendidos como actos de la vida cotidiana, la compra en establecimientos comerciales, en las redes de tiendas, en cafeterías e incluso restaurantes, pero no en sede notarial. Empero, entenderlo de ese modo sería negar la capacidad progresiva del menor, una de cuyas pocas expresiones de reconocimiento legal en Cuba lo es el artículo 30 del Código Civil. Nada priva entonces que los menores protagonicen estos actos en sede notarial, de la misma forma que adquieren un helado, podrían adquirir un electrodoméstico y decidir que tal adquisición sea ante notario público, tal electrodoméstico pudiera solventar hoy día una necesidad de cualquier menor en su vida diaria. Tampoco quita, pues no hay prohibición, que se ejercite alguno de los derechos inherentes de la personalidad por el menor, instrumentado tal ejercicio ante notario público. Aunque en nuestro Derecho se desconoce la categoría de los menores adultos, resulta risible que un adolescente se convierta en plenamente capaz al arribar a los 18 años y un día antes no pueda comparecer por sí en ninguna escritura pública, lo que hoy día acontece en nuestros despachos notariales, ni tan siquiera para reconocer la filiación, nacida durante la minoridad del progenitor.

Continuamente nos amparamos en la Convención de los derechos del niño, pero ese interés superior del cual se habla tanto, implica, entre otras tantas razones, el que al menor no solo se le escuche en procesos judiciales y se tomen todas las medidas tendientes

a proteger su patrimonio, sino también el reconocimiento de una capacidad progresiva, que le permita en la medida que va madurando ser partícipe por sí mismo de los más elementales actos jurídicos civiles y del ejercicio de sus propios derechos.

La capacidad restringida ha de entenderse como el reconocimiento de potencialidades en el sujeto de derecho. La persona, en principio, puede realizar todos los actos jurídicos civiles, salvo aquellos para los cuales la resolución judicial de incapacitación así lo ha previsto. Por ese motivo ha de verse como lo que es: una excepción al pleno ejercicio de la capacidad de obrar del agente, solamente restringida, con las garantías procesales, cuando al efecto así ha sido probado ante el órgano judicial. Lo que es de lamentar es la tendencia que existe en nuestra práctica judicial de declarar judicialmente incapacitada a la persona en supuestos en los que no se explora las posibles potencialidades del sujeto, ello impulsado además por la carencia de instituciones de guarda y protección que tengan por finalidad solo la asistencia de las personas con discapacidades psíquicas o intelectuales, y no el régimen de suplencia del ejercicio de dicha capacidad a través de la figura de la tutela. Como expone la profesora VALDÉS DÍAZ, ante esta situación de anomia en el régimen de asistencia de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, “lo común, ante la ausencia de otras figuras más idóneas, es reconducir al sujeto con capacidad restringida a las normas del Código de Familia en sede de patria potestad o tutela, en franca contradicción con el pretendido

objetivo de ofrecer mayores posibilidades de actuación a las personas que encajan en los supuestos del comentado artículo 30 del Código Civil”<sup>19</sup>.

Esta posición denunciada por la mencionada profesora – a la que me afilio-, va en franca contradicción con el espíritu y la letra del Código Civil y con la de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, igualmente ratificada por Cuba. Esa visión reduccionista de las potencialidades de la persona discapacitada psíquica o intelectualmente va en desmedro del ejercicio de sus derechos. El discernimiento o voluntad del sujeto no puede medirse en términos matemáticos, concretamente en ese lenguaje binario importado de las ciencias de la computación, de modo que se es capaz o incapaz, menor o mayor de edad. Nada más lejos de la verdad que seguir estos derroteros<sup>20</sup>. Compete al notario controlar la capacidad natural del

---

<sup>19</sup> VALDÉS DÍAZ, C. del C., “Comentarios al...”, *cit.*

<sup>20</sup> Expone el profesor PARRA BENÍTEZ en su estudio sobre la Ley 1306 de 31 de julio del 2009, que adapta el Derecho interno colombiano (Código Civil) a los retos que ha impuesto la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo un nuevo régimen jurídico de los incapaces, que en el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la mencionada Ley se dijo: “Se abandona la antinomia entre ‘capacidad’ jurídica enfrentada ‘incapacidad’ que han tenido las legislaciones precedentes, a efecto de reconocer y hacer eficaz la voluntad de la persona en aquellos temas y campos en que se desenvuelve con ventaja en la sociedad, las cuales van desde unas pocas actuaciones que lo pueden beneficiar, en las personas gravemente afectadas, hasta prácticamente todos los campos del Derecho en los que tienen su intelecto sano, pero actúan de manera descontrolada en el manejo de su patrimonio, reconociendo que se trata de un espectro de discapacidad considerablemente amplio”. *Vid.* PARRA BENÍTEZ, Jorge, “El nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano. Ley 1306 de 2009”, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, Depalma, Bogotá- Buenos Aires, 2011, pp. 97-98.

sujeto en el momento mismo del otorgamiento, de la misma manera que el tribunal ha de presumir que la persona sobre la cual se interesa sea declarada su incapacidad, tiene potencialidades que le permiten discernir en ciertas circunstancias. La incapacidad ha de ser excepción, solo en casos extremos, ante determinadas discapacidades intelectuales profundas o severas que obnubilan toda posibilidad de discernimiento.

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por Cuba en el 2007, supone un cambio de paradigmas en la manera en que debe entenderse el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Y a pesar de que el artículo 20 del Código Civil regula que *“Si un acuerdo o un tratado internacional del que Cuba sea parte establece reglas diferentes a las expresadas en los artículos anteriores o no contenida en ellos, se aplican las reglas de dicho acuerdo o tratado”*, razón por la cual tendrá preeminencia la norma internacional sobre la interna y que ha llevado a la doctrina patria a expresar que en dicho precepto *“se establece una solución a los supuestos en que se produzca alguna contradicción entre el tratado y la norma interna, disponiendo que, en el caso de que la solución dada por el tratado sea diferente a la prevista en la norma interna, resultará de aplicación la regla que en su caso establezca dicho acuerdo o tratado; por tanto, el tratado se incorpora a la legislación del Estado alcanzando igual valor que la ley e*

incluso superándola en determinados supuestos”<sup>21</sup>, no obstante, no hay una validación de lo reconocido en el artículo 12.4 de la citada Convención, en el sentido de que *“en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas”* a tono con el respeto de *“... los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”*, a la vez que sean *“proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*. Ello a muy lamentar no se refleja en los autos judiciales de incapacitación ni tampoco en las sentencias del Tribunal Supremo, el cual sigue aferrado a una concepción rígida del ejercicio de la capacidad jurídica, de manera que se entiende *“que la integridad mental por ser atributo normal del ser humano se presume en toda persona que no haya sido previamente declarada incapacitada por tribunal competente”* (Sentencias Nos. 285 de 7 de octubre del 2009, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez, 43 de 26 de febrero del 2010, único Considerando, ponente Arredondo Suárez, 113 de 30 de abril del 2010, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez), lo cual nos permite colegir que para el Alto Foro la declaración judicial de incapacidad cercena toda integridad mental del sujeto, que carecería de cualquier posibilidad de actuación *per se*. Se

---

<sup>21</sup> *Vid.* PÉREZ SILVEIRA, Maelia Esther, “Comentarios al artículo 20”, en *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I - *Disposiciones preliminares y Relación jurídica*, bajo mi dirección (en imprenta).

tiene la percepción de que la recuperación del ejercicio de la capacidad es sumamente excepcional, no opera una revisión periódica, ni se restringe el ejercicio de la capacidad de manera temporal.

Esta percepción se traspolo a sede notarial. Declarada judicialmente incapacitada una persona, se le veda toda posibilidad de ejercitar *per se* los derechos de los cuales es titular, y no se permite explorar su preferencia ni para los más vitales actos jurídicos. Según el Tribunal Supremo *“mientras una persona no esté declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la aludida declaración judicial, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna (...)”* (Sentencia No. 714 de 31 de octubre del 2003. Cuarto Considerando. Ponente Arredondo Suárez). Así de sencillo: tras la declaración judicial de incapacidad, se entiende que la persona carece de total discernimiento, de modo que no le sería posible al notario autorizar instrumento público alguno, y con ello se conculca el sentido del artículo 12.4 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Pensar de esta manera supone cercenar las diversas posibilidades de actuación de una persona que en razón de su discapacidad le ha de ser tan solo restringido el ejercicio de su capacidad jurídica y no cegarle este<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Expone el profesor PARRA BENÍTEZ que tras la aprobación de la Ley 1306 del 2009, ha operado un cambio sustancial en la concepción de los supuestos de incapacitación judicial. Así, “la incapacidad absoluta de los discapacitados mentales absolutos (y

## 5. ¿Bajo qué presupuestos se da el juicio de capacidad?

No hay reglas preestablecidas sobre el juicio de capacidad. Como expresa GÓMEZ TABOADA el notario no tiene herramientas especializadas para dar el juicio de capacidad, solo dispone “En principio, con su sentido común y con su experiencia –tanto personal como profesional”<sup>23</sup>. Para BALLARÍN MARCIAL “El examen por el Notario, mediante una conversación de cierta envergadura con el interesado, bastará en la mayoría de los casos para cerciorarse de que sabe lo que va a firmar y conoce sus consecuencias jurídicas y prácticas, que es (...) como debe medirse la capacidad”<sup>24</sup>.

Apunta MARTÍNEZ DÍE que “En definitiva, el juicio notarial de capacidad debe sujetarse a los principios de inmediación, de legalidad y de responsabilidad, que permitan construir los cimientos sobre los que

---

parcialmente la de los impúberes) no es en la actualidad una situación jurídica que impida en cualquier caso actuar jurídicamente al incapaz. Esas disposiciones, por el contrario, le permiten celebrar actos gratuitos, actos bilaterales onerosos útiles, actos y negocios jurídicos familiares y, en fin, constituir relaciones jurídicas de carácter laboral”.

Igualmente el concepto de incapacidad relativa también cambió en esencia. “Hoy (...) el discapacitado mental relativo, que es incapaz relativo, no cuenta con una incapacidad general sino que su incapacidad está limitada a los actos que precise el juez”. Vid. PARRA BENÍTEZ, J., *El nuevo régimen...*, *cit.*, pp. 105 y 107, respectivamente.

<sup>23</sup> GÓMEZ TABOADA, Jesús, “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007, p 334.

<sup>24</sup> Vid. BALLARÍN MARCIAL, A., “Naturaleza y clases...”, *cit.*, p. 532.

deben sustentarse cuantos análisis se hagan sobre esta materia”<sup>25</sup>. Ciertamente el juicio de capacidad no puede establecerse sobre la base de un procedimiento rígido y formal, pudiera el notario aplicar un test psicológico a los comparecientes, pero no creo que ganaría mucho con ello. El Derecho notarial se informa como uno de sus principios medulares de la intermediación. No se concibe que el notario pueda dar un juicio de capacidad de alguien que no tiene frente a sí. Se hace imprescindible que como el médico que ausculta al paciente, el notario indague y explore la voluntad de quien concurre ante él, que determine si realmente puede exteriorizar esa voluntad, libre y de manera espontánea, ajustándola a las verdaderas intenciones del sujeto, sobre la base de la presunción general de capacidad, la cual en principio cede ante la declaración judicial de incapacidad, pero no obstante, aún existente ésta habrá que indagar qué actos en concreto le han sido restringidos a la persona, la incapacidad absoluta, debe ser concebida como excepción, y no como regla. De ahí que no comparta, en todo, la opinión del propio MARTÍNEZ DÍE cuanto expresa de manera demasiado categórica, en mi criterio, de que “La gran diferencia entre las causas legales de incapacidad y la incapacidad apreciable por Notario es de índole temporal, ya que aquéllas deben proyectarse hacia el futuro de forma ‘persistente’, es decir, tienen que ser de suficiente entidad como para crear un estado permanente, mientras que éstas pueden ser resultado de un estado transitorio y provisional. Y así, en

---

<sup>25</sup> *Vid.* MARTÍNEZ DÍE, Rafael, “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, en *La Notaría*, No. 2, mayo 2002, p. 65.

tanto que a la incapacitación judicial le interesan el presente y el futuro, a la actuación notarial de rechazo sólo le interesa el presente”. Y es lo cierto que esa vocación de perennidad ha sido con la que se ha estudiado la figura de la incapacitación. Cuesta trabajo entender, incluso por los operadores jurídicos, que es posible restablecer el ejercicio de la capacidad de una persona, y mucho más, pensarlo con esa comprensión de temporalidad que hoy nos recuerda la Convención de los derechos de las personas con discapacidad cuando en su artículo 12.4 convoca a los Estados partes a que proporcionen a las personas con discapacidad, a los efectos del ejercicio de su capacidad jurídica “*salvaguardias adecuadas (...) sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*”, con lo cual desaparece esa noción de perennidad e infinitud con la que suele estar asociada la declaración judicial de incapacitación, si bien el propio Código de Familia cubano, en ocasión de regular la tutela le impone al tutor “*procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad*” (cfr. artículo 153.2), o sea, que aun cuando la declaración judicial de incapacitación nunca ha sido concebida como irrevocable, los Derechos internos de los Estados no han tendido a imponerle a los tribunales la necesidad de que en las resoluciones judiciales en que se contiene la declaración misma de incapacitación se disponga el período en que debe ser preceptivamente revisada la propia declaración, esa revisión constante que busca la posibilidad de explorar continuamente las facultades mentales y volitivas

de la persona sometida a un régimen de incapacitación, el que por demás resulta excepcional a tono con la propia Convención.

## **6. ¿Es exclusivo de las escrituras públicas?**

Al ser las escrituras públicas reservorio de los actos y negocios jurídicos, en el que la voluntad es presupuesto mismo de su existencia, el ejercicio de la capacidad jurídica se torna en pilastra misma de esa voluntad, no hay voluntad, sin que el sujeto pueda ejercer *per se* la capacidad jurídica y tenga plena capacidad jurídica para el acto o negocio jurídico que pretende instrumentar. La cuestión se torna mucho más polémica en sede de actas notariales dada su propia naturaleza. Entre los notarialistas españoles TAMAYO CLARES es partidario de que el juicio de capacidad sólo debe referirse técnicamente a las declaraciones de voluntad, y en tal sentido en las actas éste resulta innecesario, siendo suficiente hacer constar el interés legítimo, que ha de estar en relación con la licitud misma de la actuación notarial, siendo suficiente la capacidad general de obrar. No obstante, el propio autor identifica algunos tipos de actas en las cuales, vía reglamentaria, puede colegirse la necesidad del juicio de capacidad, entre ellas las actas de subasta y la del administrador que solicite la presencia del notario en una junta general de una sociedad<sup>26</sup>. Como establece el artículo 198.1-1º

---

<sup>26</sup> *Vid.* TAMAYO CLARES, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, pp. 137-138.

del Reglamento notarial español, en relación con las actas, “*En la comparecencia no se necesitará afirmar la capacidad de los requirentes (...)*”, si bien el precepto propiamente dicho se refiere al acto de rogación contenido en las actas notariales. Acota RODRÍGUEZ ADRADOS que la rogación no exige capacidad especial, es suficiente la capacidad natural de entender y de querer, pero no la capacidad negocial que se exigen para las escrituras públicas a partir de su contenido. Por ello -al sentir del reconocido maestro -, no es necesario formarse y expresar un juicio de capacidad en dichos instrumentos<sup>27</sup>. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ incluye la no necesidad del juicio de capacidad en las actas como un elemento que le distinguen de las escrituras públicas<sup>28</sup>. En fecha más reciente los autores que han comentado el mencionado artículo reglamentario han expresado -en criterio que comparto-, que compete al notario ponderar en qué casos debe invertirse esa regla general que en materia de actas establece el citado artículo 198.1-1º pues de tratarse de actas en las que se ejerciten derechos, incluidos facultades y derechos potestativos, el notario sí que debe dar un juicio de capacidad y de legitimación del rogante para instar la autorización misma del acta (en

---

<sup>27</sup> Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, en *Escritos jurídicos IV*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 61-62.

<sup>28</sup> Vid. CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, “El notario latino y su función”, en *Revista de Derecho Notarial*, año LXXVI, abril-junio 1972, p. 90. El propio autor sostiene que “La capacidad en sentido técnico sólo puede referirse a declaraciones de voluntad. Y este tipo de actas (se refiere a las de mera constatación de hechos) no contiene ninguna. La única capacidad exigible al requirente es la necesaria para impetrar la intervención notarial, que, por cierto, no está establecida en parte alguna. Debe estimarse, pues, que basta la capacidad de obrar general”, p. 95.

mi criterio *v.gr.*, en las actas de notificación o de requerimiento). Sostienen dichos autores que “Estas normas generales no descienden a precisar en qué casos basta con que el requirente tenga ‘interés legítimo’ y en qué casos la comparecencia e intervención deben ser más completos, como si de una escritura pública se tratase. Es lógico que así sea, porque la variedad de situaciones que instrumentan las actas hace necesariamente incompleta cualquier enumeración. Así, no se precisan las mismas cualidades subjetivas para requerir del notario que haga constar la existencia de una señal de tráfico en una calle, que para constituir un depósito o para tramitar una subasta. Es el notario quien debe tomar en cada caso la decisión adecuada teniendo en cuenta la actuación para la que se le requiere”<sup>29</sup>.

La posición de la doctrina más reciente española enunciada nos pone en alerta a los notarios. El juicio de capacidad en materia de actas notariales, ha de ser apreciado casuísticamente por el notario. Le corresponde a él determinar conforme con el contenido de cada acta en concreto, si es dable apreciar la capacidad del sujeto, lo que no debe ser confundido en ningún caso, ni en materia de actas, ni de escrituras, con el juicio de legitimación que igualmente le compete para determinar la especial situación jurídica en la que se encuentra el requirente o el compareciente en relación con el hecho, acto, negocio o circunstancia instrumentada que le habilita en ese orden para actuar. Así, *v.gr.*, el

---

<sup>29</sup> *Vid.* SOLÍS VILLA, Carlos, y Francisco Javier MORILLO, “Comentarios al artículo 198 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 560.

vendedor tiene que acreditar la titularidad que tiene sobre el bien, el notario, por su parte calificará el documento que le confirma como propietario, o sea, el título formal que justifica su condición de titular del dominio, de este modo el notario dará un juicio de legitimación del vendedor, tras comprobar además que no se erigen prohibiciones para contratar en dicho sujeto, pero aún así, cabría la abstención del notario si no aprecia que el pretense vendedor tiene capacidad de obrar, amén de su discapacidad, de manera que no puede autogobernarse y perfilar los efectos que para él supone un contrato de compraventa, son dos conceptos distintos que hay que saber distinguir. Al decir de TORRES ESCAMEZ “Sin entrar en demasiadas profundizaciones, creo que debe quedar claro que la titularidad y la legitimación son aspectos necesarios para el control de legalidad que realiza el notario, pero distintos de la capacidad, figura que se basa en las condiciones personales del compareciente”<sup>30</sup>.

Mucho más rígida – y diría yo inconcebible-, es la posición de nuestro Reglamento notarial que exige en toda acta notarial, sin sopesar en su naturaleza y contenido, el juicio de capacidad notarial en el

---

<sup>30</sup> *Vid.* TORRES ESCAMEZ, S., “Un estudio sobre...”, *cit.*, p. 221. Con anterioridad, en una posición que tiende al confusionismo en este orden, LÓPEZ GARZÓN había conectado la legitimación y la capacidad, pero en el sentido de que la primera estaba embebida en la segunda. A criterio de dicho autor la legitimación se incluye en el juicio de capacidad del notario. Para él el juicio de capacidad es la única apreciación jurídica que del compareciente hace el notario. Su tesitura se mueve hacia la responsabilidad notarial por el juicio de capacidad, de modo que refuta la doctrina precedente que intenta ubicar lo que hoy se conoce como legitimación en el juicio de identidad. *Vid.* LÓPEZ GARZÓN, José, “Titularidad y fe de conocimiento”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 7, Madrid, 1955, pp. 269-278.

artículo 81 c), con la inevitable consecuencia, y absurda a la vez de que su omisión en el instrumento conduzca a su nulidad *ex* artículo 16 b) de la Ley notarial, interpretación literal que no racional de la norma, pues resulta ilógico *v.gr.*, que un menor de edad no pueda requerir al notario para la autorización de un acta de mera percepción.

### **7. ¿Cómo debe actuar el notario cuando le abrigue dudas la capacidad del compareciente?**

El artículo 54 de nuestro Reglamento notarial establece la concurrencia del médico al documento público. Precepto que aunque diáfano y claro ha tenido que ser interpretado por la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia para su homogénea aplicación, sobre todo en sede testamentaria.

Es dable elogiar la fórmula de nuestro autor del Reglamento que le da un matiz puramente notarial, a un tema que en los códigos civiles decimonónicos venía reservado, con exclusividad, a la figura del testamento, con una estrechez inusual en los legisladores de la época. Téngase en cuenta que la fórmula reglamentaria hace permisible la concurrencia del médico en cualquier instrumento notarial, incluso en las actas notariales, en las que como expresé, caprichosamente se exige juicio de capacidad notarial, así sea su naturaleza (*vid.* artículo 81 c)).

El artículo 54 aunque alude al dictamen pericial, como prueba que se practica, no desliga ella del medio de prueba, esto es, del perito en sí, de modo que el dictamen lo ha de ofrecer el perito en presencia física del compareciente y del notario, en plena audiencia notarial, *ergo*, él sería uno de los sujetos protagonistas de la audiencia notarial. Su ausencia sería motivo del quebrantamiento de la unidad de acto formal que exige el artículo 35 del Reglamento notarial con alcance general y que refuerza el artículo 484.4 del Código Civil en sede testamentaria. A este fin la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia ha dejado dicho en su Dictamen No. 3/2004 de 5 de octubre que: *“en los supuestos en que el notario precise de un pronunciamiento pericial respecto a la capacidad mental del compareciente al instrumento público, ésta se verifique mediante la intervención directa, en el acto en cuestión y ante el notario autorizante, del perito o facultativo que certifique la condición de esta persona, lo que se hará constar en la escritura o acta según sea el caso, en la parte correspondiente a la comparecencia, con independencia de la obtención previa, de un documento especializado que la certifique”*.

Se exige del médico el necesario cumplimiento del principio de inmediación. Quien dictamina sobre el estado mental y la capacidad volitiva del compareciente tiene que hacerlo en el momento en que se instrumenta el acto, ni antes, ni después. Debe el médico en tales circunstancias concurrir al instrumento, y dejar graficada su presencia a través de su firma. El dictamen, a mi juicio, se rinde oralmente, es ilógico que se haga antes del momento mismo del otorgamiento y

autorización o que se haga después<sup>31</sup>. Si se hizo antes, entonces no se está esclareciendo las dudas que el notario tiene en ese momento, con independencia de que el médico en un dictamen por escrito venga diciendo que el sujeto en el momento en que él lo examinó sí tenía esa capacidad volitiva, la cual pudo perfectamente desaparecer después, por tan disímiles causas, que no vienen al momento explicar, además de que no soy perito precisamente en ese tema. Si se hace después, con referencia al momento en que se apreció la capacidad, en plena audiencia notarial, entonces el dictamen escrito tendría que pasar por el proceso de legalización, lo que conllevaría que su fecha no correspondería con la del acto de otorgamiento y no le es dable al notario adjuntar a la matriz un documento fechado con posterioridad a dicho acto ¿Y en todo caso qué utilidad ello tendría? ¿No acude el médico a instancia del notario, a los efectos de despejar las dudas que la abriga la capacidad del compareciente? ¿No es en definitiva el notario el único que da el juicio de capacidad? No se olvide que el médico funge como auxiliar del notario, en modo alguno le sustituye y su dictamen pericial no le compele a autorizar el documento o a negar su dación de

---

<sup>31</sup> Según el criterio de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, vertido en el primer considerando de la Sentencia No. 266 de 28 de febrero del 2001 (ponente Arredondo Suárez): “... las anotaciones en la historia clínica sobre el estado de la testadora que hizo suyas la sentencia interpelada basadas en la apreciación del facultativo de asistencia, no especializado en salud mental, corresponden al veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, fecha distinta y posterior a aquella en que se otorgó el instrumento público cuya impugnación es objeto de la litis, es decir, al día veintidós del expresado mes y año, cuando su enfermedad había progresado y empeorado su estado general (...) si además de lo expuesto se tiene en cuenta que la aludida testadora en momento alguno de su vida fue declarada incapaz por Tribunal competente, único medio de irrefutable eficacia para determinar su incapacidad mental para el otorgamiento impugnado (...)”.

fe. Por ese motivo comparto el razonamiento esgrimido en el citado Dictamen cuando se deja esclarecido que: *“La obtención, previo a la formalización del documento notarial, del dictamen pericial, implica que el análisis realizado por el facultativo, se verifique en un espacio de tiempo distinto al de la audiencia notarial, pudiendo diferir, entre un momento y otro la condición psíquica de la persona que nos requiere, situación que se torna excepcionalmente delicada cuando se trata de un testamento, ya que al ser un acto mortis causa, su posible cuestionamiento, mediante proceso judicial de impugnación, se va a realizar después de la muerte de su otorgante, cuando prácticamente es imposible comprobar pericialmente la capacidad mental o volitiva de esta persona. Por otra parte, conforme a la técnica notarial, se vulnera uno de los principios fundamentales que informan la actividad, la unidad de acto”.*

Tampoco está el notario compelido a solicitar el dictamen pericial en todo momento. Ello es facultativo y no preceptivo del notario. Así lo ha dejado dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia No. 888 de 31 de diciembre del 2003, primer considerando (ponente Carrasco Casi): *“... la formula notarial según la cual el Notario actuante afirma, ‘(...) que los otorgantes tienen, a su juicio, la plena capacidad para otorgar el instrumento que autoriza (...)’ no es una formalidad de redacción, sino por el contrario, uno de los requisitos esenciales de todo instrumento público, es decir que, el señalado funcionario no puede hacer constar la cuestión relativa a la capacidad legal sin que previa y plenamente le conste; con mayor razón si el quejoso pretende imponerle una obligación al Notario actuante, que en todo caso constituye vía de excepción, como resulta ser en los casos*

*de duda por incapacidad declarada judicialmente la formalidad especial, de que la referida otorgante sea examinada por dos facultativos*<sup>32</sup> (...)”, en un caso en que se venía impugnando el testamento otorgado, en razón de que el notario debía *preceptivamente* solicitar dictamen pericial del facultativo, lo cual como es lógico es *facultad* exclusiva del notario, sin que sea una carga insoslayable para la eficacia de la escritura pública de testamento autorizada que en el acto notariado haya concurrido un médico, si al notario autorizante no le abrigó dudas la capacidad mental y volitiva del testador.

## **8. ¿Compele al notario el dictamen del perito?**

El notario español MARTÍNEZ DÍE en su interesante artículo, apoyándose en el Derecho positivo español sostiene con total acierto que “El Notario (...) para emitir válidamente un juicio de capacidad debe atenerse a los principios de intermediación, de investigación y responsabilidad personal, de donde se infiere que, para formar criterio

---

<sup>32</sup> En este orden ha sido un gazapo de la ponente, a mi juicio, expresar que en el ordenamiento cubano puede otorgar un testamento una persona declarada judicialmente incapacitada, en intervalo lúcido, con la presencia de dos facultativos, pues ni el intervalo lúcido está regulado, ni nuestras resoluciones judiciales constitutivas de la incapacitación de una persona suelen determinar los actos para los cuales se les impide actuar al incapacitado, de modo que le sea permisible al incapacitado testar, lo cual no sería contra Derecho, pues el artículo 30 del Código Civil lo habilitaría, se me ocurre el clásico supuesto del pródigo, a quien no le debe restringir la capacidad para testar. Otro entuerto sería, en el ordenamiento familiar cubano, cómo se complementaría la capacidad del declarado judicialmente incapacitado por prodigalidad.

sobre este particular, sólo pueda apoyarse en su propio examen, personal y directo, del interesado”<sup>33</sup>, tal criterio tiene como sustento esencial sus conocimientos jurídicos, “por lo que un juicio adverso o favorable respecto de la capacidad de una persona no puede confundirse con un dictamen médico ni psiquiátrico”<sup>34</sup>, juicio que es de su exclusiva incumbencia y neta responsabilidad, “quien no puede desplazarla a los especialistas que hayan podido asistir (...)”<sup>35</sup>. Para más abundar el también notario español GÓMEZ TABOADA ha apuntado que “En efecto, el notario no es un técnico, como podría serlo el médico o el psicólogo. Se debe fiar, sin más, de su propio criterio”<sup>36</sup>. El propio autor hace un análisis agudo e interesante sobre qué reglas o pasos debe tener en cuenta el notario para dar el preciado juicio, recalando en el carácter preventivo y auxiliar del dictamen médico que en cualquier caso no exime al notario de la responsabilidad que asume por el juicio de capacidad.

Tampoco se trata, y este es uno de los tópicos a tratar, que concurra cualquier médico. A mi juicio, el médico que debe apreciar la capacidad volitiva del otorgante, solicitado a instancia del notario, deberá cumplir ciertos requisitos de titulación, incluso comprobados por el notario en el momento de su concurrencia. Es de lamentar que el citado Dictamen No. 3/2004 de 5 de octubre no haya abundado en tal

---

<sup>33</sup> *Vid.* MARTÍNEZ DIE, R., “El juicio notarial de capacidad...”, *cit.* p. 65.

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> *Ibidem.*

<sup>36</sup> *Vid.* GÓMEZ TABOADA, J., “Capacidad del otorgante...”, *cit.*, p. 334.

importante particular, de modo que no deja esclarecido la especialidad médica del facultativo que concurra en el acto de autorización del instrumento. Desde una visión integradora del Derecho vigente, habrá que tener en cuenta que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo se ha pronunciado a través de su Acuerdo No. 130 de 6 de septiembre del 2002, contentivo de su Dictamen No. 418, que determina la necesaria especialización que han de tener los dos médicos dictaminantes sobre el presunto incapaz en procesos judiciales sobre incapacitación. A tales fines el citado Dictamen, si bien no establece un *numerus clausus* de especialidades médicas, deja esclarecido *“que la obligación por parte del Tribunal de hacer examinar al presunto incapaz por dos médicos distintos, se cumplimenta adecuadamente cuando para ello requiera la intervención de profesionales con preparación especializada en la enfermedad que se dictamina”*, de manera que aun y cuando el artículo 588 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en lo adelante LPCALE) *“no haga expresa referencia en lo que concierne a tal especialización, toda vez que atendiendo al elemental principio de racionalidad que debe presidir toda decisión judicial, bien pudiera no alcanzarse el efecto corroborador buscado, si se aceptara suficiente en tal sentido el parecer emitido por médicos de especialidad ajena a la que se ocupa del padecimiento del expedientado”*, de lo cual se colige que serán especialistas en psiquiatría forense, o al menos en psiquiatría general, los profesionales idóneos para dictaminar sobre la ausencia de capacidad de obrar de una persona, a los fines de su incapacitación. Razón por la cual en sede notarial, bien pudiera

entenderse que son tales especialistas los que en mejores condiciones pudieran dictaminar, aunque la naturaleza misma de la enfermedad pudiera ser dictaminada por neurólogos, intensivistas, u otros especialistas con experiencia y conocimientos suficientes como para esclarecer las dudas que le abriga al notario la capacidad de una persona que interesa comparecer en un documento público.

En fecha relativamente reciente el Ministro de Salud Pública ha dictado la Resolución No. 7/2008 de 20 de abril, por la que se crea la comisión médica para la peritación psiquiátrica forense de sujetos vinculados a procesos judiciales y se establece la metodología para el funcionamiento de las comisiones provinciales de peritación psiquiátrica forense en el sistema nacional de salud. Serán los Directores Provinciales de Salud los encargados de nombrar, mediante Resolución, al Jefe y a los miembros de cualquier categoría de las Comisiones Provinciales de Peritación Mental, oídos los criterios de los Grupos y Centros Provinciales de Psiquiatría, Medicina Legal, Psiquiatría Infanto Juvenil y otros que estime convenientes, así como la de los centros de procedencia de los designados. La composición pericial será de tres en los casos civiles, salvo que se trate de proceso de incapacitación judicial, en que serán dos, en cumplimiento de lo legalmente establecido (artículo 588 de la LPCALE). Se nombrará un Presidente, especialista de Medicina Legal o Psiquiatría. Entre los demás peritos miembros de la Comisión se designará el sustituto del Presidente.

Según la citada norma legal se nombrarán peritos, que a los fines de la ley serán *Titulares*: de forma que completen en la comisión dos psiquiatras y dos médicos legistas, salvo que por el volumen de trabajo del territorio se decida un número mayor de ambos tipos de especialistas. También podrá ser nombrado un psiquiatra infante juvenil, o más de uno, si el volumen de casos, así lo justifica. Si existen psicólogos con experiencia acreditada en la actividad pueden nombrarse como peritos, especialmente para casos infante juveniles. El desarrollo de la actividad puede determinar que en un territorio se nombre como perito a otros especialistas, como un neurofisiólogo. La composición interdisciplinaria de la comisión hace posible y deseable la realización de interconsultas y asesoramientos entre especialistas; la condición de perito no excluye asumir, de ser solicitado por otros peritos actuantes, la de interconsultado o asesor dentro de la propia Comisión, aun cuando ello no represente asumir la responsabilidad pericial.

Como nota curiosa de la mencionada resolución, a pesar de que la competencia para solicitar el peritaje médico-forense se centra esencialmente en el terreno judicial, al menos como excepción, *“podrán examinarse personas en razón de establecer su aptitud mental para realizar determinado trámite ante instancias como Notarías e Instituto de la Vivienda, por solicitud expresa de éstos y solo con relación a acciones concretas pendientes de realizar en las mismas, sin pronunciarse sobre la incapacidad o capacidad global de las personas, o sobre su estado al haberlas realizado si ya lo hicieron, lo que es de la exclusiva competencia de las Salas de lo Civil de los Tribunales”*. No quepa

dudas que, en lo que al ámbito notarial concierne, en el anexo de la resolución se admite, al menos con carácter excepcional, la solicitud de examen pericial cuando se pretende otorgar válidamente un acto jurídico y el notario tiene dudas sobre la capacidad del pretense otorgante, es claro que se trata de casos puntuales para dictaminar sobre la capacidad mental y volitiva del sujeto para ese acto en concreto (acto en tiempo presente), no para dictaminar sobre su capacidad con alcance general o para dictaminar sobre la existencia de esta en un acto pretérito, supuestos estos dos últimos que le compete evaluar exclusivamente al tribunal a través del proceso de jurisdicción voluntaria de incapacitación judicial o el ordinario de impugnación de un acto jurídico en concreto por ausencia de ejercicio de la capacidad *ex* artículo 67 b) del Código Civil, respectivamente.

**9. ¿Qué consecuencias provoca el error notarial en la apreciación de la capacidad, cuáles la ausencia de mención del juicio de capacidad en la comparecencia del instrumento público, y qué otras la apreciación dolosa o falsaria de la capacidad del compareciente a sabiendas de que no la tiene?**

Resulta necesario delimitar los efectos jurídicos que puede conllevar distintas situaciones conectadas con el juicio de capacidad notarial, como su apreciación errónea, su apreciación dolosa o falsa y la

ausencia de apreciación como mención auténtica en el instrumento público.

Precisamente me referiré a la tercera de las situaciones apuntadas. En el Derecho cubano el juicio de capacidad es un requisito de solemnidad en sede testamentaria. El artículo 483.2 del Código Civil lo deja suficientemente explícito: *“El notario se cerciora de que el testador tiene la capacidad legal para otorgar testamento, y lo hace constar”*, no es suficiente que el notario aprecie la capacidad del otorgante. Es cierto que la propia autorización de un instrumento público lleva implícita el control del ejercicio de la capacidad jurídica de cada otorgante, pero en nuestro Derecho no resulta suficiente, ni tampoco prosperaría la tesis que en otros ordenamientos tendría éxito de que en la autorización hay una implícita aprobación notarial del ejercicio de la capacidad jurídica del otorgante. El citado precepto del Código Civil lo eleva a requisito de solemnidad en materia testamentaria, en tanto que el Reglamento notarial lo hace extensivo a todos los instrumentos públicos, ya sean escrituras (*vid.* artículo 64 c)) o actas (*vid.* artículo 81 c)). La mención auténtica del juicio de capacidad ha de constar en todo instrumento público protocolizable, sin excepción, al menos en el dictado del Reglamento notarial. Autenticidad que viene dada por provenir del notario, y que hace certero o indubitado no el juicio de capacidad mismo, sino el hecho de haber apreciado o valorado la capacidad natural o volitiva del sujeto. Eso sí, no se necesita de ciertas palabras o frases sacramentales para consignar en el

instrumento público el juicio de capacidad. Ello fue advertido incluso por los primeros autores que en España escribieron sobre el tema<sup>37</sup>.

La ausencia del juicio de capacidad conduce a la nulidad del instrumento público al amparo del artículo 16 b) de la Ley notarial que expresamente reconduce este supuesto a una de las causales de nulidad instrumental, particular insubsanable, solo posible de enmendar con la autorización de un nuevo instrumento público, si existieren posibilidades para ello, incluso en el caso de que el propio tribunal apreciare prueba fehaciente del ejercicio de la capacidad del otorgante, lo cual en mi criterio es un exceso de formalismo que a nada conduce, salvo a potenciar supuestos de nulidad instrumental<sup>38</sup>. Sobre la necesidad de que el juicio de capacidad se haga constar en el instrumento público, una vez comprobada la capacidad del otorgante para el acto o negocio que pretende instrumentar, se ha pronunciado el Tribunal Supremo llegando incluso a considerar que “... *la fórmula notarial según la cual el Notario actuante afirma, ‘... que los otorgantes tienen, a su juicio, la plena capacidad para otorgar el*

---

<sup>37</sup> Según SANCHO-TELLO Y BURGNET, Vicente, *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900, pp. 141-142, al estudiar el juicio de capacidad en los actos de última voluntad, con apoyatura en la Sentencia de 24 de diciembre de 1896 del Tribunal Supremo español, la expresión de dicho juicio en el instrumento no requiere que “se consigne en párrafo separado ni con las palabras precisas é insustituibles de *á su juicio*, bastando que de cualquier modo ó con locución distinta, exprese clara y evidentemente su parecer respecto á dicha capacidad”.

<sup>38</sup> Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español esta no es la posición que prevalece. Sostiene TAMAYO CLARES que “La falta del juicio de capacidad o su inexpressión documental **no es causa de nulidad formal en los actos inter vivos**, ya que ha de entenderse implícita en la autorización, y puede ser subsanada, aunque solo por el Notario autorizante, en diligencia o en acta separada (...)”. *Vid.* TAMAYO CLARES, M., *Temas...*, *cit.*, p. 136.

*instrumento que autoriza...’ no es una formalidad de redacción, sino por el contrario, uno de los requisitos esenciales de todo instrumento público, es decir, que el señalado funcionario no puede hacer constar la cuestión relativa a la capacidad legal sin que previa y plenamente le conste (...)*” (Sentencia No. 888 de 31 de diciembre del 2003, primer Considerando, ponente Carrasco Casi), al propio tiempo que se ha dicho que “... *el requisito más importante que la Ley de las Notarías Estatales así como su Reglamento establecen con relación a la capacidad de los comparecientes de los Instrumentos Públicos Notariales, es la obligación de hacer constar en toda escritura que los mismos tienen capacidad legal necesaria para intervenir en el acto o contrato a que la escritura se refiere, cuya circunstancia se determinará a juicio del notario, no bastando que lo consigne así en el instrumento apoyándose en el solo dicho de los otorgantes, sino que es obligatorio y necesario que este funcionario público también compruebe y determine a su juicio, dicha constancia (...)*” (Sentencia No. 314 de 30 de octubre del 2009, único Considerando, ponente Acosta Ricart).

Cuestión distinta resulta la apreciación equivocada o errónea de la capacidad *del* compareciente. El notario no es un perito en la materia, lo cual justifica dentro de los límites de permisibilidad racional, el error en la apreciación de la capacidad de obrar de la persona, cuando *a posteriori* se demuestra que esta carece de ella para el acto o negocio que pretende concertar. Dado que la capacidad se presume y el notario debe actuar conforme con el principio *pro capacitate*, el error en la valoración de la capacidad, conduce a la nulidad del acto jurídico conforme con el artículo 67 b) del Código Civil. Si la persona carece de discernimiento al

momento de concertar el acto, no está apta para medir los efectos jurídicos del acto o negocio que quiere concertar, ni tampoco de autogobernarse, no habrá entonces manifestación de voluntad válida y eficaz. Caemos en el terreno de la nulidad absoluta, y no relativa, según los dictados del vigente Código Civil. La ausencia de capacidad de obrar en el sujeto le impide el ejercicio de sus derechos, en consecuencia, cualquier acto que concierte está condenado a la nulidad, acción que podrá ser ejercitada en todo momento por parte interesada o por el fiscal, por el interés público que reviste (*vid.* artículo 68 del Código Civil). No hay alternativas a la convalidación como modo de sanación del acto jurídico. Este está condenado a ser declarado nulo en cualquier momento, y se entiende que nunca ha producido los efectos jurídicos, al menos los queridos o buscados por el autor del acto o negocio jurídico. Como se trata de una presunción *iuris tantum*, demostrado en la sustanciación del proceso, dicha presunción se desmorona (*vid.* en este orden las sentencias Nos. 669 de 30 de septiembre del 2004, segundo Considerando, ponente Arredondo Suárez, 265 de 20 de abril del 2005, segundo Considerando, ponente González García, y como más ilustrativa la 285 de 7 de octubre del 2009. Primer Considerando. Ponente Arredondo Suárez, a cuyo tenor se deja dicho que “... *resulta justificada de manera fehaciente e indubitada la presencia de circunstancias personales que afectan en sentido restrictivo la capacidad en uno de los intervinientes en el acto de permuta cuya ineficacia se acusa, de modo que padece vicio que determina su nulidad al remontarse tales padecimientos al momento de su*

*otorgamiento, convicción a la que se arriba partiendo de aceptar que la integridad mental, por ser aptitud natural o atributo normal del ser humano, se presume en toda persona que no haya sido previamente declarada incapacitada por tribunal competente, pero es que se trata de presunción iuris tantum, destruible por contundente prueba en contrario, obviamente a cargo de quien la alega, y de fuerza tal que por sí basta para enervar el juicio notarial sobre capacidad emitido por el funcionario autorizante del acto jurídico de que se trate, dación de fe que subsume la apreciación personal del Notario al respecto y documenta no merecerle duda la capacidad natural del otorgante (...)*”.

Tema mucho más peliagudo lo es, la aseveración por el notario de haber realizado el juicio de capacidad, esto es, de haber controlado la capacidad volitiva de los comparecientes, cuando no lo ha hecho, o cuando contribuya a falsear la verdad en el sentido de apreciar la capacidad de obrar de un sujeto a sabiendas de que este no tiene discernimiento para el acto en concreto que pretende realizar, supuesto que pudiera subsumirse en el inciso b) del artículo 250 del vigente Código Penal que incluye en el tipo penal de falsificación de documento público la actuación del agente que *“contribuya a consignar en un documento público, datos, declaraciones o hechos inexactos relativos al acto de que el documento es objeto”*. En tales circunstancias, estaríamos en presencia de una falsedad ideológica. Particular sobre el que algún autor ha expresado su

duda, pues considera que solo en sentido lato pudiera entenderse como un hecho narrado por el notario, el juicio de capacidad<sup>39</sup>.

#### **10. ¿Cómo valora el Tribunal Supremo el juicio de capacidad notarial?**

El posible error en la apreciación notarial de la capacidad natural de la persona, fundamentalmente cuando esta se arropa de la condición de testadora, es una de las razones por las que con mayor frecuencia se impugnan los actos jurídicos en sede judicial. Hasta cierto punto es comprensible. Es quizás el juicio más vulnerable de todos los que el notario da. Lógicamente es el más probabilístico. El notario no es un perito, solo aprecia o se cerciora de la capacidad natural de la persona, entendido el término cerciorar como sinónimo de atestiguar, aseverar, con los límites en que tal aseveración ha de comprenderse. Adpero, para el Tribunal Supremo el juicio de capacidad notarial actúa como un valladar, difícil de expugnar.

Así, la propia Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Alto Foro ha apoyado el juicio de capacidad notarial en la fe pública de la que está dotado el notario, lo cual es cierto, si bien el manto de la fe pública no se extiende hacia la verdadera certeza del juicio de capacidad. La verdad sobre la capacidad natural, de entender y de querer del

---

<sup>39</sup> Así, TORRES ESCAMEZ, S., “Un estudio sobre...”, *cit.*, p. 244.

agente, no está cubierta por la fe pública, y sí tan solo el juicio mismo dado por el notario, o sea, el aspecto formal o instrumental que todo juicio notarial encierra. Bajo la fe pública está la verdad formal, pero no la material, porque el juicio de capacidad no es una declaración de verdad, sino es una declaración probabilística, sometida con buen gusto al arbitrio judicial<sup>40</sup>. Compete al tribunal determinar cuan errado estuvo el notario cuando apreció discernimiento y voluntad en un sujeto, que a la postre no existía, o cuanto menos, estaban viciados.

Para el Alto Foro merece “... *especial atención el juicio de capacidad dado por el notario actuante (...), pues no puede soslayarse que en todo caso tiene como función específica del poder del Estado la de la Fe Pública, que equivale a atestiguar solemnemente la veracidad de un hecho con trascendencia jurídica (...)*” (Sentencia No. 430 de 31 de julio del 2003, único Considerando, ponente Acosta Ricart), “... *funge como irrefragable la fe pública notarial, dada por el fedatario actuante en cuanto a la capacidad de la testadora como compareciente (...), cuyo depositario es el notario, dirigida a garantizar determinados derechos y obligaciones, acreditando la veracidad de determinados hechos y actos que de una manera directa afecten la actuación de la legalidad (...), resultando por tanto el juicio de capacidad acerca de los comparecientes, uno de los aspectos probatorios del*

---

<sup>40</sup> Expone TORRES ESCAMEZ que “la apreciación notarial de la capacidad lleva consigo un juicio sobre la capacidad natural del otorgante, una calificación jurídica referida a su capacidad de obrar y legal y una dación de fe en cuanto a la propia actividad del notario a ese respecto”. El propio autor cita en apoyo de su criterio la Resolución de la DGRN de 7 enero de 1992 con énfasis en que el notario “*se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad, y la fe pública sólo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado*”. Vid. TORRES ESCAMEZ, S., “Un estudio sobre...”, *cit.*, p. 222.

*instrumento público (...)*”.(Sentencia No. 615 de 20 de diciembre del 2007, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart). El juicio de capacidad notarial actúa como una fuerte presunción *iuris tantum*, solo destruible con un contundente material probatorio “*no es una formalidad de redacción, sino por el contrario, uno de los requisitos esenciales de todo instrumento público, es decir, que el señalado funcionario no puede hacer constar la cuestión relativa a la capacidad legal sin que previa y plenamente le conste (...)*” (Sentencia No. 888 de 31 de diciembre del 2003, primer Considerando, ponente Carrasco Casí). “(A)l emitir el fedatario autorizante el juicio de capacidad plena del testador erige presunción *iuris tantum* de certeza de tal circunstancia y es a dicha parte recurrente impugnante del acto a quien corresponde la carga probatoria en contrario, sin que el demandado venga obligado en consecuencia a establecer hecho alguno en aval del acto jurídico materializado (...)”. (Sentencia No. 240 de 21 de septiembre del 2010, segundo Considerando, ponente González García). El juicio notarial de capacidad, salvo prueba en contrario resulta, incluso vinculante, sin que con ello se desdiga -según el criterio del Alto Foro-, su naturaleza de presunción *iuris tantum*, si bien con un matiz especial “... pues aun cuando dicha manifestación es ejercicio de la fe pública notarial, la afirmación de capacidad no acredita un hecho sino que constituye un juicio lógico, o apreciación y por tanto como tal, respecto al mismo sólo debe estimarse una presunción *iuris tantum*, y no ha de suponerse que haya de aceptarse como indiscutible, ya que podrá ser destruida por ulteriores pruebas demostrativas en contrario, sin negar lo difícil que en la realidad cotidiana resulta, de donde para que alcance éxito una acción de esta naturaleza se precisa la plena demostración que la

*persona justo al preciso momento de la realización del acto jurídico que se impugna, no tenía capaz suficiente para discernir (...)*. (Sentencia No. 264 de 30 de septiembre del 2010, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart). En consecuencia, sin el arsenal probatorio el cual deberá ser desplegado por el actor en la fase probatoria de la sustanciación del proceso que demuestre la falta de discernimiento de la persona de cuyo ejercicio de la capacidad se dubita, no prosperará la pretensión argüida en la demanda, “... lo que es inequívoca consecuencia de haber estimado acreditada la capacidad plena de la testadora para tal otorgamiento, revestido de la presunción *iuris tantum* de certeza que le confiere la aquiescencia del notario autorizante (...)” (Sentencia No. 344 de 22 de noviembre del 2010, segundo Considerando, ponente González García).

Compete al tribunal valorar con racionalidad el juicio de capacidad notarial, en tanto este no es una verdad irrefragable, aun cuando vaya dotado de esa fuerte presunción *iuris tantum* a la que una y otra vez se refiere el Alto Foro. Por ello, en algunas ocasiones, si bien contadas, el juicio de capacidad logra destruirse ante la veracidad de las pruebas aportadas que permiten que aquel sea refutado, elocuente demostración de su valor probabilístico y no de verdad incombustible. En su Sentencia No. 285 de 7 de octubre del 2009, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez se ha dejado dicho que “... resulta justificada de manera fehaciente e indubitada la presencia de circunstancias personales que afectan en sentido restrictivo la capacidad en uno de los intervinientes en el acto (...) cuya ineficacia se acusa, de modo que padece vicio que determina su

*nulidad al remontarse tales padecimientos al momento de su otorgamiento, convicción a la que se arriba partiendo de aceptar que la integridad mental, por ser aptitud natural o atributo normal del ser humano, se presume en toda persona que no haya sido previamente declarada incapacitada por tribunal competente, pero es que se trata de presunción iuris tantum, destruible por contundente prueba en contrario, obviamente a cargo de quien la alega, y de fuerza tal que por sí baste para enervar el juicio notarial sobre capacidad emitido por el funcionario autorizante del acto jurídico de que se trate, dación de fe que subsume la apreciación personal del Notario al respecto y documenta no merecerle duda la capacidad natural del otorgante (...)*". Asimismo en su Sentencia No. 113 de 30 de abril del 2010, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez, en la que se dice que "... quedó acreditado que al momento de otorgar el testamento que se impugna, la causante estaba afectada en sus facultades mentales de manera que le impedía manifestar válidamente su voluntad, pues aunque consta el juicio de capacidad de la funcionaria que autorizó el documento notarial, no es posible obviar que dicha dación de fe expresa la apreciación personal de la Notaria actuante al respecto, patentizando no merecerle duda la capacidad natural de la otorgante, pero puede ser destruida mediante prueba fehaciente e indubitada (...)".

La negativa del notario a la autorización del instrumento ha de fundarse en razones justificadas, razonadas, sobre la base de dudas certeras que le posibiliten concluir que la persona que pretende comparecer en el instrumento público, carece de discernimiento para autogobernarse y poder determinar el alcance de los efectos del acto o negocio a instrumentar. En este orden, el notario debe explorar las

potencialidades del sujeto y no limitarse a un mero sondeo de su voluntad, sobre la base del prejuicio que puede generar ciertas enfermedades, asociadas directamente con la disminución de las facultades volitivas y mentales de la persona. Eso sí, una vez que el notario da un juicio positivo sobre la capacidad del sujeto, este se erige en esa fuerte presunción *iuris tantum* a la que tantas veces alude el Alto Foro.

De ahí que el juicio de capacidad notarial, solo puede ser destruido por prueba fehaciente e indubitada, particulares de los que carece “... el (...) certificado médico y el resumen de historia clínica que, aunque mencionan la demencia senil entre las patologías clínicas que padeció el testador, fueron emitidos año y medio después del deceso de aquel por facultativo que no consta sea especialista en psiquiatría, siendo eminentemente subjetivo inferir que en la fecha del otorgamiento de sus actos de última voluntad carecía de facultades volitivas (...)” (Sentencia No. 178 de 30 de junio del 2010. Primer Considerando. Ponente Arredondo Suárez), “... las anotaciones en la historia clínica sobre el estado de la testadora que hizo suyas la sentencia interpelada basadas en la apreciación del facultativo de asistencia, no especializado en salud mental (...)” (Sentencia No. 266 de 28 de febrero del 2001, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez), o “... el hecho de que se consignara en el instrumento público cuestionado que la causante no sabía leer y escribir cuando sí poseía tales conocimientos, de ahí que sería eminentemente subjetiva cualquier valoración al respecto (...)” (Sentencia No. 43 de 26 de febrero del 2010, único Considerando, ponente Arredondo Suárez).

Aunque quizás más discutida, al parecer el Alto Foro tampoco le da el valor probatorio que en Derecho pudiera tener la autopsia psicológica con la cual se pretende reconstruir la personalidad psicológica de una persona fallecida, sobre todo en los supuestos de testadores, cuyo testamento se impugna por ausencia de ejercicio de la capacidad jurídica al momento de su otorgamiento, calificada por dicho tribunal como “... una prueba inútil y tendente a dilatar innecesariamente el proceso, pues resulta improbable pudiera llegarse a resultado exitoso con relación a lo pretendido con dicha prueba, a partir de los elementos de los que habrían de servirse los especialistas para dar un dictamen certero, prueba esta que por lo delicado que resulta emitir criterio serio y científicamente razonado sobre la capacidad de obrar de una persona en tiempo pretérito, máxime cuando la misma ya ha dejado de existir, en numerosos casos los especialistas en mérito de su responsabilidad y prestigio profesional evaden sobre fundamentos razonados y razonables, pronunciarse al respecto (...)” (Sentencia No. 264 de 30 de septiembre del 2010, primer Considerando, ponente Acosta Ricart).

## **Bibliografía.**

### **I. Fuentes doctrinales:**

**BALLARÍN** Marcial, **Alberto**, “Naturaleza y clases de ‘juicios’ del notario “, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tomo XXXV, Madrid, 1996; **CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la**, “El notario latino y su función”, en *Revista de Derecho Notarial*, año LXXVI, abril-junio 1972; **CHIKOC BARREDA, Naiví**, Capítulo VI “Clasificación de los

testamentos”, en *Derecho de Sucesiones*, bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004; **GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique**, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976; **GÓMEZ TABOADA, Jesús**, “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007; **LÓPEZ GARZÓN, José**, “Titularidad y fe de conocimiento”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 7, Madrid, 1955; **MARTÍNEZ DIE, Rafael**, “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, en *La Notaría*, No. 2, mayo 2002; **MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio**, “Comentarios al artículo 157 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, 2007; **PARRA BENÍTEZ, Jorge**, “El nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano. Ley 1306 de 2009”, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, Depalma, Bogotá- Buenos Aires, 2011; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.**, “Intervención testifical en los instrumentos públicos notariales: más allá de una reliquia histórica”, en *Derecho Notarial*, tomo II, bajo la coordinación del propio autor e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, Félix Varela, La Habana, 2007; “Concurrencia del perito en el documento público notarial”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegios de escribanos de la provincia de Santa Fe, Rosario, Argentina, año 2, No. 4, 2010; **PÉREZ SILVEIRA, Maelia Esther**, “Comentarios al artículo 20”, en *Comentarios al Código*

*Civil cubano*, tomo I - *Disposiciones preliminares y Relación jurídica*, bajo mi dirección (en imprenta); **RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio**, “El documento en el Código Civil”, en *Escritos jurídicos*, tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996; “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, en *Escritos jurídicos IV*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996; **TORRES ESCAMEZ, Salvador**, “Un estudio sobre el juicio de capacidad”, en *Revista jurídica del notariado*, No. 34, Madrid, 2000; **SANCHO-TELLO Y BURGUET, Vicente**, *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900; **SOLÍS VILLA, Carlos**, y **Francisco Javier MORILLO**, “Comentarios al artículo 198 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, 2007; **TAMAYO CLARES, Manuel**, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001; **VALDÉS DÍAZ, Caridad del C.**, “Comentarios al artículo 30”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo I – *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, bajo mi dirección (en imprenta).

## **II. Fuentes legales:**

*Código Civil de la República de Cuba*, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado por **Leonardo B. PÉREZ GALLARDO**, Ciencias Sociales, La Habana, 2011; *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley No. 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, La Habana,

1983, modificada por el Decreto-Ley No. 241/2006 de 26 de septiembre en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre del 2006; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Juliet ALMAGUER MONTERO** y **Nancy C. OJEDA RODRÍGUEZ** (compiladores) *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007.



# **FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LEGÍTIMA HEREDITARIA**

Mariana BLANCO<sup>1</sup>

María Florencia BRUNELLI<sup>2</sup>

## **SUMARIO**

CAPÍTULO I FIDEICOMISO TESTAMENTARIO: I. CONCEPTO DE FIDEICOMISO TESTAMENTARIO. II. SUJETOS DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO. III. FORMA DE CONSTITUCIÓN. IV. ASPECTOS REGISTRALES DEL FIDEICOMISO MORTIS CAUSA. V. OBJETO DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO. CAPÍTULO II LEGÍTIMA HEREDITARIA: CAPÍTULO III. VICISITUDES CON LA

---

<sup>1</sup> Abogada. Notaria Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa fe.

<sup>2</sup> Abogada. Notaria Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa fe.

LEGÍTIMA HEREDITARIA: I. FIDEICOMISO  
TESTAMENTARIO Y LEGÍTIMA HEREDITARIA. II. ¿ES EL  
FIDEICOMISO MORTIS CAUSA UNA EXCEPCIÓN MÁS A LA  
INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA? (POSTURA AMPLIA)  
CONCLUSIONES

**RESUMEN**

Con la ley 24.441 se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la figura del fideicomiso, y dentro de sus especies encontramos al fideicomiso testamentario, pensada por el legislador para la planificación del testador de los bienes dejados a sus herederos.

Lamentablemente, el legislador no se ha esmerado demasiado en la regulación a esta especie dejando a los operadores del derecho la interpretación e integración de la misma, agravando esta situación, la presencia de normas de orden público del derecho sucesorio.

En el desarrollo del trabajo haremos un análisis de los puntos en conflictos, a efectos de abrir el debate con los siguientes interrogantes:

Puede el Fiduciante afectar la legítima? Cómo proteger a los hijos incapaces?

Implicaría el Fideicomiso testamentario una violación al art. 3598 CC en lo que refiere a la imposición de plazo o condición para recibir los bienes hereditarios?

Puede el Fiduciante designar como Fideicomisarios a terceros que no son herederos? (porción disponible)

Puede el Fideicomisario o Beneficiario incapaz proteger los bienes que le han asignado en el Fideicomiso, aún en perjuicio de los restantes herederos? (Relacionado con el punto 1)

Puede el Fiduciante constituir Fideicomiso sobre una universalidad jurídica, sobre parte alícuota o sobre bienes determinados o determinables?

### **ABSTRACT**

The law 24.441 introduces on our legal system the figure of the trust, and under their species we can found the testamentary trust, thought for the lawgiver to the testator's planification of his/her properties left to his/her heir.-

Lamentably, the lawgiver has no been careful enough on the regulation of this kind of trust, leaving the law operators the interpretation and integration, aggravating this situation, the presence of public order rules of successive law.-

On this article development, we will do an analysis of the controversial points in order to open the discussion with these interrogations:

Can the settler affect the legitimate? How can be protected the

disability children?

Does the testamentary trust implicate a violation of the art. 3598 civil code about the term or condition imposition to receive hereditary properties?

Can the settler assign as trustee to anyone that ar not heir? (available portion).

Can the settler or beneficiary trust disability protects their properties that have been assigned on the trust, even the detriment of the other heir?

Can the settler constitute a trust over law universality, over aliquot part, or over particular and not particular properties?

### **PALABRAS CLAVES**

Fideicomiso testamentario – legitima hereditaria – incapacidad.

### **KEY WORDS:**

Testamentary trust - Hereditary legitime- disability

## **CAPITULO I FIDEICOMISO TESTAMENTARIO**

### **I. CONCEPTO DE FIDEICOMISOTESTAMENTARIO:**

El fideicomiso testamentario es una institución que permite al testador transmitir la propiedad de determinados bienes a otra, el

fiduciario, para que las administre y conserve y las transmita, a su vez, cuando se cumpla determinado plazo o condición, a una tercera persona que es la destinataria final de los bienes: el fideicomisario, que puede ser también el beneficiario del fideicomiso, que es quien recibe los frutos de los bienes que constituyen el objeto del mismo

Constitución del fideicomiso mortis causa con fines de protección de débiles o incapaces: con el fideicomiso testamentario se responde al resguardo de intereses cimentados en razones de índole familiar, así la atención de un incapaz. El causante podrá prever la administración o inversión de sus bienes en protección de los incapaces, tendiente a evitar los riesgos de mal manejo del patrimonio hereditario, en salvaguarda del interés familiar superior.

El caso típico se configura de la siguiente manera: el testador tiene un heredero menor de edad o demente y desea que sus bienes sean administrados por una persona en quien tiene depositada su confianza por su honestidad y capacidad. Con ese fin, le transmite la propiedad de determinados bienes, con la obligación de administrarlos, conservarlos y entregarlos finalmente al heredero o legatario.<sup>3</sup>

A pesar de la previsión por parte de la ley de las dos formas de constitución (por contrato o por testamento), los legisladores se limitaron a enunciar las dos fuentes, pero sólo reglamentó una de ellas,

---

<sup>3</sup> Borda, Guillermo A.: "Manual de sucesiones". 14 ed. Actualizada. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As. 2002.

la constituida por contrato, por lo que el régimen legal del fideicomiso contractual debe entenderse aplicable al fideicomiso constituido por testamento. Pero ello no basta para configurar el régimen legal del fideicomiso mortis causa, puesto que la disposición de bienes propia del acto de última voluntad está sujeta a normas de orden público que muy difícilmente puedan ser dejadas de lado (como más adelante veremos). En consecuencia, el exacto encuadramiento jurídico de la nueva figura, su instrumentación práctica y su mecánica operativa, requieren una correcta labor hermenéutica integrativa del ordenamiento legal mediante la armonización de las normas del fideicomiso contractual o convencional adaptadas a éste figura, y las normas y principios propios del derecho sucesorio.

## **II. SUJETOS DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.**

De la misma manera que en el fideicomiso contractual, en el testamentario nos encontramos con cuatro sujetos intervinientes:

**FIDUCIANTE:** Es el mismo testador quien, a través de su testamento crea el fideicomiso, designa las personas intervinientes en el negocio, establece las condiciones y pautas de funcionamiento.

**FIDUCIARIO:** Es la persona física o jurídica a quien se transmite la propiedad de los bienes objetos del fideicomiso y quien es responsable de cumplir con el encargo previsto por el fiduciante.

FIDEICOMISARIO: es el destinatario final de los bienes para el que se constituyó el fideicomiso, una vez cumplido el plazo o condición. El artículo 1 de la ley 24.441 permite que puedan superponerse la figura del fideicomisario con el beneficiario o con el fiduciante (es decir, sus herederos), esto ocurrirá cuando el testador designe como fideicomisario, no a un tercero ajeno al negocio jurídico, sino a sus propios herederos.- En cambio, el fiduciario tiene expresamente prohibido ser destinatario final de los bienes del fideicomiso (artículo 7), porque lo impide la misma estructura legal del negocio (artículo 1). En conclusión: podrán ser fideicomisarios un tercero, los herederos del fiduciante o el beneficiario, pero jamás el fiduciario. Por último, el testador puede designar un fideicomisario sustituto (sustitución vulgar, no así la fideicomisaria que está prohibida, esto es, darle un heredero al heredero).

### **¿Es el fideicomisario un sucesor mortis causa del testador?**

La mayoría de la doctrina considera que el fideicomisario es un sucesor mortis causa, junto con el fiduciario, del testador fideicomitente. Ambos reciben los bienes en virtud del llamamiento que ha hecho el testador en su testamento. La herencia es la misma, la del testador, que por disposición de su voluntad se transmite primero al fiduciario, y luego de cumplirse el plazo o la condición, éste la transmite al fideicomisario, cumpliendo el mandato del testador, quien es el

causante de ambos.

Por lo dicho, se concluye que la capacidad para suceder la debe tener el fideicomisario con respecto al testador fiduciante y no con respecto al fiduciario, y los derechos derivados de la sucesión los adquiere desde el mismo momento de la muerte del causante, desde ese mismo momento ingresan a su patrimonio y los transmite a sus eventuales herederos, salvo pacto en contrario del testador.

Avalan esta posición lo prescripto por los artículos 2 y 26 de la ley 24.441, en cuanto disponen: “...si ningún beneficiario llegara a existir se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario...” (artículo 2), y “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan”.( artículo 10)<sup>4</sup>.

Al adjudicarse los bienes al fiduciario en el proceso sucesorio del testador, se consignan en su hijuela el carácter fiduciario del dominio de los mismos y el destino que le ha previsto el fiduciante y que debe cumplir el fiduciario: transmitirlos al fideicomisario al cabo del plazo estipulado o de cumplida la condición, a la persona señalada por el testador como fideicomisaria. Estas prescripciones constan en la hijuela y se inscriben en el Registro de la Propiedad, junto con el dominio fiduciario. Cuando el fiduciario transmite los bienes al

---

<sup>4</sup> Medina, Graciela: “Fideicomiso testamentario (¿como evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?)”, J.A. 1995-III-705.

destinatario final no hace una donación, sino que cumple la voluntad expresa del testador que consta en su título de propiedad<sup>5</sup>

**BENEFICIARIO:** El beneficiario es un sucesor mortis causa del testador fiduciante, pueden ser tanto herederos forzosos como no forzosos y también terceros, dado que la ley no impone restricciones al respecto.- Su derecho a los frutos del patrimonio fideicomitado, que se los debe entregar el fiduciario, tiene causa en el testamento. Es un legatario de frutos o prestaciones periódicas de dinero, sometido a condición o plazo resolutorios. El beneficiario tiene un derecho personal a que el fiduciario cumpla las prestaciones a su cargo. El testador, a su vez, puede establecer las modalidades de pago de dichas prestaciones que a su criterio sean convenientes.

Asimismo, el artículo 2 prevé el caso de que puede ser beneficiario incluso una persona física o jurídica no existente al momento de la apertura de la sucesión, con tal que esté consignado el supuesto en el testamento del fiduciante. Ello constituye una excepción al principio sucesorio según el cual el sucesor debe existir al tiempo de la apertura de la sucesión, oportunidad en que también adquiere eficacia el testamento (artículo 3290). El Código Civil sólo prevé el caso excepcional de la fundación, que puede crearse con posterioridad al fallecimiento del causante, con el legado que él mismo dispone a tal

---

<sup>5</sup> Ferrer, Francisco A. M.: “Estructura e instrumentación sucesoria del fideicomiso testamentario”, en Revista de Derecho Procesal de Familia N° 2 Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 237.

efecto (artículo 3735). Ahora el legatario de los frutos del fideicomiso podrá comenzar su existencia después de la apertura de la sucesión del testador. Basta que el fiduciante en su testamento consigne los datos necesarios para individualizarlo en el futuro<sup>6</sup>.

Cuando el fideicomiso se constituye por contrato se requiere la aceptación del beneficiario, en forma similar ocurre con el fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad. El beneficiario es libre de aceptar o no aceptar el beneficio, en cuyo caso se aplicarán las pautas de designación de quien corresponda de acuerdo al artículo 2. La aceptación puede ser tácita, lo cual acaecerá si el beneficiario recibe el beneficio, o de cualquier manera no contradiga su calidad ante el cumplimiento de las prestaciones por parte del fiduciario. Si el beneficiario es incapaz rige el principio del artículo 3333 del Código Civil y restantes normas sobre su actuación por representante, con más la intervención del defensor de incapaces.

El artículo 2 de la ley 24.441, referente al fideicomiso contractual, y como dijimos al comienzo, extensible a la regulación del fideicomiso mortis causa, dice: *“El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán*

---

<sup>6</sup> Ferrer, Francisco A.M.: “Estructura e instrumentación sucesoria del fideicomiso testamentario”, ob. cit. Pag. 272.

*designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte. Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante”,* (en este último caso, los beneficiarios serán los herederos puesto que el fiduciante ha fallecido).

### **III. FORMA DE CONSTITUCIÓN.**

La ley 24.441, en su artículo 3 dispone que el testamento por el cual se constituye el fideicomiso, debe extenderse en alguna de las formas previstas por el Código Civil, que prevé formas ordinarias y extraordinarias. Las primeras son los tipos normales de testar, ellos son el testamento ológrafo, el cerrado y el otorgado por acto público (artículos 3639 y siguientes). Las segundas requieren, para poder ser empleadas, que el testador se halle en circunstancias excepcionales como una travesía marítima (testamento marítimo, artículos 3679 y siguientes), en navegación aérea (testamento aéreo, artículo 84 del Código Aeronáutico), involucrado en episodios de guerra (artículos 3672 y siguientes), o en el extranjero (artículos 3637 y 3638). Sea cual sea el tipo de testamento adoptado para instrumentar el fideicomiso, aquél debe cumplir con las formalidades exigidas para cada una de éstas formas testamentarias, y además deberá contener:

- a)** La individualización del beneficiario

- b)** La designación del fiduciario
- c)** La determinación de los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare (artículo 4);
- d)** La individualización de los bienes objeto del fideicomiso. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes (artículo 4);
- e)** El determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso (artículo 4)
- f)** Destino de los bienes al finalizar el fideicomiso (artículo 4), debiendo indicar la persona del fideicomisario, a quien el fiduciario se los debe transmitir.
- g)** El plazo o condición resolutoria a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, en cuyo caso podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad (artículo 4). El plazo debe contarse desde el fallecimiento del testador;
- h)** Debe dejar expresa constancia en el testamento del fin del fideicomiso, ya que los derechos y obligaciones del fiduciario deben evaluarse según el propósito tenido en cuenta por el testador.

#### **IV. ASPECTOS REGISTRALES DEL FIDEICOMISO MORTIS CAUSA.**

El artículo 12 de la ley 24.441 dispone: *“El carácter fiduciario del*

*dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos*". Asimismo, el artículo 13 de la misma normativa dice: *"Cuando se trate de bienes registrables, los Registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los Registros pertinentes"*.

Como vemos a resultas de lo prescripto por éstos artículos deberá inscribirse al fiduciario como nuevo titular registral, y a partir de allí tendrá efectos frente a terceros el nuevo dominio fiduciario (siempre que se trate de bienes registrables), con la respectiva particularidad del plazo o condición a que se halle sometido, o en su caso, de la situación en que el beneficiario sea un incapaz.

Es notable la importancia que en esta materia reviste la inscripción registral, pues deberá contener una síntesis clara y precisa de las limitaciones que afectan al dominio del adquirente fiduciario de toda necesidad para que los terceros puedan conocer con certeza las modalidades que lo condicionan. Así, el plazo o la condición a que está subordinado, que resultan del acto, deberán surgir de las certificaciones que expida el registro. En este sentido el artículo 14 inciso b) de la ley 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble, indica que este organismo deberá registrar las hipotecas, otros derechos reales y demás

limitaciones que se relacionen con el dominio. Del mismo modo, la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, sólo podrán acreditarse ante terceros por las certificaciones que se expidan, necesarias para que los escribanos intervinientes puedan autorizar los documentos que versen sobre la transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles (artículos 22 y 23 de la ley 17.801).

El decreto 780/95 reglamentario de la ley 24.441, dispone en su artículo primero que en todas las anotaciones registrales o balances relativos a bienes fideicomitidos deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación “en fideicomiso”.

#### **V. OBJETO DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.**

Constituye el objeto del fideicomiso testamentario los bienes que el causante dispuso transferir al fiduciario, para que éste los administre y entregue los frutos al beneficiario, con la posibilidad de incorporar nuevos o sustituir los existentes, para lo cual deberá determinar la forma de llevarlo a cabo. La ley se refiere siempre a bienes, por lo que esta expresión en sentido amplio comprende toda clase de bienes inmateriales, derechos y cosas (como pueden ser: créditos, patentes de invención, acciones, títulos valores, derechos intelectuales, obligaciones negociables, sumas de dinero, inmuebles, buques, automóviles, etcétera). Y puede tratarse de bienes determinados

o determinables, registrables o no. Pueden ser bienes presentes o futuros, que no existen al momento de testar, pero que pueden llegar a existir. A pesar de la prohibición del artículo 3752 de legar cosas ajenas, este principio sucesorio se hace a un lado y deja paso a la posibilidad de constituir el fideicomiso sobre bienes que a la fecha de testar no se encuentran en el patrimonio del fiduciante, pero que necesariamente deberá adquirirlos antes de su fallecimiento.

**¿Se puede constituir un fideicomiso testamentario sobre la universalidad de la herencia o sobre una cuota parte de ella?**

Esta cuestión divide las aguas en nuestra doctrina:

TESIS POSITIVA: algunos autores<sup>78</sup> consideran que ello es posible y fundamentalmente se basan en que, si bien el artículo 1 de la ley 24.441 se refiere a bienes determinados, el artículo 4 de la misma ley prevé la posibilidad de que no se puedan individualizar los bienes y admite que se describan sólo sus características y requisitos. El argumento más sólido para oponerse a la posibilidad de fideicomisos universales era el primitivo artículo 2662 del Cód. Civil, cuyo texto fue reemplazado por otro que no apareja el obstáculo, conforme la ley 24.441, que si bien exige la individualización de los bienes (artículo 4)

---

<sup>7</sup> Ferrer, Francisco A. M., en comentario al artículo 3723 del Código Civil Argentino, en Código Civil comentado, sucesiones, coordinado por los Dres. Ferrer, Francisco A.M. y Medina, Graciela, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Pag. 409.

<sup>8</sup> Pettigiani, Eduardo: “La legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento”. J.A. 1999-III-1078.-

de no resultar posible se limita a la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes, lo que apunta a aquellos casos en que no siendo posible la individualización ab initio sí lo es en algún momento. En efecto, el viejo artículo 2662 del Código Civil decía: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular...*”, mientras que el nuevo, modificado por artículo 73 de la ley 24.441 omite la referencia a fideicomiso singular, dejando abierta la posibilidad de la constitución del fideicomiso mortis causa sobre universalidades, siendo suficiente con la descripción de la universalidad que se transmite fiduciariamente y las características que reúnen los bienes que la componen. Por lo tanto, el testador puede destinar a la constitución del fideicomiso toda su herencia, una parte alícuota de la misma o bienes determinados, por lo cual podrá ser heredero, legatario de cuota o legatario particular, con la particularidad de que estará sometido a condición o plazo resolutorios, puesto que su dominio fiduciario concluirá cuando se cumpla la condición, o el plazo impuesto al fideicomiso por el testador.

TESIS NEGATIVA: la doctrina mayoritaria<sup>9-10-11</sup>, en cambio, considera que la ley sólo contempla el fideicomiso singular, que para que exista fideicomiso testamentario el causante debe haber

---

<sup>9</sup> Borda, Guillermo A. Ob. cit. Pag. 430.

<sup>10</sup> Medina, Graciela: “Fideicomiso testamentario (¿como evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?)”, ob. cit.

<sup>11</sup> Highton, Elena I.: “Fideicomisos mortis causa”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Sucesiones N° 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pag. 152.

individualizado el o los bienes objeto del fideicomiso, o descripto los requisitos o las características que deben reunir los bienes. Sostienen que esto es lo que resulta claramente de los artículos 1 y 4 de la ley 24.441, y que una interpretación tan amplia de los textos legales está reñida con la clara redacción de las normas en cuestión.- Sería nulo, en consecuencia, si recayera sobre la universalidad de los bienes del causante o una universalidad cuyos componentes no estuvieran inventariados, puesto que entre los requisitos se encuentra la individualización de los bienes objeto del contrato. Tampoco podría recaer el fideicomiso sobre un porcentaje o proporción de un patrimonio, por ejemplo sobre la porción disponible, pues necesitarían determinarse las cosas o bienes fideicomitidos.

Graciela Medina y Horacio Maderna Etchegaray, entienden que si existen herederos forzosos el fideicomiso solo podrá ser constituido sobre la parte de libre disposición, porque lo contrario violentaría la legítima<sup>12</sup>, es decir que a un heredero forzoso no se le puede obligar a recibir una propiedad fiduciaria, porque ello implicaría someter su legítima a una condición o a una carga que se encuentra prohibida por la ley en el art 3598 CC. Ello implica que mientras exista un sistema de legítimas tan alto en nuestro CC, la utilidad del fideicomiso testamentario será de muy escaso valor. Por lo que sostienen que de constituirse un fideicomiso sobre la universalidad de la herencia o sobre

---

<sup>12</sup> Lambois, Susana: "El fideicomiso y la legítima", JA-1998-III-805.-

una parte alícuota, éste será nulo<sup>13</sup>

Natalio Etchegaray<sup>14</sup> señala que pueden ser objeto del fideicomiso bienes determinados o indeterminados, aunque sí determinables en base a directrices contenidas dentro del mismo testamento; que puede constituirse sobre todo el patrimonio del testador o sobre una parte alícuota de éste.- Agrega que en el primer supuesto se cumple con el artículo inc. a de la ley, puesto que con el inventario que se practique en el sucesorio, quedarán individualizados los bienes que lo componen, y que la cuestión más controvertida la vemos cuando se constituye sobre una parte alícuota, dado que no existe individualización de cuáles bienes serán el objeto del fideicomiso, pero que el obstáculo a salvar sería el modo de designar los bienes.-

Pensamos que podría constituirse fideicomiso testamentario sobre una universalidad, siempre y cuando ésta sea susceptible de ser determinable en un futuro, verbigracia: constituir un fideicomiso sobre todos los bienes inmuebles que a la muerte del fiduciante existan en su patrimonio.-

De hecho, la figura se tornaría en poco práctica, puesto que el causante pudo en vida hacer su testamento constituyendo el fideicomiso cuando era propietario de determinada cantidad de bienes, pero luego adquiere otra cantidad de bienes que desea integrar al

---

<sup>13</sup> Graciela Medina, "Fideicomiso testamentario" Doctrina, JA, 1995-III, p 23, pag 711

<sup>14</sup> Etchegaray, Natalio Pedro: "Técnica y práctica documental. Fideicomiso". Ed. Astrea, Bs. As. 2008.

fideicomiso ya constituido, y se encuentra con la necesidad de confeccionar otro testamento revocando el anterior al sólo efecto de incluir los bienes adquiridos con posterioridad. Más aún se refleja éste inconveniente, si el constituyente desea confeccionar su testamento por acto público, en tal caso, deberá afrontar los gastos de la escritura pública.

*Proponemos se habilite la posibilidad de esta forma de constitución, otorgando un plazo prudente al fiduciario para inventariar los bienes objetos de la universalidad que forma el fideicomiso, de esta manera quedaría cubierta la falencia de la indeterminación de los bienes que la integren, y dejará de ser una universalidad para ser un conjunto de bienes determinados, siempre y cuando no existan herederos forzosos.*

## **CAPITULO II LEGÍTIMA HEREDITARIA**

La legítima es una parte del patrimonio del causante que la ley adjudica a determinada categoría de herederos, muy próximos a él, y de la cual no pueden ser privados sin justa causa de desheredación. Cuando una persona tiene hijos, padres o cónyuge, la ley le restringe la facultad de hacer liberalidades: de donar sus bienes o de hacer legados, no permitiéndole beneficiar a extraños sino dentro de cierta medida o de cierta cuota. También se puede decir que engloba un concepto polifacético, porque cabe considerarlo respecto a los sujetos y así, desde el punto de vista del causante, importa una restricción a sus poderes de

disposición, en tanto los negocios gratuitos que la afecten carecen de eficacia plena y definitiva, mientras que desde la óptica del heredero legitimario resulta un derecho subjetivo a una porción del patrimonio del causante de la que no puede ser excluido salvo indignidad o desheredación.<sup>15</sup>

Legítima y porción disponible son dos partes correlativas de un todo que es la herencia, ligadas por una relación inversamente proporcional: en la medida en que la primera crece disminuye la segunda.

En este sentido, el artículo 3591 del Código Civil la define de la siguiente manera: *“La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a los herederos”*. Se trata de la porción económico-jurídica de la sucesión declarada intangible por el legislador.

La porción de la legítima es de orden público y no es susceptible de ser alterada por disposiciones del causante, quien se encuentra limitado para disponer de una porción mayor de aquella permitida por la ley, así como también los actos a título gratuito que celebre en vida no pueden alterar el derecho de los herederos.

---

<sup>15</sup> Méndez Costa, María Josefa, citada por: Lambois, Susana, ob. cit.

### **CAPITULO III. VICISITUDES CON LA LEGÍTIMA HEREDITARIA**

#### **I. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LEGÍTIMA HEREDITARIA:**

La ley 24.441 no establece que no se debe afectar la legítima de los herederos forzosos. Ni siquiera hace mención de ella. Todo lo contrario, dispone en su artículo 97 que se deja sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley, pero no deroga expresamente las normas de orden público que organizan nuestro sistema de legítimas. ¿Qué ocurre, entonces, si el testador al constituir el fideicomiso compromete bienes que exceden la porción disponible? ¿Los herederos forzosos deben soportar la restricción a su legítima durante la vigencia del fideicomiso?

Por otra parte, nos encontramos con la norma del artículo 3598 que dice: *“El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciera, se tendrán por no escritas”*. De esta disposición entendemos que a un heredero forzoso no se le puede obligar a recibir una propiedad fiduciaria, porque ello implicaría someter su legítima a una condición o a una carga que se encuentra prohibida por la ley; y siendo esta disposición una norma de orden público, debió ser objeto de una modificación expresa. Como no lo fue, su vigencia sigue siendo plena, de manera que existiendo herederos

forzosos, el fideicomiso sólo puede establecerse sobre la cuota de libre disposición, siendo nulo el que vulnere la legítima.

Por intangibilidad de las legítimas se entiende no solo la prohibición de privar de ellas a los legitimarios o de reducir sus proporciones, sino también la de afectarlas, comprometerlas o supeditarlas a plazos, condiciones, designación de administrador, etc. De ahí que la doctrina no haya aceptado la validez de las indivisiones impuestas por el causante en tanto afectases las legítimas, con excepción de aquellas indivisiones forzosas temporarias emergentes de la aplicación de la ley 14.394, del derecho real de habitación para el cónyuge supérstite y de la subsistencia del bien de familia constituido por el causante<sup>16</sup>.

Veamos ahora, las distintas hipótesis que puedan presentar y su tratamiento, intentando armonizar las normas de la ley 24.441 con las restantes disposiciones del código civil:

- **Designación como beneficiario de un tercero:** esto puede acarrear que el tercero reciba como beneficio un monto superior a aquel del cual el testador podía disponer; circunstancia que dependerá del plazo fijado para la finalización del fideicomiso, o de que ocurra el hecho previsto como condición para la misma. En tal caso, los herederos forzosos tendrán a su disposición la opción que acuerda el artículo 3603 del Código Civil, en virtud de la semejanza existente entre

---

<sup>16</sup> Guastavino, Elías P., citado por Silvio V. Lisoprawski y Claudio M. Kiper: “Teoría y Práctica del Fideicomiso”. 2º Ed. Editoria Lexis Nexis Depalma, Bs. As. 2002.

esta situación y aquella en la que el testador ha instituido un legado de usufructo o de renta vitalicia. Esto es, podrán elegir entre respetar las condiciones del fideicomiso, o entregar al beneficiario la porción disponible. En este caso, las disposiciones del fideicomiso ceden ante la opción de los herederos legitimarios y el fideicomiso queda sin beneficiario, en virtud de haber sido este desinteresado. (no coincide con esta solución el autor Francisco A.M. Ferrer, quien sostiene que esta solución no es viable, porque aquí se trata de la aplicación de una ley posterior, la 24.441, que regula un nuevo instituto, el fideicomiso, totalmente distinto a los que contempla el artículo 3603 del Código Civil).<sup>17</sup>

- **Designación como beneficiario del fideicomiso de un heredero forzoso:** la solución es la misma que la del caso anterior, sólo que en éste debe interpretarse que el testador ha querido mejorar al heredero designado, de acuerdo a la facultad que le confiere el artículo 3605 del cuerpo legal, por lo cual dicho heredero tendrá derecho a recibir su porción legítima más la disponible del testador fiduciante. También en este caso si los demás herederos legitimarios deciden desinteresarlo, las disposiciones del fideicomiso caerán ante la opción ejercida por los demás herederos forzosos.

- **Designación como beneficiario del fideicomiso de un heredero forzoso y como fideicomisario a un tercero:** el

---

<sup>17</sup> Ferrer, Francisco A.M., en comentario al artículo 3723 del Código Civil Argentino, en Código Civil comentado, sucesiones, coordinado por los Dres. Ferrer, Francisco A.M. y Medina, Graciela, ob. cit. Pag. 414.

heredero forzoso beneficiario podrá cuestionar el fideicomiso argumentando que se ha violado la intangibilidad de su porción legítima, ya que no será él el destinatario final de los bienes fideicomitidos, de los cuales no tiene ni siquiera la administración, en virtud de haberse confiado la misma al fiduciario. En tal caso, al tercero fideicomisario lo único que le queda por hacer, será probar que las rentas del fideicomiso cubren la porción legítima del heredero beneficiario, de tal manera, que ella no resulta alterada por la disposición del testador. De triunfar lo sostenido por el heredero forzoso, caerán las cláusulas regulatorias del fideicomiso y deberá salvarse la legítima del heredero forzoso.

- **Designación como beneficiario y como fideicomisario del fideicomiso a terceros:** estamos frente a un supuesto de preterición de herederos forzosos previsto por el artículo 3715 del ordenamiento legal, hipótesis en la que si bien no se invalida la institución hereditaria, la porción legítima debe salvarse, resultado en consecuencia alteradas las disposiciones del testador relativas al fideicomiso, salvo que se constituya sobre la porción disponible.

- **Designación como fideicomisarios a todos los legitimarios:** tal designación no genera problemas si estuviese dispuesto sobre la porción disponible del testador, puesto que en principio la legítima de ninguno de ellos resultaría vulnerada; y si la manda excediese de la porción disponible la disposición del testador sería nula por lo dispuesto en el art. 3598 del código civil, pero si los

herederos voluntariamente cumplen la manda aceptando su calidad de fiduciarios, habría una confirmación tácita.-

- **Designación como fideicomisarios sólo a algunos de los legitimarios:** los herederos forzosos no designados fideicomisarios podrán reclamar la protección de su porción legítima, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3601 del Código Civil.

- **Designación como fideicomisarios a herederos forzosos y a terceros:** los fideicomisarios herederos forzosos podrán requerir la reducción del derecho de los terceros a la porción disponible, de acuerdo también a lo dispuesto en la norma citada en la hipótesis anterior.<sup>18</sup>

El proyecto de Código Civil de 1998 contiene la siguiente norma referente a la legítima hereditaria de los herederos forzosos: artículo 2397: *“Protección. El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, no son válidas. Pero puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aún cuando excedan de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad”*.

Ahora bien, que sucedería si el fideicomiso testamentario tuviera como beneficiario a un hijo incapaz y como fideicomisarios a éste último y a los restantes herederos?

---

<sup>18</sup> Fuentes, Juan A.: “El fideicomiso testamentario: carácter limitado de los alcances de aplicación práctica”. J.A. 1999-III-1044.-

*Entendemos aquí que la finalidad de nuestro Código Civil, en el capítulo sobre Sucesiones, es la “protección familiar” y que ello unido al concepto de “igualdad”, garantizado por nuestra Constitución, en el sentido de igualdad entre iguales, y al rango de jerarquía constitucional que alcanzaron los Tratados internacionales referidos a los incapaces, estamos en condiciones de afirmar que, los herederos capaces, deben soportar el tiempo establecido en el contrato y más aun, su extensión, en virtud de la existencia de un incapaz. Sin embargo, y como ello provoca la imposibilidad de disponer de un patrimonio, que de no haber testado el causante bajo esta figura, hubieran hecho liquidar desde el momento mismo de su muerte, sostenemos que los fideicomisarios capaces pueden solicitar la extinción parcial del fideicomiso relativa a los bienes que exceden de la necesidad del incapaz o extinguirlo totalmente, siempre por vía judicial, en tanto logren demostrar que el incapaz percibe, producto de la renta de otros bienes propios o habidos por actos entre vivos con el causante, un ingreso suficiente que le permite subsistir de manera digna*

## **II. ¿ES EL FIDEICOMISO MORTIS CAUSA UNA EXCEPCIÓN MÁS A LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA? (POSTURA AMPLIA)**

Como venimos analizando, el fideicomiso implica un estado de indivisión de los bienes fideicomitidos por un plazo que tiene como máximo legal, 30 años. En el caso que los beneficiarios, o los fideicomisarios del fideicomiso sean herederos forzosos, incurriría en una contradicción con la disposición del artículo 3598 del Código Civil que prohíbe al testador imponer gravamen o condición alguna a las porciones legítimas de éstos herederos.

Por otra parte, la intangibilidad de la legítima por situaciones de indivisión ha quedado modificada por los artículos 34 a 56 de la ley 14.394 y el artículo 3573 bis del Código Civil, la constitución de bien de familia y la indivisión hereditaria, como el derecho de habitación del cónyuge superviviente, condicionan la legítima y modifican el régimen sucesorio de Vélez. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el fideicomiso testamentario, en estos casos la ley establece expresamente que el juez está facultado a intervenir y autorizar la división si existe interés legítimo.

Entonces, nos preguntamos: ¿es el fideicomiso mortis causa una excepción más a la intangibilidad de la legítima, debe relacionarse éste con las disposiciones sobre indivisión hereditaria?

Teniendo en cuenta que, en principio, los herederos forzosos tienen derecho a los bienes que componen la herencia en forma inmediata y que las restricciones a dicho derecho son excepcionales, el término que prevé esta normativa aparece extremo, implicando una desnaturalización del derecho hereditario. De ahí que se haya proclamado una armonización, aplicando los plazos previstos para las indivisiones hereditarias forzosas previstas en la ley 14.394, que también tienen que ver con la postergación de la disponibilidad de los bienes del causante. De esta manera, podría considerarse como otra posibilidad, la de admitir la indisponibilidad de la legítima de los herederos forzosos por un plazo similar al de las indivisiones postcomunitarias, es decir diez años, o la mayoría de edad de los legitimarios, que en la hipótesis

extrema sería, actualmente, de 18 años<sup>19</sup>; y esto siempre que el fideicomiso se haya constituido con la finalidad de proteger a un heredero forzoso incapaz o a la familia toda.

**En conclusión: podemos afirmar la existencia de dos corrientes de pensamiento: una restringida, que no admite bajo ninguna circunstancia, la más mínima violación del principio de la intangibilidad de la legítima, y otra más flexible, más amplia, que admite que este principio pueda ceder ante la hipótesis en que el beneficiario del fideicomiso sea un heredero forzoso incapaz o a su familia toda.**

Nosotras sostenemos que la utilización correcta del fideicomiso testamentario, estaría aplicado solo para los casos en que se vea involucrado como beneficiario o fideicomisario, un incapaz, y que el plazo de duración del mismo, será el necesario hasta el cese de la incapacidad o el fallecimiento, debiendo, los herederos capaces, soportar la indisponibilidad de este patrimonio, en aras a la necesidad de una mayor protección hacia el que se encuentra en inferioridad de condiciones, con la salvedad que comentáramos en otro párrafo, respecto a la prueba de ingresos suficientes por parte del incapaz que le permita sostener una vida digna.

En los restantes casos, donde todos los herederos son capaces, y salvo su conformidad, sostenemos que en vistas al principio de

---

<sup>19</sup> Highton, Elena I.: “Fideicomisos mortis causa”, pag. 165 y ss.

intangibilidad de la legítima y del art 3598 CC, cualquiera de ellos o todos, podrían pedir la extinción parcial o total del fideicomiso, conforme lo expresado en párrafos anteriores, entendiendo que el testador no puede provocar la indisponibilidad del patrimonio de los herederos que comenzó a pertenecerles desde el momento mismo de su muerte.

## **CONCLUSIONES**

Respondiendo a los interrogantes que nos planteáramos en el inicio de este trabajo, y luego del desarrollo del tema, proponemos:

Que el Fiduciante podría designar como Fideicomisarios o beneficiarios, a terceros que no son herederos o a algunos de los herederos a título de mejora, solo respecto de su porción disponible y cumpliendo con la necesidad de determinar los bienes que la compondrán desde el testamento o las pautas necesarias para su individualización futura.-

Que el Fiduciante solo podrá constituir Fideicomiso Testamentario sobre bienes determinados o determinables, entendiendo, en éste último caso, que pueden ser bienes sujetos a una especificación posterior, en tanto dejen abierto desde el testamento, la posibilidad individualizarse a futuro, por ello creemos viable un Fideicomiso donde pueda constituirse sobre los bienes ...ej. Muebles, inmuebles, acciones, etc..., pero no podría constituirse sobre una universalidad, parte alícuota o porción disponible en términos

generales.-

Que el Fiduciante no puede afectar la legítima, violando normas de orden público y provocando la indisponibilidad del patrimonio de los herederos, que en virtud de su muerte han alcanzado el derecho a los mismos, por lo que, por aplicación del art 3598 CC, si todos los herederos-beneficiarios-fideicomisarios fueran capaces podrían pedir la resolución del Fideicomiso, recibiendo la herencia sin condicionamientos.

Que a nuestro entender, la correcta aplicación del Fideicomiso Testamentario, la encontramos solo ante la existencia de herederos incapaces, en cuyo caso los capaces se verían obligados a respetar la validez del mismo, hasta que el incapaz alcance plena capacidad o fallezca. Ante esta situación sostenemos que los herederos capaces podrían demostrar judicialmente, que el incapaz tiene ingresos suficientes para subsistir dignamente, sin necesidad de mantener afectados bienes al Fideicomiso.

Mientras la porción de legítima hereditaria sea tan elevada, la aplicación fáctica de este instituto será sólo una expresión de deseo, convirtiéndose en letra muerta aquella ley que la regule. No es nuestro propósito hacer a un lado las normas que se refieran a ella, puesto que ellas son normas de orden público, sino que lo conveniente es reducirlas. Es por ello que se hace imprescindible reducir las porciones de las legítimas. De esta manera el causante podrá constituir un fideicomiso con mayor amplitud sin violar la legítima de los

descendientes, mejorando en todo caso a alguno de ellos que a juicio del causante merezca un mayor respaldo que los demás, por su gratitud hacia el causante, por su incompetencia e inexperiencia, o por ser incapaz. Del mismo modo se evitaría acciones de reducción y de complemento entre los descendientes con el objetivo de restablecer la igualdad de sus cuotas, cobrando virtualidad el fideicomiso deseado por el testador.



# **EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES MÉDICAS EN PEDIATRÍA: el rol del paciente**

María Susana Ciruzzi<sup>1</sup>

## **SUMARIO**

I. Marco Legal para la práctica médica en pacientes pediátricos.  
II. La competencia bioética del menor de edad. III. “Debido Proceso”  
de acercamiento en las disputas y conflictos entre el médico, la familia y  
el paciente. IV. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA), Lic. Derecho Penal (UBA), Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Área Derecho Penal. Socio de la Asociación Argentina de Bioética Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Miembro del Comité de Ética y de la Dirección Asociada de Asuntos Jurídicos.

## **RESUMEN**

El objetivo del presente trabajo consiste en lograr reafirmar “la decisión médica” en la atención pediátrica como un proceso multilateral, compartido, discutido, dinámico, en el cual participan tres actores fundamentales: el equipo de salud, el paciente pediátrico y sus padres (o representante legal o adulto de confianza a su cuidado).

Vista de esta manera, la toma de decisiones médicas produce una tensión permanente entre el paternalismo médico –más acentuado aún en este caso por tratarse de pacientes pediátricos que, casi naturalmente, predispone a los adultos a conducirse en pos de su “protección” y “cuidado” y aún con prescindencia de las opiniones del niño-, la autonomía del paciente pediátrico –situación que, en la mayoría de los casos, presenta serias resistencias a su aceptación- y el ejercicio de la patria potestad de los padres, que supone el conjunto de derechos y deberes tendientes a la protección, atención y desarrollo de sus hijos, lo que implica per sé adoptar decisiones -de diversa índole- en su nombre.

## **ABSTRACT**

The goal of this paper is to reaffirm that medical decision making in pediatric medicine is a multilateral process, shared, discussed, dynamic, in which three main actors take part: medical professionals,

the pediatric patient and his/her parents (or legal representative or the one in charge of the child).

Seeing in this way, the medical decision process is viewed as a permanent tension between medical paternalism –more accentuated because pediatric patients are involved, predisposing grown ups to take care and give protection without listening to the child's opinions-; patient autonomy, a situation that in most of the cases medical doctors are reluctant to accept-, and parental authority, which suppose all the rights and duties for the protection, assistance and development of their sons, which implies to take some various determinations in their name.

### **PALBRAS CLAVES**

Patria potestad – Paciente pediátrico – Competencia bioética

### **KEY WORDS**

parental rights – pediatric patient – competence in bioethics.

El principio bioético de autonomía se concretiza particularmente al momento de la manifestación del consentimiento informado. El derecho al rechazo de un tratamiento médico es la contrapartida y a su vez la consecuencia natural de éste. En efecto: toda vez que se reconozca a las personas un derecho a ser informados de los

aspectos relevantes que hacen a la terapéutica médica que se les propone, y a consentir su aplicación, deberá reconocérseles la facultad de rechazar tal tratamiento<sup>2</sup>.

Resulta una verdad de Perogrullo que la doctrina del consentimiento informado lleva ínsita una polémica de carácter ético. La autonomía de voluntad del paciente para tomar decisiones se ve contrastada con el deber médico de usar su mejor juicio y habilidad para maximizar la salud de aquél y el tema llega a su culminación cuando, en situaciones extremas, debe asumirse posición en cuanto a quién tiene derecho a tomar la decisión final: el médico o el paciente.

Todo este entramado hace que el conflicto se encuentre latente en todo momento: por un lado, cómo articular la autonomía del paciente frente al paternalismo médico, entendido como aquella situación en la cual el profesional –por el saber que le es propio- se encuentra en mejor posición de evaluar cuál es el tratamiento más adecuado para ese paciente en particular; por el otro, la dicotomía que se presenta en cuanto al paciente menor de edad: se trata de alguien que se encuentra inhibido de tomar sus propias decisiones o por el contrario es un sujeto con plena competencia bioética cuyas opiniones deben prevalecer aún frente al equipo de salud y a sus padres o representantes; finalmente, el rol que asumen los padres en la relación médico/paciente

---

<sup>2</sup> Highton Elena.- Wierzba Sandra. “Consentimiento Informado”. En “Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal”. Oscar Ernesto Garay (Coordinador). La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 191/206.

y las facultades que los mismos pueden ejercer en representación de sus hijos.

### **I. Marco Legal para la práctica médica en pacientes pediátricos.**

Debe destacarse que el referente normativo está constituido por la confluencia de distintos ordenamientos jurídicos que se complementan: el ámbito constitucional, que establece el derecho a la autonomía de las personas, y el ámbito legislativo nacional y local que regula los distintos derechos que asisten a los pacientes en general y a los menores de edad en particular, en la práctica médica. A ello debe sumarse el ordenamiento jurídico internacional, tanto a través de distintas normas que regulan la materia, así como pronunciamientos de tribunales y/o entidades dedicadas a la Bioética, y que resultan de aplicación directa a los casos puntuales como guías de actuación.

Las normas que enmarcan la situación del paciente pediátrico, y que deben tenerse en cuenta en toda actuación médica que involucra la atención de un menor de edad son:

- Art. 19 Constitución Nacional
- Arts. 1 y 12 Convención de los Derechos del Niño
- Arts. 57, 62, 126, 127, 128, 264 bis y 921 Código Civil
- Art. 19 inc. 3) Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina

- Art. 24 Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

- Ley 26.529, Derechos del Paciente: art. 2 incs b), c) , e) y f)

- Art. 39 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

- Art. 17 Ley 114 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

- Art. 4 inc. h) puntos 3 y 5 Ley 153 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Básica de Salud y su Decreto Reglamentario 2316/03

- Arts. 1, 3, 4, 5, 6, 7 Resolución N° 1252/05, Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

- Art. 1 Resolución N° 1342/05, Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Conforme nuestro ordenamiento jurídico el menor de edad es considerado un sujeto de derecho, esto es una persona que no sólo es titular de derechos sino que también puede ejercerlos, abandonando de esta manera la vieja postura que consideraba al menor de edad como aquel ser necesitado de absoluto cuidado y protección (inclusive a pesar/contra sí mismo) que sólo podía ejercer determinados derechos a través de sus representantes legales, y cuyas opiniones no eran tenidas en cuenta ya que los

mayores eran los únicos que se encontraban capacitados para decidir qué era lo mejor para el niño. Veremos cómo se plasma en la realidad este nuevo status jurídico del menor de edad.-

## **II. La competencia bioética del menor de edad.**

Como ya lo hemos señalado, la norma constitucional de referencia fundamental en el tema es el art. 19 que consagra el llamado “principio de reserva” y protege la esfera de privacidad de la persona, su autodeterminación, en las acciones que Bidart Campos denomina como “autorreferentes”, en la medida que no afectan la moral pública ni los derechos legítimos de terceros.

Como reacción frente a la medicalización de la vida, término que describe cómo el saber y la técnica médica invaden hasta los actos más personales e íntimos del hombre contemporáneo, se ha recurrido a la regla de la autodeterminación como límite, de la que deriva hoy en día la doctrina del consentimiento informado.

Se ha entendido así que la falta de información –aún sin que exista mala praxis en sentido estricto- constituye fuente de responsabilidad jurídica, dado que ha impedido al paciente poder efectuar una libre elección en cuanto a tratarse o rehusar un tratamiento, o entre distintas alternativas terapéuticas. De esta manera, la “revelación de la información, la evaluación y comprensión de esa

información” (con referencia a la experiencia vital del paciente y su sistema de valores), constituyen el núcleo central de la doctrina del consentimiento informado, a la que se agrega la libertad del sujeto que decide, y la competencia para consentir.

En este punto debe trazarse una diferencia fundamental: la capacidad civil constituye un concepto distinto a la competencia bioética. La capacidad civil supone la habilidad para celebrar actos jurídicos, ello implica la posibilidad de ser titular de derechos (capacidad de derecho) y la facultad de poder ejercer esos derechos (capacidad de hecho). Todos los sujetos somos titulares de derechos, pero algunos son considerados incapaces para ejercer todos o algunos de ellos (vrg: dementes declarados tales en juicio, menores de edad).

Para la ley civil la mayoría de edad se adquiere a los 18 años. Entre los 14 a los 18 años se encuentran los menores adultos y por debajo de los menores de 14 años, estamos en la categoría de menores impúberes. Conforme el Código Civil, si bien los menores son –en principio- incapaces de ejercer sus derechos, podemos ver que los menores adultos pueden ejercer determinados actos por sí mismos y sin autorización paterna, que el mismo ordenamiento jurídico les reconoce: estar en juicio criminal, reconocer hijos, testar. A partir de los 13 años, el menor puede consentir relaciones sexuales con alguien de su propia edad. Por otro lado, y aún por debajo de los 14 años, los menores realizan unos cuantos actos de la vida cotidiana que supone

reconocerles cierta autonomía: viajar en transporte público y/o privado, comprar (golosinas, revistas), locar (videojuegos, películas), etc.

Por su parte, la competencia bioética es un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos y supone detentar la capacidad necesaria para hacer efectivo el derecho personalísimo a la salud y a la vida. La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez. Bajo esta expresión, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse y razonar sobre las alternativas que se le presentan, si tiene valores para poder emitir un juicio.

La ley presume que todo mayor de edad es plenamente capaz, desde el punto de vista civil, y plenamente competente, desde el punto de vista bioético. Por debajo de la mayoría de edad, estas presunciones se invierten. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, por un lado, que justamente se trata sólo de presunciones: las mismas pueden verse desvirtuadas por la realidad que se presenta al tratar al paciente en cuestión; por otro lado, la evaluación que debe realizarse para determinar la competencia desde el punto de vista bioético no resulta tan estricta como aquélla que debe emplearse a los fines de determinar la capacidad civil.

El acto médico queda amparado por el art. 19 CN, en tanto conforma una de las tantas expresiones del derecho a la intimidad del sujeto, en lo que representa de “proyecto de vida” elegido por él mismo. La obligación del Estado consiste en garantizar a sus ciudadanos la posibilidad de desarrollar su propio “proyecto de vida” con independencia de las consideraciones personales, morales, éticas y filosóficas que el mismo puede ofrecer y con el único límite de que ese proyecto propio no interfiera ni violente derechos de terceros. En nuestra sociedad, supuestamente pluralista y liberal, el derecho a la autodeterminación de cada individuo sólo debería retroceder ante valores colectivos de gran trascendencia y el derecho sólo debería intervenir en aquellas situaciones en las cuales el titular del bien jurídico se viera restringido y/o imposibilitado de disponer del mismo por acción y/u omisión de un tercero.

Como ya lo hemos expresado, existe consenso general que el concepto jurídico de capacidad no coincide necesariamente con el concepto bioético de competencia, cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud. Así, por ejemplo, una persona con incapacidad jurídica absoluta (un demente declarado tal en juicio) puede tener sin embargo la competencia suficiente para participar en la toma de decisiones atinentes a su salud. Por su parte, un menor de edad puede ser competente en mayor o menor medida, atendiendo a su desarrollo psíquico y emocional, en otras palabras, de acuerdo con su grado de madurez en la situación concreta. No debe

olvidarse que tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado: una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación.

En lo que se refiere a las preferencias del paciente pediátrico, cuando mencionamos el marco legal, hemos detallado las normas que se aplican al caso en estudio y, fundamentalmente, remarcado que el status de sujeto de derecho del menor de edad impone la obligación de escuchar al niño y tener en cuenta sus opiniones.

A tal fin, debemos tomar en cuenta que principio rector de todo aquello que involucra a un niño es el “mejor interés” del mismo. Si bien la ley no define puntualmente qué debe entenderse por tal, se considera que ese interés primordial consiste en “salvaguardar la dignidad del menor en tanto persona”<sup>3</sup>. Asimismo, existen determinadas pautas que nos pueden permitir circunscribir este concepto. En primer lugar, no debe perderse de vista que siempre nos estamos refiriendo a una situación puntual: es ése niño, en esas particulares circunstancias, con esa determinada experiencia de vida. Su mejor interés refiere a un momento y situación en especial que no sólo puede modificarse con el transcurso del tiempo en ese mismo niño sino que no resulta automáticamente aplicable a otros casos similares. Deberán, además, ponderarse los siguientes parámetros: grado de desarrollo, madurez y

---

<sup>3</sup> Prieur Stephan. “La disposition par l’individu de son corps”. Bordeaux, Ed. Les Etudes Hospitalières, 1999, N° 444.

comprensión; naturaleza de la enfermedad diagnosticada y su gravedad; características del tratamiento médico o de la intervención médica aconsejada (si se trata de métodos invasivos, de terapias corrientes o experimentales); en el caso en particular sopesar riesgos posibles y beneficios esperados; la posible evolución favorable o no del paciente; opciones al tratamiento propuesto. Tal es el criterio aconsejado ya que no debemos perder de vista que nos estamos refiriendo a decisiones personalísimas del individuo, referidas a derechos inalienables por lo que, en principio, nadie mejor que la misma persona afectada para tomar la decisión más conveniente, fundamentada en una información clara, detallada, precisa y sencilla brindada por el profesional actuante.

Por su parte, cuando no resulta posible conocer la voluntad del paciente, ya sea porque éste no puede expresarla y/o porque sus representantes la desconocen o manifiestan posiciones contrarias, se impone que el médico acuda al criterio del “mejor interés” para el paciente. La siguiente definición de los “bests interests”<sup>4</sup> está puntualizada y definida muy detalladamente, mientras mucha importancia se dedica a la exposición de los diferentes factores de naturaleza subjetiva y objetiva que están involucrados en los mismos. Al decidir cuáles son los “bests interests” del incapaz, la persona que otorga o rehúsa el consentimiento en su lugar debe tomar en

---

<sup>4</sup> Hooft Pedro F. “Bioética y Derechos Humanos.Temas y Casos”. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

consideración:

a) los valores y las convicciones que el mismo conoce como propios de la persona incapaz (cuando era competente) y cree que ésta seguiría teniendo si todavía fuera competente:

b) cualquier otra voluntad manifestada por la persona incapaz con respecto al tratamiento que no sea necesario seguir; y

c) los siguientes factores:

c.1) si la enfermedad o la salud de la persona incapaz pueden mejorar con el tratamiento médico;

c.2) Si la enfermedad o la salud de la persona incapaz pueden mejorar sin el tratamiento;

c.3) Si el beneficio que la persona puede esperar del tratamiento es superior a los relativos riesgos;

c.4) Si un tratamiento menos restrictivo o menos invasor podría aportar el mismo beneficio que el tratamiento propuesto.

En otras palabras, que los padres tengan en principio la autoridad legal de tomar decisiones por sus hijos no significa ni debería significar que los padres y los médicos simplemente excluyan al niño de las discusiones y decisiones acerca de su cuidado. No proveer al paciente de información al respecto y privarlo de la oportunidad de

exponer sus temores, preocupaciones y preferencias, puede aislarlo y agregar un mayor grado de ansiedad y distrés<sup>5</sup>. Esto quiere decir que resulta principio protegido constitucionalmente que debe atenderse a las opiniones del menor en todo aquello que pueda afectarlo, lo que – obviamente- incluye su salud y el consentimiento para someterse a tratamiento o prácticas médicas, respetando en un todo sus valores y principios culturales, sociales y familiares.

El paciente pediátrico tiene una competencia bioética restringida: el límite está dado por el mejor interés del niño y, en cuanto a su negativa al tratamiento, la razonabilidad de la misma, en lenguaje bioético, el balance riesgo/beneficio.

La obligación de requerir el consentimiento del paciente pediátrico halla su sustento cuando el niño, a juicio del equipo tratante, tenga suficiente juicio y voluntad para consentir el procedimiento. Si bien es difícil trazar una línea para determinar el umbral en que un enfermo es capaz o incapaz de tomar una decisión médica, el criterio para considerar a un paciente competente o incompetente debe estar regido por los valores rectores de la doctrina del consentimiento informado, es decir la autonomía individual –en primer lugar- y recién en segundo lugar la razonabilidad de la decisión, mientras muestre

---

<sup>5</sup> “When Children Die: Improving Palliative and End-of-Life Care for children and their families”. Committee of Palliative and End-of-Life Care for children and their families. Board on Health Sciences Policy. Institute of Medicine of the National Academy. M.J. Field and Richard E. Behrman Editors. The National Academy Press. Washington DC. 2002. pág. 294/296.

adecuado respeto por la salud del paciente. Por debajo de los 18 años, no existe una edad específica a la cual un niño se vuelve competente para consentir un tratamiento médico: depende tanto del niño como de la seriedad y complejidad del tratamiento propuesto.

La competencia bioética no resulta un simple atributo que el niño posee o no: mucho depende de la relación y la confianza entre el paciente y el equipo de salud, y el paciente y su familia. Resulta conveniente ir involucrando al niño para desarrollar su competencia desde temprana edad de manera de que vaya interviniendo gradualmente en la toma de decisiones acerca de su cuidado<sup>6</sup>.

La jurisprudencia y doctrina referentes en el tema han afirmado que un niño resulta competente para brindar un consentimiento válido para una intervención en particular si presenta suficiente comprensión e inteligencia que le permita entender plenamente lo que le ha sido propuesto. Muchos niños serán competentes si la información les es presentada de una manera apropiada y son respaldados durante todo el proceso de toma de decisión.

A tal fin, se han determinado los siguientes criterios para evaluar la competencia de un paciente<sup>7</sup>:

---

<sup>6</sup> "Seeking Consent. Working with children". Department of Health. London. November 2001.

<sup>7</sup> Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médico-Sanitarias y Bioéticas del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. En "C.J.A. y otra s/ Solicitan Autorización". Villa Dolores, Córdoba, 21/9/07.

a) Ha expresado verbalmente y con claridad su elección.

b) Ha demostrado suficientemente entender la información relevante que se le ha brindado.

c) Se ha verificado su aptitud de valorar el significado de la información dada con relación a la integridad psicofísica, las probables consecuencias de la alternativa terapéutica solicitada, comprendiendo racional y lógicamente los riesgos y ventajas del acto médico.

d) Se ha constatado su capacidad de razonar, habiendo ponderado la información de forma racional, con un pensamiento lógico, dando las razones objetivas o subjetivas que sustentan su decisión.

Lo decisivo en este punto es la específica capacidad del menor en cada caso individual para discernir y juzgar las consecuencias de su decisión, aún cuando esto pueda tener implicancias negativas.

Ayuda también a desentrañar la existencia de competencia en el paciente pediátrico la aplicación de los demás principios que gobiernan la Bioética, en particular los principios de beneficencia y no maleficencia.

Más allá de todos los principios previamente reseñados, debe tenerse en cuenta que se considera buena práctica involucrar a la familia del paciente menor de edad en el proceso de toma de decisiones médicas, a menos que el niño se oponga y no pueda persuadirse de lo

contrario.

Asimismo, debe tenerse presente que aún cuando el niño no sea competente para brindar un consentimiento válido por sí mismo, resulta muy importante involucrarlo todo lo posible en las decisiones concernientes a su propia salud. Aún niños muy pequeños podrán tener opiniones acerca del cuidado de su salud, y deberían emplearse métodos apropiados a su edad y comprensión para permitir que estos puntos de vista sean tomados en cuenta. Un niño que no sea competente para entender los distintos aspectos de la decisión sobre el cuidado de su salud podrá ser apto para expresar su preferencias en relación con quién puede acompañarlo a la internación o los juguetes que desea llevar consigo mientras esté internado. Igualmente, allí donde las alternativas de tratamiento involucren múltiples decisiones, el niño puede brindar su propio consentimiento respecto a algunos aspectos de su cuidado, aún cuando no sean competentes para tomar decisiones en relación al tratamiento en su totalidad.

Por otra parte, la toma de decisiones respecto de niños mayores será usualmente una cuestión de negociación entre el niño, los padres (o su representante) y los médicos: de todos modos, debe tenerse muy presente que los niños nunca deben sentir que las decisiones se toman pasando por sobre ellos.

Reitero que si bien los límites legales respecto de las decisiones que los niños pueden tomar acerca del tratamiento médico no son

inconsecuentes, no deben por ello constreñir los esfuerzos de los médicos y padres en informar al mismo acerca de su condición (en forma consistente con su madurez intelectual y emocional), además de determinar y considerar sus preferencias.

En lo que refiere a las facultades que puede ejercer el subrogante, respecto del paciente pediátrico, si bien en tiempos no muy remotos se discutían sus prerrogativas para poder tomar decisiones que conciernen al ejercicio de derechos personalísimos, como son la vida y la salud, en la actualidad –y al menos en punto al paciente pediátrico- se ha arribado a un consenso por el cual, en caso de que por su estado (físico y/o psíquico) el menor no pueda expresarse, quienes toman las decisiones últimas en lo que respecta a su salud son sus padres o representante legal. En cuanto a la representación del incapaz, cuando se ha verificado la existencia de una incapacidad que obliga al profesional a requerir el consentimiento de otro por imposibilidad del paciente, éste debe ser pedido –en principio- al padre o a la madre, el cónyuge, el tutor, el curador, el hermano, el hijo, el pariente, la concubina, el amigo o aquél que acompañe y esté al lado del paciente al tiempo de la atención médica<sup>8</sup>. No parece adecuado establecer ni una pauta de capacidad ni un orden rígido para ello, por cuanto en la práctica, la asistencia y preocupación constante de un familiar por la salud de un paciente podría justificar que sea el llamado a asentir, aunque hubiera personas de parentesco más cercano. El consentimiento

---

<sup>8</sup>Highton Elena – Wierzba Sandra. op.cit.

informado “por otro” debe ser apreciado con criterio amplio, favorable a la realización del procedimiento cuando fuere adecuado desde el punto de vista terapéutico, teniéndose en cuenta las particularidades del caso. Sólo de esta manera podrán brindarse soluciones equitativas en supuestos de discordancia en las decisiones de los parientes (por ej.: desacuerdos entre padre y madre del menor); o en casos en que los parientes más lejanos o personas que no guardan relación de parentesco con el paciente (por ej.: la concubina, un gran amigo, etc.) se ocupan del enfermo como no lo hacen los verdaderos representantes legales o parientes; o en casos de menores adultos que acuden solos al médico y no desean que sus padres intervengan, especialmente en atención a la índole de la dolencia<sup>9</sup>.

Cuando se trata de actos médicos, frente a terceros de buena fe, se presume que cada progenitor actúa con el consentimiento del otro, esto es lo que emana del principio de buena fe, por lo que –en principio- basta con el consentimiento de uno solo de ellos. Sin embargo, si el médico conoce la oposición de uno de los padres, debe abstenerse de intervenir y trabajar sobre las razones del desacuerdo, en forma conjunta con los padres y el paciente, para poder llegar a una solución acorde al estado de salud del niño. Debe tenerse en cuenta que la autoridad parental decrece en un proceso dinámico al mismo tiempo que el niño crece y logra autonomía personal. Hoy se afirma, incluso, que el derecho del menor a su propia determinación (self

---

<sup>9</sup> Highton Elena – Wierzba Sandra. op.cit.

determination) es parte de los derechos de su personalidad. El derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta<sup>10</sup>.

Cuando se trata de la madre o padre menor de edad, debe considerarse que la ley, cuando se refiere a los padres como subrogantes para prestar consentimiento por su hijo, no distingue entre padres adultos o menores de edad. Es así que si un paciente menor de edad se presenta ante una Institución de salud requiriendo asistencia, la misma le debe ser brindada independientemente de que cuente o no con un adulto a cargo, debiendo enfatizarse en el reconocimiento de las capacidades del niño y adolescente para comprender la información suministrada por el profesional actuante, y para otorgar su consentimiento sobre la realización de estudios y tratamientos indicados. Sólo en aquellos casos en que –a juicio del equipo de salud tratante- el paciente no reúna las capacidades necesarias para hacer efectivo el ejercicio de su derecho a la salud, deberá convocarse al referente adulto del niño.

Deberá ponderarse en cada caso particular si el padre/madre menor de edad es por sí mismo competente, esto es, si entiende y comprende adecuadamente la información que brinda el médico y puede realizar un correcto juicio de valor acerca de las alternativas que

---

<sup>10</sup> Downie Andrew. "The doctor and the teenager. Questions of consent". E Family Law, 1997, Vol. 27 pág. 499.

se le presentan y las consecuencias que de ellas se derivan. Frente a la ausencia de tal competencia, deberá recurrirse a los abuelos del paciente y/u otro familiar o adulto referente.

Una de las cuestiones más difíciles que se presentan en el quehacer médico es el de solicitud de autorización judicial para realizar o abstenerse de una determinada práctica médica.- Siempre hay que tener en cuenta que queda expedita la posibilidad de que –si conforme razonable criterio del médico- las personas legalmente a cargo del incapaz negaran injustificadamente el consentimiento sustituto para la realización del acto médico que el estado de salud del paciente requiere, tal negativa podrá ser suplida por autorización judicial, en resguardo de la integridad psicofísica del paciente. Tal es también el criterio que se impone en caso de oposición injustificada del menor paciente a la terapéutica indicada, o cuando no puede ser hallado un adulto responsable en caso de que un menor de edad no esté en condiciones de prestar su consentimiento a la práctica médica requerida.

Debe tenerse siempre presente que el litigio o intervención judicial debería ser el último y excepcional mecanismo al que acudir cuando la familia, el paciente y los médicos disienten entre sí. Usualmente, la intervención judicial tiende a ser un medio costoso, disruptivo e impredecible para resolver los conflictos, además de resultar altamente estresante para todos los involucrados. A ello debe sumarse que su actuación puede resultar en decisiones y precedentes

que deriven en repercusiones no previstas más allá del caso original.-

Ahora bien, ¿cómo se debe proceder en caso de divergencia de opiniones entre el médico, el paciente y sus padres? Previamente, debe destacarse una aclaración: toda divergencia entre los actores de la relación médica que se plantee acerca de una determinada terapéutica a seguir debe primero tratar de resolverse dentro del ámbito de dicha relación, a través de un diálogo respetuoso, constante y continuo entre todos los participantes. Sólo cuando resulta verdaderamente imposible arribar a un acuerdo, debe recurrirse a la Justicia.

Cuando las discrepancias se plantean entre los médicos y los padres, lo ético y jurídicamente correcto, como regla, es que cuando la vida del niño no está en riesgo, la balanza se incline a favor del punto de vista de los padres.

Cuando la cura es poco probable o prácticamente imposible, los padres detentan la potestad de tomar decisiones basadas en un análisis subjetivo de los riesgos y beneficios. El mismo principio se aplica en aquellos casos en que aún no habiendo un riesgo inmediato para la vida, y aún cuando la condición subyacente sea desesperante, los padres pueden oponerse válidamente a las terapias experimentales o de alto riesgo. Sólo en aquellos casos extraordinarios cuando el médico tenga fuertes razones para considerar que dichas terapias podrán remitir la enfermedad o potencialmente curarla, podrá desafiar la negativa paterna.

En cambio, cuando la vida está en juego, hay que distinguir según quién sea el que pretende la realización de la terapia que implica la continuación de la vida. Si son los médicos, el tribunal debe inclinarse, en principio, por esa continuación. La regla es que “los tribunales no pueden permitir que los padres hagan de sus hijos mártires”<sup>11</sup>. El principio ético-legal que subyace aquí es que la negativa a aceptar un tratamiento médico que resulta adecuado para el estado de salud del paciente es una violación de los derechos del niño y como tal no debe ser aceptada.

Si son los padres quienes reclaman un tratamiento que los médicos no están dispuestos a continuar, debe tenerse en cuenta que nadie puede imponer a los médicos un tratamiento que ellos consideran no adecuado. En ese caso, deberá referirse al paciente a otro profesional y/o institución que se avenga a tratarlo conforme lo requerido por los padres.

Cuando el menor es mental y moralmente maduro como para apreciar la totalidad de las implicancias de su decisión, entonces la cuestión reside en saber qué voluntad prima y cuál queda en segundo plano, cuando no son coincidentes: si la de los padres o la del niño. En principio, por el juego armónico de los derechos que hemos venido reseñando en el presente, cuando el menor es competente desde el punto de vista bioético y su negativa al tratamiento resulta justificada o

---

<sup>11</sup> Garay Oscar E. “Código de Derecho Médico”. Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1999, pág. 200.

razonable a juicio del equipo tratante, prevalece la opinión del paciente. Cuando el menor rechaza un tratamiento que los médicos propician de modo unánime, en la mayoría de los casos llegados a la justicia, los jueces inclinan la balanza en el sentido indicado por los profesionales. El argumento, en este punto, es que los menores no alcanzan a entender la información que se les provee. Esto quiere decir que la “competencia” no depende únicamente del poder de conocimiento y la madurez del menor, sino de la seriedad de la decisión que puedan tomar.

Desde el punto de vista jurisprudencial, se ha afirmado que el derecho a la determinación es más amplio que el derecho a consentir. Cuando un niño es competente, el derecho independiente de consentir de los padres cesa, por eso, si el menor competente rechaza un tratamiento, éste no puede proseguirse aunque los padres lo consientan; cuando es al revés, o sea cuando el niño quiere continuar, pero los padres no consienten, el rechazo paterno no impide el tratamiento, si desde el punto de vista médico es lo indicado<sup>12</sup>. Si los padres rechazan el tratamiento pero el hijo consiente, hay un conflicto familiar, ajeno al médico, que debe ser resuelto por el juez sólo si está en peligro la salud y vida del menor. Esto quiere decir que si ese peligro existe, el médico puede acudir al juez. Sin embargo, si sólo está en discusión cuál de los tratamientos es el que se aplicará y la elección no pone en riesgo la vida del menor, la decisión queda en el ámbito familiar y no en el judicial.

---

<sup>12</sup> Kemelmajer de Carlucci Aída. op.cit.

En resumen, cuando los padres y el paciente no están de acuerdo entre sí con el tratamiento a seguir, el médico se debe al paciente. Si el pronóstico es pobre y el paciente “ya ha tenido suficiente”, el facultativo está profesional y éticamente obligado a hacer todo lo posible para persuadir a los padres para que respeten la decisión del niño. Del otro lado, si el pronóstico es bueno y el paciente no quiere continuar con la terapia, la responsabilidad del profesional asistente consiste en entender y responder a los miedos y dudas del niño y ayudarlo durante el tratamiento.

En las situaciones de emergencia médica, cuando existe un peligro cierto, grave e inminente respecto de la vida o de la salud del enfermo, en la cual se carece del tiempo indispensable para poder obtener el consentimiento informado del paciente y/o de sus padres, el médico debe hacer todo aquello que mejor tienda a proteger la vida o la salud del niño en esa particular situación. El principio legal y ético aplicable es que en estas especialísimas circunstancias debe estarse a aquél tratamiento y/o terapéutica que –en forma inmediata- procure la conservación de la vida; a menos que, con anterioridad, ya se hubiera conversado con el paciente y/o sus padres acerca de la posibilidad de que estas situaciones de emergencia pudieran acontecer y se hubiera acordado previamente cuáles serían los procedimientos a instaurar.

Superada la situación de emergencia, no existe obstáculo legal ni ético alguno para analizar la continuación o suspensión de las medidas

tomadas. No se me escapa en este punto, el hecho de que, en la experiencia asistencial, tanto los médicos como los padres pueden encontrar más emocionalmente difícil y moralmente desafiante detener un tratamiento ya iniciado que no iniciarlo en primer lugar. Sin embargo, eticistas, jueces y doctrinarios coinciden en general que no existe una diferencia ética ni legal significativa entre decidir la abstención de un tratamiento o en discontinuar un tratamiento ya instaurado. Es más, en la percepción ético-legal del tema, se considera que iniciar un tratamiento y luego suspenderlo cuando se ha comprobado que el mismo no brinda ningún beneficio al paciente, o que resulta más perjudicial que benéfico o que es fútil, es “mejor” ya que al menos ha otorgado al paciente una chance más en cuanto a los posibles tratamientos a realizar para contener, curar o paliar su enfermedad.

### **III. “Debido Proceso” de acercamiento en las disputas y conflictos entre el médico, la familia y el paciente.**

Cuando surge una situación de conflicto o de falta de acuerdo entre los actores de la relación clínica (médico, familia y paciente) resultan pautas orientativas a los fines de encauzar la misma, las siguientes:

- a) Deben realizarse todos los intentos necesarios

para deliberar y negociar entendimientos previos entre el paciente, sus padres y el médico, acerca de los mejores tratamientos o terapéuticas a aplicar, y de todo aquello que caiga dentro de los límites aceptables para el paciente, la familia y el médico.

b) El proceso de decisión debe ser conjunto, desarrollado entre el paciente, el médico y sus padres, a la máxima extensión posible.

c) Siempre se debe intentar resolver extrajudicialmente las disputas o cuestiones que surjan entre los sujetos que componen la relación clínica, de manera de alcanzar una resolución que respete y tenga en cuenta los principios aceptados por cada una de las partes, con la participación y asistencia del Comité de Ética, de considerarse necesario.

d) En caso de que los desacuerdos entre el médico, el paciente y la familia fueran irresolubles, se considera adecuado dar intervención al Comité de Ética como una instancia más previa a la judicialización del conflicto.

e) Si del análisis del Comité de Ética surge un respaldo a la posición del paciente y/o de sus padres, y el médico asistente insiste en su postura, deberá aconsejarse la derivación del paciente a otro profesional, o en caso de que sea el equipo de salud en conjunto, la derivación deberá ser

a otra Institución.

f) Si del análisis del Comité de Ética surge un respaldo a la posición del médico o del equipo de salud, y el paciente y/o su familia insiste en su enfoque, resulta aconsejable la derivación a otra Institución.

#### **IV. Conclusiones.**

De todo lo hasta aquí referido pueden extraerse las siguientes notas distintivas:

a) El consentimiento informado es un proceso a través del cual se exponen al paciente y su familia el diagnóstico y pronóstico de la enfermedad, así como el tratamiento que se considera adecuado y las posibles alternativas terapéuticas, con los riesgos y beneficios esperados, con la finalidad de que el paciente y su familia puedan adoptar la mejor decisión respecto al mismo. No es un mero formalismo ni se cumple con la simple firma de un formulario.

b) El niño es sujeto de derechos, aún cuando se presume que se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad por lo que requiere de protección y cuidado por parte de los adultos. Esto quiere decir que como tal no sólo resulta titular de derechos sino que, en determinadas condiciones y circunstancias, puede ejercerlos por sí.

c) La competencia bioética no es sinónimo de

capacidad civil, si bien la ley presume que todo aquél que es capaz civilmente resulta competente desde el punto de vista bioético. Supone la habilidad de toda persona para adoptar las decisiones que considere más convenientes en orden al ejercicio de sus derechos personalísimos a la vida y a la salud, basada en una adecuada y completa información y evaluación de las consecuencias.

d) El concepto de competencia no es estanco sino que responde a un proceso que se va desarrollando a través de distintas etapas evolutivas de la vida, por lo que debe apreciarse dinámicamente y ser evaluado en cada caso concreto conforme las circunstancias particulares del paciente, sus relaciones familiares, la gravedad de la patología, su diagnóstico y pronóstico, el tipo de tratamiento propuesto y las diversas alternativas al mismo.

e) Resulta médica y éticamente correcto, además de legalmente imperativo, involucrar al niño en la toma de decisiones que hacen a su salud y su vida, teniendo en cuenta su madurez y comprensión. (doctrina del menor maduro)

f) En caso de conflicto entre el médico, la familia y el paciente, debe tenderse siempre a procurar consenso, despejando miedos, dudas y prejuicios. Sólo como última y excepcional instancia, y una vez agotados todos los medios para obtener acuerdo, podrá recurrirse a la intervención judicial.

g) El paciente y/o sus padres pueden negarse a aceptar determinado tratamiento. Sólo podrá desafiarse tal negativa, cuando la misma sea irrazonable e injustificada poniendo en riesgo la vida del paciente.

h) En caso del consentimiento brindado por un subrogante, basta la opinión de uno solo de los padres del paciente, a menos que el médico conozca la negativa del otro.

i) El Comité de Ética puede resultar un mecanismo idóneo al cual acudir frente a estos conflictos, intentando contribuir a alcanzar una decisión que mejor refleje los intereses del niño y aquello que resulte mejor para el paciente.

## *LEGISLACIÓN*



## Decreto 603/2013

### Ley N° 26.657. SALUD PÚBLICA<sup>1</sup>

**VISTO:** el Expediente N° 1-2002-20706-11-4 del Registro del MINISTERIO DE SALUD y la Ley N° 26.657, y

#### **CONSIDERANDO:**

Que la Ley N° 26.657 regula la protección de los derechos de las personas con padecimiento mental en la República Argentina.

Que en dicha ley prevalecen especialmente, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la mejor atención disponible en salud mental y adicciones, al trato digno, respetuoso y equitativo, propugnándose la responsabilidad indelegable del Estado en garantizar el derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con modalidades de atención basadas en la comunidad, entendiendo a la internación como una

---

<sup>1</sup> Decreto aprobado en fecha 28 de mayo de 2013

medida restrictiva que sólo debe ser aplicada como último recurso terapéutico.

Que se destaca asimismo, que los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, instrumento internacional de máximo consenso en la materia, ha sido incluido como parte del texto de la Ley N° 26.657.

Que la ley aludida, presta asimismo una especial consideración a la necesidad de adecuar las modalidades de abordaje al paradigma de los derechos humanos inserto en la normativa constitucional, y destacado en la Declaración de Caracas del año 1990 acordada por los países miembros de la ORGANIZACION PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS)-ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS).

Que los términos de dicha ley, deberán entenderse siempre en el sentido de que debe velarse por la salud mental de toda la población, entendida la misma 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” en el marco de la vida en comunidad (artículo 3° de la Ley N° 26.657).

Que dicha definición se articula con la consagrada conceptualización de la salud desde la ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados —Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100—).

Que mediante el Decreto N° 457 de fecha 5 de abril de 2010, se creó la DIRECCION NACIONAL DE SALUD MENTAL Y ADICCIONES en la esfera de la SECRETARIA DE DETERMINANTES DE LA SALUD Y RELACIONES SANTARIAS del MINISTERIO DE SALUD, con el objeto de desarrollar políticas, planes y programas coherentes con el espíritu y texto de la Ley N° 26.657.

Que en tal sentido corresponde en esta instancia dictar las normas reglamentarias necesarias que permitan la inmediata puesta en funcionamiento de las provisiones contenidas en la Ley N° 26.657.

Que la DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS del MINISTERIO DE SALUD ha tomado la intervención que le compete.

Que el presente se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, incisos 1) y 2) de la CONSTITUCION NACIONAL.

Por ello,

LA PRESIDENTA DE LA NACION ARGENTINA  
DECRETA:

Artículo 1° — Apruébase la reglamentación de la Ley N° 26.657 que como ANEXO I forma parte integrante del presente Decreto.

Art. 2° — Créase la COMISION NACIONAL INTERMINISTERIAL EN POLITICAS DE SALUD MENTAL Y ADICCIONES en el ámbito de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, presidida por la Autoridad de Aplicación de la Ley citada e integrada por representantes de cada uno de los Ministerios mencionados en el artículo 36 de la Ley N° 26.657.

Cada Ministerio afectará partidas presupuestarias propias para hacer frente a las acciones que le correspondan, según su competencia, y que se adopten en la presente Comisión.

La Comisión se reunirá como mínimo una vez al mes y realizará memorias o actas en las cuales se registren las decisiones adoptadas y los compromisos asumidos por cada Ministerio.

La Autoridad de Aplicación deberá promover la creación de ámbitos interministeriales de cada jurisdicción.

La Autoridad de Aplicación deberá convocar a organizaciones de la comunidad que tengan incumbencia en la temática, en particular de usuarios y familiares, y de trabajadores, para participar de un Consejo Consultivo de carácter honorario al que deberá convocar al menos trimestralmente, a fin de exponer las políticas que se llevan adelante y escuchar las propuestas que se formulen.

Art. 3° — El presente decreto entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 4° — Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Juan M. Abal Medina. — Juan L. Manzur.

## ANEXO I

### REGLAMENTACION DE LA LEY N° 26.657

#### CAPITULO I

#### DERECHOS Y GARANTIAS

ARTICULO 1°. Entiéndese por padecimiento mental a todo tipo de sufrimiento psíquico de las personas y/o grupos humanos, vinculables a distintos tipos de crisis previsibles o imprevistas, así como a situaciones más prolongadas de padecimientos, incluyendo trastornos y/o enfermedades, como proceso complejo determinado por múltiples,

componentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 26.657.

ARTICULO 2°. Sin reglamentar.

## CAPITULO II

### DEFINICION

ARTICULO 3°. Sin reglamentar.

ARTICULO 4°. Las políticas públicas en la materia tendrán como objetivo favorecer el acceso a la atención de las personas desde una perspectiva de salud integral, garantizando todos los derechos establecidos en la Ley N° 26.657. El eje deberá estar puesto en la persona en su singularidad, más allá del tipo de adicción que padezca.

Entiéndese por “servicios de salud” en un sentido no restrictivo, a toda propuesta o alternativa de abordaje tendiente a la promoción de la salud mental, prevención del padecimiento, intervención temprana, tratamiento, rehabilitación, y/o inclusión social, reducción de daños evitables o cualquier otro objetivo de apoyo o acompañamiento que se desarrolle en los ámbitos públicos o privados.

ARTICULO 5°. Sin reglamentar.

## CAPÍTULO III

## AMBITO DE APLICACIÓN

ARTICULO 6°. La Autoridad de Aplicación deberá asegurar, junto con las provincias y la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, que las obras sociales regidas por las Leyes Nros. 23.660 y 23.661, el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (PAMI), la Obra Social del PODER JUDICIAL DE LA NACION (OSPJN), la DIRECCION DE AYUDA SOCIAL PARA EL PERSONAL DEL CONGRESO DE LA NACION, las obras sociales del personal civil y militar de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de Seguridad, de la Policía Federal Argentina, de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, del Servicio Penitenciario Federal y los retirados, jubilados y pensionados del mismo ámbito, las entidades de medicina prepaga, las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden por sí o por terceros servicios de salud independientemente de su naturaleza jurídica o de su dependencia institucional, adecuen su cobertura a las previsiones de la Ley N° 26.657.

## CAPITULO IV

### DERECHOS DE LAS PERSONAS CON PADECIMIENTO MENTAL

ARTICULO 7°. Los derechos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 26.657, son meramente enunciativos.

a) Sin reglamentar.

b) Sin reglamentar.

c) La Autoridad de Aplicación deberá determinar cuáles son las prácticas que se encuentran basadas en fundamentos científicos ajustados a principios éticos. Todas aquellas que no se encuentren previstas estarán prohibidas.

d) Sin reglamentar.

e) Sin reglamentar.

f) Sin reglamentar.

g) Sin reglamentar.

h) Sin reglamentar.

i) EL INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACION, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO (INADI) y la AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS DE COMUNICACION AUDIOVISUAL (AFSCA), en el ámbito de sus competencias, en conjunto con la Autoridad de Aplicación y con la colaboración de todas las áreas que sean requeridas, desarrollarán políticas y acciones tendientes a promover la inclusión social de las

personas con padecimientos mentales y a la prevención de la discriminación por cualquier medio y contexto.

j) Todas las instituciones públicas o privadas que brinden servicios de salud con o sin internación deberán disponer en lugares visibles para todos los usuarios, y en particular para las personas internadas y sus familiares, un letrero de un tamaño mínimo de OCHENTA CENTIMETROS (0.80 cm) por CINCUENTA CENTIMETROS (0.50 cm) con el consiguiente texto: “La Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 garantiza los derechos de los usuarios. Usted puede informarse del texto legal y denunciar su incumplimiento llamando al...” (números de teléfono gratuitos que a tal efecto establezca el Organo de Revisión de cada Jurisdicción y la autoridad local de aplicación).

Las instituciones referidas precedentemente tienen la obligación de entregar a las personas usuarias y familiares, al momento de iniciarse una internación, copia del artículo 7° de la Ley N° 26.657, debiendo dejar constancia fehaciente de la recepción de la misma.

k) Todo paciente, con plena capacidad o, sus representantes legales, en su caso, podrán disponer directivas anticipadas sobre su salud mental, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos y decisiones relativas a su salud, las cuales deberán ser aceptadas por el equipo interdisciplinario interviniente a excepción que aquellas constituyeran riesgo para sí o para terceros.

Dichas decisiones deberán asentarse en la historia clínica. Asimismo, las decisiones del paciente o sus representantes legales, según sea el caso, podrán ser revocadas. El equipo interdisciplinario interviniente deberá acatar dicha decisión y adoptar todas las formalidades que resulten necesarias a fin de acreditar tal manifestación de voluntad, de la que deberá dejarse expresa constancia en la historia clínica.

1) La información sanitaria del paciente sólo podrá ser brindada a terceras personas con su consentimiento fehaciente. Si aquél fuera incapaz, el consentimiento será otorgado por su representante legal.

Asimismo, la exposición con fines académicos requiere, de forma previa a su realización, el consentimiento expreso del paciente o en su defecto, de sus representantes legales y del equipo interdisciplinario interviniente, integrado conforme lo previsto en el artículo 8° de la Ley. En todos los casos de exposición con fines académicos, deberá reservarse la identidad del paciente.

El consentimiento brindado por el paciente, en todos los casos, debe ser agregado a la historia clínica.

m) Entiéndese por “consentimiento fehaciente” a la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del equipo interdisciplinario interviniente, información clara, precisa y

adecuada con respecto a: su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Dicho consentimiento deberá brindarse ante el organismo público que la autoridad de aplicación determine, fuera de un contexto de internación involuntaria u otra forma de restricción de la libertad.

Todos los proyectos de investigaciones clínicas y/o tratamientos experimentales, salvo los que se realicen exclusivamente sobre la base de datos de personas no identificadas, deberán ser previamente aprobados por la Autoridad de Aplicación.

Tanto para la elaboración del protocolo de consentimiento fehaciente como para la aprobación de los proyectos referidos, la Autoridad de Aplicación trabajará en consulta con el CONSEJO NACIONAL DE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Una vez aprobados los mismos, deberán ser remitidos al Órgano de Revisión para que realice las observaciones que crea convenientes.

n) Sin reglamentar.

o) Sin reglamentar.

p) Entiéndese por “justa compensación” a la contraprestación que recibirá el paciente por su fuerza de trabajo en el desarrollo de la actividad de que se trata y que implique producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados.

El pago de dicha compensación se verificará siguiendo las reglas, usos y costumbres de la actividad de que se trate. La Autoridad de Aplicación, en coordinación con el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, deberá fiscalizar que no existan abusos o algún tipo de explotación laboral.

## CAPITULO V

### MODALIDAD DE ABORDAJE

ARTICULO 8°. Los integrantes de los equipos interdisciplinarios asumen las responsabilidades que derivan de sus propias incumbencias profesionales en el marco del trabajo conjunto.

Las disciplinas enumeradas en el artículo 8° de la Ley N° 26.657 no son taxativas.

Cada jurisdicción definirá las características óptimas de conformación de sus equipos, de acuerdo a las necesidades y particularidades propias de la población.

En aquellas jurisdicciones en donde aún no se han desarrollado equipos interdisciplinarios, la Autoridad de Aplicación en conjunto con las autoridades locales, diseñarán programas tendientes a la conformación de los mismos, estableciendo plazos para el cumplimiento de dicho objetivo. Hasta tanto se conformen los mencionados equipos, se procurará sostener una atención adecuada con los recursos existentes, reorganizados interdisciplinariamente, a fin de evitar derivaciones innecesarias fuera del ámbito comunitario.

La Autoridad de Aplicación deberá relevar aquellas profesiones y disciplinas vinculadas al campo de la salud mental y desarrollará acciones tendientes a:

a) Fomentar la formación de recursos humanos en aquellas que sea necesario, y

b) Regularizar la acreditación de las mismas en todo el país.

ARTICULO 9°.- La Autoridad de Aplicación promoverá que las políticas públicas en materia asistencial respeten los siguientes principios:

a) Cercanía de la atención al lugar donde vive la persona.

b) Garantía de continuidad de la atención en aquellos servicios adecuados y que sean de preferencia de la persona.

c) Articulación permanente en el caso de intervención de distintos servicios sobre una misma persona o grupo familiar, disponiendo cuando fuere necesario un área de coordinación, integrando al equipo de atención primaria de la salud que corresponda.

d) Participación de personas usuarias, familiares y otros recursos existentes en la comunidad para la integración social efectiva.

e) Reconocimiento de las distintas identidades étnicas, culturales, religiosas, de género, sexuales y otras identidades colectivas.

Asimismo promoverá políticas para integrar a los equipos interdisciplinarios de atención primaria de la salud que trabajan en el territorio, conformados por médicos generalistas y de familia, agentes sanitarios, enfermeros y otros agentes de salud, como parte fundamental del sistema comunitario de salud mental.

Las políticas de abordaje intersectorial deberán incluir la adaptación necesaria de programas que garanticen a las personas con padecimientos mentales la accesibilidad al trabajo, a la educación, a la cultura, al arte, al deporte, a la vivienda y a todo aquello que fuere necesario para el desarrollo y la inclusión social.

ARTICULO 10. El consentimiento informado se encuadra en lo establecido por el Capítulo III de la Ley N° 26.529 y su modificatoria, en consonancia con los principios internacionales.

Si el consentimiento informado ha sido brindado utilizando medios y tecnologías especiales, deberá dejarse constancia fehaciente de ello en la historia clínica del paciente, aclarando cuáles han sido los utilizados para darse a entender.

ARTICULO 11. Facúltase a la Autoridad de Aplicación a disponer la promoción de otros dispositivos adecuados a la Ley N° 26.657, en articulación con las áreas que correspondan, promoviendo su funcionamiento bajo la forma de una red de servicios con base en la comunidad. Dicha red debe incluir servicios, dispositivos y prestaciones tales como: centros de atención primaria de la salud, servicios de salud mental en el hospital general con internación, sistemas de atención de la urgencia, centros de rehabilitación psicosocial diurno y nocturno, dispositivos habitacionales y laborales con distintos niveles de apoyo, atención ambulatoria, sistemas de apoyo y atención domiciliaria, familiar y comunitaria en articulación con redes intersectoriales y sociales, para satisfacer las necesidades de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación, que favorezca la inclusión social.

La Autoridad de Aplicación establecerá los requisitos que debe cumplir cada dispositivo para su habilitación.

Los dispositivos terapéuticos que incluyan alojamiento no deberán ser utilizados para personas con problemática exclusiva de vivienda.

Entre las estrategias y dispositivos de atención en salud mental, se incluirán para las adicciones dispositivos basados en la estrategia de reducción de daños.

La Autoridad de Aplicación promoverá que la creación de los dispositivos comunitarios, ya sean ambulatorios o de internación, que se creen en cumplimiento de los principios establecidos en la Ley, incluyan entre su población destinataria a las personas alcanzadas por el inciso 1) del artículo 34 del Código Penal, y a la población privada de su libertad en el marco de procesos penales.

Para promover el desarrollo de los dispositivos señalados, se deberá incluir el componente de salud mental en los planes y programas de provisión de insumos y medicamentos.

ARTICULO 12. Debe entenderse que no sólo la prescripción de medicamentos sino de cualquier otra medida terapéutica, indicada por cualquiera de los profesionales del equipo interdisciplinario, debe cumplir con los recaudos establecidos en el artículo 12 de la Ley N° 26.657.

La prescripción de psicofármacos debe realizarse siguiendo las normas internacionales aceptadas por los consensos médicos para su

uso racional, en el marco de los abordajes interdisciplinarios que correspondan a cada caso.

La indicación y renovación de prescripción de medicamentos sólo puede realizarse a partir de las evaluaciones profesionales pertinentes realizadas de manera efectiva por médico psiquiatra o de otra especialidad cuando así corresponda.

## CAPITULO VI

### DEL EQUIPO INTERDISCIPLINARIO

ARTICULO 13. La Autoridad de Aplicación promoverá, en conjunto con las jurisdicciones, protocolos de evaluación a fin de cumplir con el artículo 13 de la Ley N° 26.657.

## CAPITULO VII

### INTERNACIONES

ARTICULO 14. Las normas de internación o tratamiento que motiven el aislamiento de las personas con padecimientos mentales, ya sea limitando visitas, llamados, correspondencia o cualquier otro contacto con el exterior, son contrarias al deber de promover el mantenimiento de vínculos. Las restricciones deben ser excepcionales, debidamente fundadas por el equipo interdisciplinario, y deberán ser informadas al juez competente.

Cuando existan restricciones precisas de carácter terapéutico que recaigan sobre algún familiar o referente afectivo, deberá asegurarse el acompañamiento a través de otras personas teniendo en cuenta la voluntad del interesado. Nunca alcanzarán al abogado defensor, y podrán ser revisadas judicialmente. Las restricciones referidas no son en desmedro de la obligación de la institución de brindar información, incorporar a la familia y referentes afectivos a las instancias terapéuticas e informar sobre las prestaciones que brinda, facilitando el acceso al conocimiento de las instalaciones e insumos que se le ofrecen a la persona.

Se deberá promover que aquellas personas que carezcan de familiares o referentes, afectivos en condiciones de acompañar el proceso de tratamiento, puedan contar con referentes comunitarios. Para ello, la Autoridad de Aplicación identificará, apoyará y promoverá la organización de asociaciones de familiares y voluntarios que ofrezcan acompañamiento.

No será admitida la utilización de salas de aislamiento.

Las instituciones deberán disponer de telefonía gratuita para uso de las personas internadas.

ARTICULO 15. Cuando una persona estuviese en condiciones de alta desde el punto de vista de la salud mental y existiesen problemáticas sociales o de vivienda que imposibilitaran la externación inmediata, el equipo interdisciplinario deberá:

- a) Dejar constancia en la historia clínica.

b) Gestionar ante las áreas que correspondan con carácter urgente la provisión de los recursos correspondientes a efectos de dar solución de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley N° 26.657.

c) Informar a la Autoridad de Aplicación local.

ARTICULO 16. Todos los plazos a que se refiere la Ley N° 26.657 deberán computarse en días corridos, salvo disposición en contrario.

a) El diagnóstico interdisciplinario e integral consiste en la descripción de las características relevantes de la situación particular de la persona y las probables causas de su padecimiento o sintomatología, a partir de una evaluación que articule las perspectivas de las diferentes disciplinas que intervienen. En aquellos casos en que corresponda incluir la referencia a criterios clasificatorios de trastornos o enfermedades, la Autoridad de Aplicación establecerá las recomendaciones necesarias para el empleo de estándares avalados por organismos especializados del Estado Nacional, o bien por organismos regionales o internacionales que la República Argentina integre como miembro.

La evaluación deberá incorporarse a la historia clínica.

Los profesionales firmantes deberán ser de distintas disciplinas académicas e integrar el equipo asistencial que interviene directamente

en el caso, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades de la Institución.

El informe deberá contener conclusiones conjuntas producto del trabajo interdisciplinario.

b) Deberán consignarse en la historia clínica, los datos referidos al grupo familiar y/o de pertenencia, o en su defecto, las acciones realizadas para su identificación.

c) Para ser considerada una internación voluntaria el consentimiento deberá ser indefectiblemente personal.

ARTICULO 17. La Autoridad de Aplicación conjuntamente con el MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE y las dependencias institucionales que a estos fines resulten competentes, promoverán la implementación de políticas que tengan como objetivo: 1) facilitar el rápido acceso al Documento Nacional de Identidad (DNI) a las personas que carezcan de él; y 2) la búsqueda de los datos de identidad y filiación de las personas con padecimiento mental cuando fuese necesario, con procedimientos expeditos que deberán iniciarse como máximo a las CUARENTA Y OCHO (48) horas de haber tomado conocimiento de la situación; manteniendo un Registro Nacional actualizado que permita un seguimiento permanente de estos casos hasta su resolución definitiva. Este Registro Nacional actuará en coordinación con la Autoridad de Aplicación y contendrá todos aquellos datos que tiendan a identificar a las personas o su grupo de identificación familiar.

Para ello los servicios de salud mental deberán notificar obligatoriamente y de manera inmediata a la Autoridad de Aplicación correspondiente el ingreso de personas cuya identidad se desconozca.

La Autoridad de Aplicación regulará el funcionamiento del Registro Nacional debiendo respetar el derecho a la intimidad, la protección de datos y lo indicado en el artículo 7° inciso I), de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.

ARTICULO 18. Solamente podrá limitarse el egreso de la persona por su propia voluntad si existiese una situación de riesgo cierto e inminente, en cuyo caso deberá procederse de conformidad con el artículo 20 y subsiguientes de la Ley N° 26.657.

Deberá reiterarse la comunicación al cabo de los CIENTO VEINTE (120) días como máximo y deberá contener los recaudos establecidos en el artículo 16 de la Ley N° 26.657. A los efectos de evaluar si la internación continúa siendo voluntaria, el juez solicitará una evaluación de la persona internada al equipo interdisciplinario dependiente del Organo de Revisión.

ARTICULO 19. Sin reglamentar.

ARTICULO 20. Entiéndese por riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros.

Ello deberá ser verificado por medio de una evaluación actual, realizada por el equipo interdisciplinario, cuyo fundamento no deberá reducirse exclusivamente a una clasificación diagnóstica.

No se incluyen los riesgos derivados de actitudes o conductas que no estén condicionadas por un padecimiento mental.

Las Fuerzas de Seguridad que tomasen contacto con una situación de riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros por presunto padecimiento mental, deberán intervenir procurando evitar daños, dando parte inmediatamente y colaborando con el sistema de emergencias sanitarias que corresponda. La Autoridad de Aplicación en conjunto con el MINISTERIO DE SEGURIDAD elaborará protocolos de intervención y capacitación en base al criterio de evitar todo tipo de daños para sí o para terceros.

Aún en el marco de una internación involuntaria, deberá procurarse que la persona participe de la decisión que se tome en relación a su tratamiento.

ARTICULO 21. Las DIEZ (10) horas deben computarse desde el momento en que se efectivizó la medida, incluso cuando su vencimiento opere en día u horario inhábil judicial.

La comunicación podrá realizarse telefónicamente o por otra vía tecnológica expedita y verificable que habrán de determinar en acuerdo la Autoridad de Aplicación local, el Poder Judicial y el Organo de Revisión.

El Juez deberá garantizar el derecho de la persona internada, en la medida que sea posible, a ser oída en relación a la internación dispuesta.

a) Sin reglamentar.

b) La petición de informe ampliatorio sólo procede si, a criterio del Juez, el informe original es insuficiente. En caso de solicitar el mismo o peritajes externos, el plazo máximo para autorizar o denegar la internación no podrá superar los SIETE (7) días fijados en el artículo 25 de la ley N° 26.657.

Entiéndese por “servicio de salud responsable de la cobertura” al máximo responsable de la cobertura de salud, sea pública o privada.

ARTICULO 22. La responsabilidad de garantizar el acceso a un abogado es de cada jurisdicción. La actuación del defensor público será gratuita.

En el ejercicio de la asistencia técnica el abogado defensor — público o privado— debe respetar la voluntad y las preferencias de la persona internada, en lo relativo a su atención y tratamiento.

A fin de garantizar el derecho de defensa desde que se hace efectiva la internación, el servicio asistencial deberá informar al usuario que tiene derecho a designar un abogado.

Si en ese momento no se puede comprender su voluntad, o la persona no designa un letrado privado, o solicita un defensor público, se dará intervención a la institución que presta dicho servicio.

En aquellos estados en los que no pueda comprenderse la voluntad de la persona internada, el defensor deberá igualmente procurar que las condiciones generales de internación respeten las garantías mínimas exigidas por la ley y las directivas anticipadas que pudiera haber manifestado expresamente.

El juez debe garantizar que no existan conflictos de intereses entre la persona internada y su abogado, debiendo requerir la designación de un nuevo defensor si fuese necesario.

ARTICULO 23. El equipo tratante que tiene la facultad de otorgar el alta, externación o permisos de salida se compone de manera interdisciplinaria y bajo el criterio establecido en el artículo 16 y concordantes de la Ley N° 26.657.

Cuando una internación involuntaria se transforma en voluntaria, se le comunicará al juez esta novedad remitiéndole un informe con copia del consentimiento debidamente firmado. En este caso se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley, debiendo realizar la comunicación allí prevista si transcurriesen SESENTA (60) días a partir de la firma del consentimiento.

ARTICULO 24. Los informes periódicos deberán ser interdisciplinarios e incluir información acerca de la estrategia de atención, las distintas medidas implementadas por el equipo y las respuestas obtenidas, fundamentando adecuadamente la necesidad del mantenimiento de la medida de internación.

Se entenderá que la intervención del Organismo de Revisión, en el marco del presente artículo, procede a intervalos de NOVENTA (90) días.

Hasta tanto se creen los órganos de revisión en cada una de las jurisdicciones, el juez podrá requerir a un equipo interdisciplinario, de un organismo independiente del servicio asistencial interviniente, que efectúe la evaluación indicada por el presente artículo.

ARTICULO 25. Sin reglamentar.

ARTICULO 26. En las internaciones de personas declaradas incapaces o menores de edad se deberá:

- a) Ofrecer alternativas terapéuticas de manera comprensible,
- b) Recabar su opinión,
- c) Dejar constancia de ello en la historia clínica,
- d) Poner a su disposición la suscripción del consentimiento informado.

En caso de existir impedimentos para el cumplimiento de estos requisitos deberá dejarse constancia de ello con informe fundado.

Asimismo deberá dejarse constancia de la opinión de los padres o representantes legales según el caso.

Para las internaciones de personas menores de edad el abogado defensor previsto en el artículo 22 de la Ley N° 26.657 deberá estar preferentemente especializado en los términos del artículo 27 inciso c) de la Ley N° 26.061.

ARTICULO 27. La Autoridad de Aplicación en conjunto con los responsables de las jurisdicciones, en particular de aquellas que tengan en su territorio dispositivos monovalentes, deberán desarrollar para cada uno de ellos proyectos de adecuación y sustitución por dispositivos comunitarios con plazos y metas establecidas. La sustitución definitiva deberá cumplir el plazo del año 2020, de acuerdo al CONSENSO DE PANAMA adoptado por la CONFERENCIA REGIONAL DE SALUD MENTAL convocada por la ORGANIZACION PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS) - ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) “20 años después de la Declaración de Caracas” en la CIUDAD DE PANAMA el 8 de octubre de 2010. La presentación de tales proyectos y el cumplimiento efectivo de las metas en los plazos establecidos, será requisito indispensable para acceder a la asistencia técnica y financiera que la Autoridad de Aplicación nacional disponga. El personal deberá ser capacitado y destinado a los dispositivos sustitutivos en funciones acordes a su capacidad e idoneidad.

La Autoridad de Aplicación en conjunto con las jurisdicciones, establecerá cuales son las pautas de adaptación de los manicomios, hospitales neuropsiquiátricos o cualquier otro tipo de instituciones de internación monovalentes que se encuentren en funcionamiento, congruentes con el objetivo de su sustitución definitiva en el plazo establecido.

También establecerá las pautas de habilitación de nuevos servicios de salud mental, públicos y privados, a los efectos de cumplir con el presente artículo.

La adaptación prevista deberá contemplar la desconcentración gradual de los recursos materiales, humanos y de insumos y fármacos, hasta la redistribución total de los mismos en la red de servicios con base en la comunidad.

La implementación de este lineamiento no irá en detrimento de las personas internadas, las cuales deberán recibir una atención acorde a los máximos estándares éticos, técnicos y humanitarios en salud mental vigentes.

ARTICULO 28. Deberá entenderse que la expresión “hospitales generales” incluye tanto a los establecimientos públicos como privados.

Las adaptaciones necesarias para brindar una atención adecuada e integrada sean estructurales y/o funcionales de los hospitales generales a efectos de incluir la posibilidad de internación en salud mental es responsabilidad de cada jurisdicción. Aquellas deberán respetar las recomendaciones que la Autoridad de Aplicación realizará a tales fines.

A los efectos de contar con los recursos necesarios para poder efectuar internaciones de salud mental en hospitales generales del sector público, el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS y el MINISTERIO DE

SALUD deberán contemplar en la construcción de nuevos hospitales, áreas destinadas específicamente a la atención de la salud mental, promoviendo que igual criterio adopten todas las jurisdicciones.

Asimismo, establecerán planes de apoyo para el reacondicionamiento o ampliación de los Hospitales Generales, con el mismo objetivo.

La Autoridad de Aplicación condicionará la participación de las jurisdicciones en programas que incluyan financiamiento, a la presentación de proyectos de creación de servicios de salud mental en los hospitales generales, con plazos determinados.

ARTICULO 29. Las autoridades de los establecimientos que presten atención en salud mental deberán entregar a todo el personal vinculado al área, copia del texto de la Ley y su Reglamentación.

Asimismo, los usuarios, familiares y allegados tendrán a su disposición un libro de quejas, al que tendrán acceso irrestricto tanto la Autoridad de Aplicación, el Órgano de Revisión, el abogado defensor como la Autoridad Judicial.

La Autoridad de Aplicación promoverá espacios de capacitación sobre los contenidos de la Ley y de los instrumentos internacionales de referencia, dirigidos a todos los integrantes del equipo de salud mental.

## CAPITULO VIII

### DERIVACIONES

ARTICULO 30. La conveniencia de derivación fuera del ámbito comunitario donde vive la persona deberá estar debidamente fundada por evaluación interdisciplinaria en los términos previstos en el artículo 16 y concordantes de la Ley. La comunicación al Juez y al Organo de Revisión, cuando no exista consentimiento informado, deberá ser de carácter previo a la efectivización de la derivación.

## **CAPITULO IX**

### **AUTORIDAD DE APLICACIÓN**

ARTICULO 31. El área a designar por la Autoridad de Aplicación a través de la cual desarrollará las políticas establecidas en la Ley no podrá ser inferior a Dirección Nacional.

El PLAN NACIONAL DE SALUD MENTAL deberá estar disponible para la consulta del conjunto de la ciudadanía y deberá contemplar mecanismos de monitoreo y evaluación del cumplimiento de metas y objetivos. La Autoridad de Aplicación deberá elaborar un informe anual sobre la ejecución de dicho Plan Nacional el cual será publicado y remitido al Organo de Revisión.

ARTICULO 32. Sin reglamentar.

ARTICULO 33. El MINISTERIO DE EDUCACION, a través de sus áreas competentes, prestará colaboración a la Autoridad de Aplicación a fin de efectuar las pertinentes recomendaciones dirigidas a las universidades para adecuar los planes de estudio de formación de los profesionales de las disciplinas involucradas con la salud mental.

Deberá ponerse de resalto la capacitación de los trabajadores en servicio del equipo interdisciplinario de salud mental, de atención primaria de la salud, y de todas las áreas que intervienen en orden a la intersectorialidad;

La Autoridad de Aplicación deberá promover la habilitación de espacios de capacitación de grado y posgrado, residencias, concurrencias y pasantías, dentro de los dispositivos comunitarios, sustituyendo progresivamente los espacios de formación existentes en instituciones monovalentes.

ARTICULO 34. La SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y la Autoridad de Aplicación conformarán una comisión permanente de trabajo en el plazo de TREINTA (30) días, a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto.

Dicha Comisión trabajará en conjunto con las jurisdicciones provinciales y elevará al Secretario de Derechos Humanos y a la Autoridad de Aplicación las propuestas elaboradas para su aprobación, las que deberán garantizar el cumplimiento de todos los derechos establecidos en el artículo 7° y demás previsiones de la Ley N° 26.657.

La Comisión conformada dará asistencia técnica y seguimiento permanente para la implementación de los estándares elaborados.

Se deberá entender que los estándares se refieren a habilitación, supervisión, acreditación, certificación, monitoreo, auditoría, fiscalización y evaluación.

ARTICULO 35. La Autoridad de Aplicación deberá considerar como requisito para el acceso a programas de asistencia en los términos del artículo 28 de la presente reglamentación, la participación y colaboración de las jurisdicciones en la recolección y envío de datos para la realización del censo.

EL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA Y CENSOS (INDEC) prestará la colaboración que le sea requerida.

ARTICULO 36. Sin reglamentar.

ARTICULO 37. La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD en conjunto con la Autoridad de Aplicación deberán controlar que se garantice la cobertura en salud mental de los afiliados a Obras Sociales. Para ello deberán adecuar la cobertura del Programa Médico Obligatorio (PMO) o el instrumento que en el futuro lo reemplace, a través de la incorporación de los dispositivos, insumos y prácticas en salud mental que se promueven en la Ley y los que la Autoridad de Aplicación disponga de acuerdo con el artículo 11 de la misma. Para acceder a dicha cobertura no será exigible certificación de discapacidad.

Se establecerán aranceles que promuevan la creación y desarrollo de tales dispositivos.

Deberán también excluirse de la cobertura las prestaciones contrarias a la Ley.

La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD deberá controlar que los agentes del seguro de salud identifiquen a

aquellas personas que se encuentren con internaciones prolongadas y/o en instituciones monovalentes, y deberán establecer un proceso de externación y/o inclusión en dispositivos sustitutivos en plazos perentorios.

Las auditorías o fiscalizaciones sobre los prestadores, públicos y privados deberán controlar el cumplimiento de la Ley, incluyendo la utilización de evaluaciones interdisciplinarias.

Se promoverá que igual criterio adopten las obras sociales provinciales.

## CAPITULO X

### ORGANO DE REVISION

ARTICULO 38. El Órgano de Revisión en el ámbito del MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA actuará conforme las decisiones adoptadas por los integrantes individualizados en el artículo 39 de la Ley. Dictará su reglamento interno de funcionamiento, y establecerá los lineamientos políticos y estratégicos de su intervención en el marco de los objetivos y funciones asignadas por la Ley.

Deberá reunirse de forma periódica, en los plazos que determine su reglamento interno, y al menos una vez por mes.

Además, podrá constituirse en asamblea extraordinaria, a pedido de alguno de sus miembros cuando una cuestión urgente así lo requiera.

Podrá sesionar con el quórum mínimo de CUATRO (4) miembros. La toma de decisiones será por mayoría simple de los

miembros presentes, salvo cuando se estipule en esta reglamentación, o a través del reglamento interno, un quórum diferente.

A los fines de dotar al Órgano de Revisión de la operatividad necesaria para cumplir de un modo más eficaz sus funciones, encomiéndose a la DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION la Presidencia, representación legal, y coordinación ejecutiva del Órgano Revisor, a través de la organización de una Secretaría Ejecutiva y de un equipo de apoyo técnico y otro administrativo.

La DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION, a través de su servicio administrativo financiero, se encargará de brindar el soporte necesario para la ejecución del presupuesto que se le asigne para el funcionamiento del Órgano de Revisión.

La Secretaría Ejecutiva, cuyo titular será designado por la DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION, deberá coordinar las reuniones de los integrantes del Organo de Revisión, implementar las estrategias políticas, jurídicas e institucionales, participar sin voto de las reuniones, seguir los lineamientos acordados por los integrantes del Órgano, canalizar la colaboración necesaria entre los distintos miembros, y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento permanente del organismo, rindiendo cuentas de las acciones emprendidas.

La labor permanente de carácter operativo, técnico y administrativo del Órgano de Revisión, se sustentará mediante los equipos de apoyo enunciados precedentemente, cuyo personal será

previsto por la DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION y coordinado por la Secretaría Ejecutiva.

En la conformación del equipo de apoyo técnico deberá respetarse el criterio interdisciplinario previsto en la Ley, y deberá asegurarse que el personal no posea conflictos de intereses respecto de las tareas encomendadas al Órgano de Revisión.

ARTICULO 39. Los integrantes del Órgano de Revisión serán designados de la siguiente manera:

- a) UN (1) representante del MINISTERIO DE SALUD;
- b) UN (1) representante de la SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.
- c) UN (1) representante del MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA;
- d) UN (1) representante de asociaciones de usuarios y/o familiares del sistema de salud;
- e) UN (1) representante de asociaciones de profesionales y otros trabajadores de la salud;
- f) UN (1) representante de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos.

La DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION a través de su titular o de quién éste designe deberá ejercer el voto en las reuniones a los efectos de desempatar, cuando resultare necesario.

Las entidades de perfil interdisciplinario y con experiencia de trabajo en la temática de salud mental y de derechos humanos, representativas de las asociaciones y organizaciones mencionadas en los incisos d), e) y f), serán designadas por decisión fundada adoptada entre las jurisdicciones mencionadas en los incisos a), b) y c), a través de un procedimiento de selección que asegure transparencia.

Las entidades que sean designadas a tal efecto, integrarán el Órgano de Revisión por el término de DOS (2) años, al cabo del cual deberán elegirse nuevas organizaciones. Podrán ser reelegidas por UN (1) sólo período consecutivo, o nuevamente en el futuro, siempre con el intervalo de UN (1) período. El mismo criterio de alternancia se aplica a las personas que representen a las organizaciones, las que además no podrán tener vinculación de dependencia con las jurisdicciones mencionadas en los incisos a), b) y c).

En caso de renuncia o impedimento de alguna de las entidades designadas para participar del Órgano de Revisión, deberá reeditarse el procedimiento de selección para incorporar a una reemplazante, hasta la culminación del período.

Cada institución deberá designar UN (1) representante titular y UN (1) representante suplente, para el caso de ausencia del primero. La labor de todos los representantes tendrá carácter ad-honorem, sin perjuicio de las retribuciones salariales que cada uno pueda percibir de parte de las organizaciones a las que pertenecen.

El Órgano de Revisión podrá realizar convenios con entidades públicas o privadas, con competencia en la materia, para que brinden asesoramiento técnico a efectos de coadyuvar a su buen funcionamiento. También podrá convocar, a los mismos fines, a personalidades destacadas en la materia.

ARTICULO 40. El Órgano de Revisión desarrollará las funciones enunciadas en el artículo 40 de la Ley N° 26.657, así como todas aquellas que sean complementarias a efectos de proteger los derechos humanos de las personas usuarias de los servicios de salud mental.

El Órgano de Revisión podrá ejercer sus funciones de modo facultativo en todo el Territorio Nacional, en articulación con el Órgano de Revisión local, cuando considere la existencia de situaciones de urgencia y gravedad institucional.

En los casos particulares que estén bajo proceso judicial con competencia de la justicia federal, provincial o de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, deberá intervenir el Órgano de Revisión local.

a) El Órgano de Revisión requerirá plazos expeditos para la recepción de los informes requeridos;

b) A los fines de lograr la supervisión de las condiciones de internación y tratamiento, el Órgano de Revisión podrá ingresar a cualquier tipo de establecimiento, público y privado, sin necesidad de autorización previa, y realizar inspecciones integrales con acceso

irrestringido a todas las instalaciones, documentación, y personas internadas, con quienes podrá mantener entrevistas en forma privada;

c) El equipo interdisciplinario que evalúe las internaciones deberá estar conformado bajo el mismo criterio establecido en el artículo 16 y concordantes de la Ley.

d) Sin reglamentar;

e) Sin reglamentar;

f) El Órgano de Revisión podrá requerir la intervención judicial, así como de la defensa pública y de otros organismos de protección de derechos, ante situaciones irregulares que vayan en desmedro de los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud mental;

g) Sin reglamentar;

h) Las recomendaciones deberán efectuarse a través de informes anuales sobre el estado de aplicación de la Ley en todo el país, que deberán ser de carácter público;

i) Sin reglamentar;

j) A los fines de promover la creación de órganos de revisión en las jurisdicciones, deberá fomentarse que en su integración se respete el criterio de intersectorialidad e interdisciplinariedad previsto en la ley para el Órgano de Revisión nacional, y podrán depender del ámbito que se considere más adecuado de acuerdo a la organización administrativa de cada jurisdicción, para garantizar autonomía de los servicios y dispositivos que serán objeto de supervisión. Se promoverá que, como

mínimo, las funciones de los órganos de revisión locales sean las indicadas para el Órgano de Revisión nacional, en su ámbito.

k) Sin reglamentar;

l) A los fines de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales, se comprenderá la situación de toda persona sometida a algún proceso administrativo o judicial por cuestiones de salud mental, o donde se cuestione el ejercicio de la capacidad jurídica.

#### CAPITULO XI

#### CONVENIOS DE COOPERACION CON LAS PROVINCIAS.

ARTICULO 41.- Sin reglamentar.

#### CAPITULO XII

#### DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.

ARTICULO 42.- Sin reglamentar.

ARTICULO 43.- Sin reglamentar.

ARTICULO 44.- Sin reglamentar.

ARTICULO 45.- Sin reglamentar.

ARTICULO 46.- Sin reglamentar.

DISPOSICION TRANSITORIA.

# EL RÉGIMEN DE INTERNACIONES EN EL DECRETO 603/13 REGLAMENTARIO DE LA LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL<sup>1</sup>

Juan Pablo OLMO<sup>2</sup>

## SUMARIO

1. Presentación. 2. Marco regulatorio. 3. Tratamiento bajo la modalidad de internación. 3. Trámite del control de las internaciones. 4. La figura del abogado defensor. 5. Internaciones de niñas, niños y adolescentes. 6. Cómputos de plazos y comunicaciones.

---

<sup>1</sup> Adaptación del trabajo “Comentario a la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 (dec. 603/2013)”, publicado originariamente en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Agosto 2013, La Ley.

<sup>2</sup> Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Docente en la materia “Derecho de Familia y Sucesiones” (Facultad de Derecho, UBA). Curador Público, a cargo de la Curaduría Pública N° 2 entre septiembre de 2009 y febrero de 2012; actualmente a cargo de la “Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657” de la Defensoría General de la Nación (Ministerio Público de la Defensa, República Argentina).

## **RESUMEN**

A lo largo de este trabajo se analizará cómo ha quedado regulado el régimen de internaciones por salud mental y adicciones tras la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 (Decreto n° 603/2013).

## **ABSTRACT**

Thorough this work it would be analyzed how has been regulated the mental health and addiction's hospitalization regimen after the regulation of the National Mental Health Law N° 26.657 (Law Decree N° 603/13).

## **PALABRAS CLAVES**

Internaciones – Defensor Público – Abogado del Niño – Niñas, Niños y Adolescentes – Salud Mental – Adicciones – Acceso a la justicia – Ley Nacional de Salud Mental (República Argentina)

## **KEY WORDS**

Hospitalization – Public Defender – Child's Lawyer – Children and Teenagers – Mental Health – Addictions – Access to Justice – National Mental Health Law (Argentine Republic).

## **1. Presentación**

A través del Decreto n° 603/13<sup>3</sup> se aprobó la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657<sup>4</sup>. Fueron reglamentados los arts. 1°, 4°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 13, 14,15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 37, 38, 39 y 40.

Además, se agregó una disposición transitoria referida a la puesta en funcionamiento del Órgano de Revisión<sup>5</sup>. En efecto, todo lo referido al O.R. está tratado en los arts. 38 a 40 LNSM (Capítulo X: Órgano de Revisión) y demás concordantes: arts. 7 inc. h] (Capítulo IV: Derechos de las personas con padecimiento mental), 17, 18, 21, 24 párr. 2°, 25, 29 párr. 1° (Capítulo VII: Internaciones) y art. 30 (Capítulo VIII: Derivaciones) de la ley 26.657. Ello debe ser complementado con las demás referencias al O.R. hechas en los arts. 7° incs. j] y m], y 31 Reglamentación. Al mismo tiempo, dentro del capítulo IX de la ley 26.657 —arts. 31 a 37, y concordancias de los arts. 11, 40 incs. e] y h] y 41 inc. c]— se establece la Autoridad de Aplicación.

Ciertamente, a través de la Reglamentación se ha terminado de consolidar el importante proceso iniciado desde la sanción de la ley 26.657<sup>6</sup>: ha venido a traer claridad sobre ciertas dudas que planteaba la ley en su interpretación y aplicación en la práctica, cubriendo así

---

<sup>3</sup> De fecha 28/05/2013, publicado en el Boletín Oficial en fecha 29/05/2013.

<sup>4</sup> Sancionada en fecha 25/11/2010, promulgada mediante decreto 1855/10 de fecha 02/12/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 03/12/2010. En adelante Ley Nacional de Salud Mental, ley 26.657 o LNSM, indistintamente.

<sup>5</sup> En adelante O.R.

<sup>6</sup> En fecha 27/09/2012 el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en oportunidad de formular sus observaciones finales sobre Argentina, instó a nuestro país en el punto 42 a adoptar lo antes posible la reglamentación de la ley 26.657 (CRPD/C/ARG/CO/1).

algunos vacíos; a la vez que, en otros casos, ha mejorado los estándares fijados en el texto legal<sup>7</sup>.

En esta oportunidad nos centraremos en cómo ha quedado regulado finalmente el régimen de internaciones a la luz del nutrido aporte que ha hecho el decreto en este punto, puesto que, tal como ya lo adelantáramos, de los arts. 14 a 30 sólo han quedado sin reglamentar los arts. 19 y 25.

## **2. Marco regulatorio**

La ley 26.657 derogó la ley 22.914 sobre "Internación y Egreso de Establecimientos de Salud Mental" (art. 44)<sup>8</sup> y en su reemplazo trata específicamente lo referido a las internaciones en sus arts. 14 a 29 (capítulo VII: Internaciones), 30 (capítulo VIII: Derivaciones), 43 (capítulo XII: Disposiciones complementarias, que modifica el art. 482,

---

<sup>7</sup> Para ampliar los fundamentos que se expondrán a lo largo de este trabajo, como así también para el análisis y la interpretación que se ha dado en la práctica de los distintos tópicos de la ley 26.657, nos remitimos a nuestros trabajos previos producidos durante la etapa anterior a la reglamentación, a saber: "Comentario a la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657", en coautoría con PINTO KRAMER, Pilar María, en *Anales de Legislación Argentina*, Año LXXI, n° 11, 02/05/2011, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 1, y [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar); "El plazo de 10 horas para comunicar las internaciones involuntarias", en *Doctrina Judicial. Procesal*, año III, n° 6, Julio 2011, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 35; "El nuevo régimen de internaciones en la jurisprudencia de la Ciudad de Buenos Aires", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 1, Enero-Febrero 2012, La Ley Buenos Aires, 2012-256; "Entrevista", publicada en *Cuaderno Jurídico de Familia*, n° 30, Julio 2012, El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 16.

<sup>8</sup> Art. 15, ley 22.914: "La presente ley se aplicará en la Capital Federal y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. El Poder Ejecutivo Nacional informará a los gobiernos de las provincias del texto y los fundamentos de la presente, a fin de que se contemple la posibilidad de implementar una legislación similar".

CCiv.) y demás concordantes, entre ellos: 3, 5, 7, 10 y 40; sin olvidar que el art. 2 (Capítulo I: Derechos y garantías) introduce como parte integrante de la ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental<sup>9</sup>.

### **3. Tratamiento bajo la modalidad de internación**

Las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales (art. 28 LNSM), debiéndose entender que incluye tanto a los establecimientos públicos como privados<sup>10</sup>. Se prohíbe la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En el caso de los ya existentes deben ir adaptándose hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos (art. 27 LNSM), a cuyo fin se deberá cumplir el plazo del año 2020 de acuerdo al “Consenso de Panamá”<sup>11,12</sup>. Asimismo, se deberán respetar los siguientes principios: a) Cercanía de la atención al lugar donde vive la persona; b) Garantía de continuidad de la atención en aquellos servicios adecuados y que sean de preferencia de la persona; c) Articulación permanente en el caso de intervención de distintos

---

<sup>9</sup> Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. En adelante Principio de la ONU.

<sup>10</sup> Art. 28 párr. 1º Reglamentación.

<sup>11</sup> Adoptado por la Conferencia Regional de Salud Mental convocada por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) – Organización Mundial de la Salud (OMS) “20 años después de la Declaración de Caracas” en la Ciudad de Panamá el 8 de octubre de 2010.

<sup>12</sup> Art. 27 párr. 1º Reglamentación.

servicios sobre una misma persona o grupo familiar; d) Participación de personas usuarias, familiares y otros recursos existentes en la comunidad para la integración social efectiva<sup>13</sup>.

Según el art. 4 LNSM las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. En consonancia con ello, la Reglamentación establece que entre las estrategias y dispositivos de atención en salud mental, se incluirán para las adicciones dispositivos basados en la estrategia de “reducción de daños”<sup>14</sup>. El eje deberá estar puesto en la persona en su singularidad, más allá del tipo de adicción que padezca<sup>15</sup>.

Las instituciones de internaciones, públicas o privadas, deberán disponer en lugares visibles para todos los usuarios, y en particular para las personas internadas y sus familiares, un letrero con el consiguiente texto: “La Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 garantiza los derechos de los usuarios. Usted puede informarse del texto legal y denunciar su incumplimiento llamando al...” (números de teléfono gratuitos que a tal efecto establezca el O.R. de cada Jurisdicción y la autoridad local de aplicación). Asimismo, tienen la obligación de entregar a las personas usuarias y familiares, al momento de iniciarse una internación, copia del art. 7° LNSM, debiendo dejar constancia fehaciente de la recepción de la misma<sup>16</sup>. Allí consta un listado de

---

<sup>13</sup> Art. 9° Reglamentación.

<sup>14</sup> Art. 11 párr. 4° Reglamentación.

<sup>15</sup> Art. 4° Reglamentación.

<sup>16</sup> Art. 7° inc. j) Reglamentación.

derechos reconocidos a las personas con padecimiento mental que, desde ya, es meramente enunciativo<sup>17</sup>. Además, los usuarios, familiares y allegados tendrán a su disposición un libro de quejas, al que tendrán acceso irrestricto tanto la Autoridad de Aplicación, el O.R., el abogado defensor como la Autoridad Judicial<sup>18</sup>.

La información sanitaria del paciente sólo podrá ser brindada a terceras personas con su consentimiento fehaciente. Si aquél hubiera sido declarado “incapaz”, el consentimiento será otorgado por su representante legal. Asimismo, la exposición con fines académicos requiere, de forma previa a su realización, el consentimiento expreso del paciente o en su defecto, de sus representantes legales y del equipo interdisciplinario interviniente. Siempre se deberá reservar la identidad del paciente. El consentimiento brindado por el paciente, en todos los casos, debe ser agregado a la historia clínica<sup>19</sup>.

Todo paciente, con plena capacidad o, sus representantes legales, en su caso, podrán disponer directivas anticipadas sobre su salud mental, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos y decisiones relativas a su salud, las cuales deberán ser aceptadas por el equipo interdisciplinario interviniente a excepción que aquellas constituyeran riesgo para sí o para terceros. Dichas decisiones deberán asentarse en la historia clínica y podrán ser revocadas<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Art. 7° Reglamentación.

<sup>18</sup> Art. 29 párr. 2° Reglamentación.

<sup>19</sup> Art. 7° inc. l] Reglamentación.

<sup>20</sup> Art. 7° inc. k] Reglamentación.

Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes (art. 8 LNSM). Se trata de una enumeración que no es taxativa. Los integrantes de los equipos interdisciplinarios asumen las responsabilidades que derivan de sus propias incumbencias profesionales en el marco del trabajo conjunto<sup>21</sup>. La cláusula limitativa del art. 12 LNSM<sup>22</sup> con relación a la prescripción de medicamentos, alcanza a cualquier otra medida terapéutica indicada por cualquiera de los profesionales del equipo interdisciplinario, de modo que en todos los casos se debe cumplir con los recaudos establecidos en dicho artículo<sup>23</sup>. Asimismo, la prescripción de psicofármacos debe realizarse siguiendo las normas internacionales aceptadas por los consensos médicos para su uso racional, en el marco de los abordajes interdisciplinarios que correspondan a cada caso. Su indicación y renovación sólo puede realizarse a partir de las evaluaciones

---

<sup>21</sup> Art. 8° Reglamentación.

<sup>22</sup> Art. 12 LNSM: “La prescripción de medicación sólo debe responder a las necesidades fundamentales de la persona con padecimiento mental y se administrará exclusivamente con fines terapéuticos y nunca como castigo, por conveniencia de terceros, o para suplir la necesidad de acompañamiento terapéutico o cuidados especiales...”

<sup>23</sup> Art. 12 párr. 1° Reglamentación.

profesionales pertinentes realizadas de manera efectiva por médico psiquiatra o de otra especialidad cuando así corresponda<sup>24</sup>.

Toda disposición de internación deberá contar con un diagnóstico interdisciplinario e integral (art. 16 inc. a) LNSM) que consiste en la descripción de las características relevantes de la situación particular de la persona y las probables causas de su padecimiento o sintomatología, a partir de una evaluación que articule las perspectivas de las diferentes disciplinas que intervienen. La evaluación deberá incorporarse a la historia clínica. Los profesionales firmantes deberán ser de distintas disciplinas académicas e integrar el equipo asistencial que interviene directamente en el caso, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades de la Institución. El informe deberá contener conclusiones conjuntas producto del trabajo interdisciplinario<sup>25</sup>. Asimismo, se deberá proceder a la búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar (art. 16 inc. b) LNSM). Los mismos deberán consignarse en la historia clínica, o en su defecto, las acciones realizadas para su identificación<sup>26</sup>.

Las normas de internación o tratamiento que motiven el aislamiento de las personas con padecimientos mentales, ya sea limitando visitas, llamados, correspondencia o cualquier otro contacto con el exterior, son contrarias al deber de promover el mantenimiento de vínculos. Las restricciones deben ser excepcionales, debidamente

---

<sup>24</sup> Art. 12 párr. 2° y 3° Reglamentación.

<sup>25</sup> Art. 16 inc. a) Reglamentación.

<sup>26</sup> Art. 16 inc. b) Reglamentación.

fundadas por el equipo interdisciplinario, y deberán ser informadas al juez competente. Cuando existan restricciones precisas de carácter terapéutico que recaigan sobre algún familiar o referente afectivo, deberá asegurarse el acompañamiento a través de otras personas teniendo en cuenta la voluntad del interesado. Nunca alcanzarán al abogado defensor, y podrán ser revisadas judicialmente. Las restricciones referidas no son en desmedro de la obligación de la institución de brindar información, incorporar a la familia y referentes afectivos a las instancias terapéuticas e informar sobre las prestaciones que brinda, facilitando el acceso al conocimiento de las instalaciones e insumos que se le ofrecen a la persona. No será admitida la utilización de salas de aislamiento. Se deberá promover que aquellas personas que carezcan de familiares o referentes, afectivos en condiciones de acompañar el proceso de tratamiento, puedan contar con referentes comunitarios. Para ello, la Autoridad de Aplicación identificará, apoyará y promoverá la organización de asociaciones de familiares y voluntarios que ofrezcan acompañamiento. Finalmente, las instituciones deberán disponer de telefonía gratuita para uso de las personas internadas<sup>27</sup>.

La internación involuntaria sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo interdisciplinario mediare situación de “riesgo cierto e inminente” (art. 20 LNSM), es decir, aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física

---

<sup>27</sup> Art. 14 Reglamentación.

de la persona o de terceros. Ello deberá ser verificado por medio de una evaluación actual, realizada por el equipo interdisciplinario, cuyo fundamento no deberá reducirse exclusivamente a una clasificación diagnóstica. No se incluyen los riesgos derivados de actitudes o conductas que no estén condicionadas por un padecimiento mental<sup>28</sup>. En efecto, a lo largo de la ley 26.657 se hace referencia a “padecimiento mental” y, consecuentemente, a “personas con padecimientos mentales”. En la Reglamentación se define padecimiento mental a todo tipo de sufrimiento psíquico de las personas y/o grupos humanos, vinculables a distintos tipos de crisis previsibles o imprevistas, así como a situaciones más prolongadas de padecimientos, incluyendo trastornos y/o enfermedades, como proceso complejo determinado por múltiples componentes, de conformidad con lo establecido en el art. 3° LNSM<sup>29</sup>.

Aun en el marco de una internación involuntaria, deberá procurarse que la persona participe de la decisión que se tome en relación a su tratamiento<sup>30</sup>.

Las Fuerzas de Seguridad que tomasen contacto con una situación de riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros por presunto padecimiento mental, deberán intervenir procurando evitar daños, dando parte inmediatamente y colaborando con el sistema de emergencias sanitarias que corresponda. La Autoridad de Aplicación en conjunto con el Ministerio de Seguridad elaborará protocolos de

---

<sup>28</sup> Art. 20 párr. 1°, 2° y 3° Reglamentación.

<sup>29</sup> Art. 1° Reglamentación.

<sup>30</sup> Art. 20 párr. 5° Reglamentación.

intervención y capacitación en base al criterio de evitar todo tipo de daños para sí o para terceros<sup>31</sup>.

Por su parte, el juez sólo puede ordenar por sí mismo una internación involuntaria cuando, cumplidos los requisitos establecidos en el art. 20 LNSM, el “servicio de salud responsable de la cobertura” se negase a realizarla (art. 21 “in fine” LNSM), debiéndose entender como tal al máximo responsable de la cobertura de salud, sea pública o privada<sup>32</sup>.

Finalmente, con relación a las derivaciones para tratamientos ambulatorios o de internación que se realicen fuera del ámbito comunitario donde vive la persona sólo corresponden si se realizan a lugares donde la misma cuenta con mayor apoyo y contención social o familiar (art. 30 LNSM). Deberá estar debidamente fundada por evaluación interdisciplinaria en los términos previstos en el art. 16 LNSM y concordantes<sup>33</sup>. Tanto el servicio o institución de procedencia como el servicio o institución de destino están obligados a informar dicha derivación al O.R. cuando no hubiese consentimiento de la persona (art. 30 LNSM). A ello la Reglamentación le suma que la comunicación al O.R. deberá ser de carácter previo a la efectivización

---

<sup>31</sup> Art. 20 párr. 4º Reglamentación. Al respecto, recientemente mediante resolución del Ministerio de Seguridad n° 506/13 de fecha 31/05/2013, publicada en el B.O. en fecha 07/06/2013, se aprobaron las “Pautas para la Intervención de los Cuerpos Policiales y Fuerzas de Seguridad con el objeto de preservar la seguridad en situaciones que involucran a personas con presunto padecimiento mental o en situación de consumo problemático de sustancias en riesgo inminente para sí o para terceros”.

<sup>32</sup> Art. 21 “in fine” Reglamentación.

<sup>33</sup> Art. 30 Reglamentación.

de la derivación<sup>34</sup>, deber que recaer, según entendemos, en el servicio o institución de procedencia; agregándole también en ese caso la comunicación al juez, lo que cobraría virtualidad cuando se trata de una derivación con internación.

#### **4. Trámite del control de las internaciones**

La ley 26.657 prevé dos tipos de internaciones: voluntarias e involuntarias.

Las internaciones son voluntarias cuando el consentimiento libre e informado es expresado en forma positiva y por escrito, por el propio paciente (el consentimiento deberá ser indefectiblemente personal<sup>35</sup>) mayor de edad y con capacidad jurídica a tal fin, debiendo mantenerse durante todo el tiempo que dure la internación (si el consentimiento informado ha sido brindado utilizando medios y tecnologías especiales, deberá dejarse constancia fehaciente de ello en la historia clínica del paciente, aclarando cuáles han sido los utilizados para darse a entender<sup>36</sup>). En estos casos, la persona podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación. Si bien, en principio, no son controladas judicialmente, si se prolongan por más de sesenta días corridos el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al O.R. y al juez, quien deberá evaluar si la internación continúa teniendo carácter de voluntaria o si la misma debe pasar a considerarse

---

<sup>34</sup> Art. 30 Reglamentación.

<sup>35</sup> Art. 16 inc. c) Reglamentación.

<sup>36</sup> Art. 10 Reglamentación.

involuntaria y darle ese trámite (art. 18 LNSM). Si se resuelve mantener el carácter de voluntaria, deberá reiterarse la comunicación al cabo de los ciento veinte días como máximo —a contar desde el momento de la internación— y deberá contener los recaudos establecidos en el art. 16 LNSM. En este caso, a los efectos de evaluar si la internación continúa siendo voluntaria, el juez solicitará una evaluación de la persona internada al equipo interdisciplinario dependiente del O.R.<sup>37</sup> A pesar de que la persona por su propia voluntad podrá abandonar la internación en cualquier momento (art. 18 LNSM), cuando existiese una situación de riesgo cierto e inminente podrá limitarse el egreso, en cuyo caso deberá procederse de conformidad con el art. 20 LNSM y subsiguientes (internaciones involuntarias)<sup>38</sup>.

Por el contrario, en caso de que la persona se oponga a la internación, de no prestar el consentimiento por no poder hacerlo, o bien que el mismo sea otorgado por una persona de menos de 18 años de edad o declarada incapaz, o por su representante legal, en cualquier caso la internación se reputará involuntaria. La internación involuntaria es considerada un recurso terapéutico de carácter excepcional, que sólo puede ser dispuesta cuando existe riesgo cierto e inminente de daño para la persona o para terceros, que debe estar determinado por un equipo interdisciplinario conformado al menos por dos profesionales de distintas disciplinas, uno de los cuales necesariamente debe ser psicólogo o médico psiquiatra (art. 20 LNSM); y siempre que no exista

---

<sup>37</sup> Art. 18 párr. 2º Reglamentación.

<sup>38</sup> Art. 18 párr. 1º Reglamentación.

otra alternativa eficaz para su tratamiento y menos restrictiva de su libertad (arts. 7 inc. d] y 20 inc. b] LNSM). Aun en estos casos, el Juez deberá garantizar el derecho de la persona internada, en la medida que sea posible, a ser oída en relación a la internación dispuesta<sup>39</sup>. A los fines del control de legalidad, la misma deberá ser comunicada en el plazo de diez horas al O.R. y al juez, quien podrá autorizarla, o denegarla y asegurar la externación de forma inmediata (art. 21 incs. a] y c] LNSM); o bien, previo a resolver, requerir informes ampliatorias (art. 21 incs. b] LNSM). La opción de requerir un informe ampliatorio sólo procede si, a criterio del juez, el informe original es insuficiente. En caso de solicitar el mismo o peritajes externos, el plazo máximo para autorizar o denegar la internación no podrá superar los siete días fijados en el art. 25 LNSM<sup>40</sup>. Una vez convalidada judicialmente la internación, se realizarán controles judiciales periódicos cada treinta días (art. 24 párr. 1° LNSM) que deberán ser interdisciplinarios e incluir información acerca de la estrategia de atención, las distintas medidas implementadas por el equipo y las respuestas obtenidas, fundamentando adecuadamente la necesidad del mantenimiento de la medida de internación<sup>41</sup>. Transcurridos noventa días y luego del tercer informe el juez requerirá al O.R. que designe un equipo interdisciplinario a fin de obtener una nueva evaluación (art. 24 párr. 2° LNSM). En caso de que existan razones para la continuidad de la

---

<sup>39</sup> Art. 21 párr. 3° Reglamentación.

<sup>40</sup> Art. 21 inc. b] Reglamentación.

<sup>41</sup> Art. 24 párr. 1° Reglamentación.

internación involuntaria, se entenderá que la intervención del O.R. procede a intervalos de noventa días<sup>42</sup>. Hasta tanto se creen los O.R. en cada una de las jurisdicciones, el juez podrá requerir a un equipo interdisciplinario, de un organismo independiente del servicio asistencial interviniente, que efectúe la referida evaluación<sup>43</sup>. El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud —compuesto de manera interdisciplinaria y bajo el criterio establecido en el art. 16 LNSM y concordantes<sup>44</sup>— que no requiere autorización del juez (art. 23 LNSM). Finalmente, cuando una internación involuntaria se transforma en voluntaria, se le comunicará al juez esta novedad remitiéndole un informe con copia del consentimiento debidamente firmado. En este caso se procederá de conformidad con lo establecido en el art. 18 LNSM, debiéndose realizar la comunicación allí prevista si transcurriesen sesenta días a partir de la firma del consentimiento<sup>45</sup>.

En cualquier caso, cuando una persona estuviese en condiciones de alta desde el punto de vista de la salud mental y existiesen problemáticas sociales o de vivienda que imposibilitaran la externación inmediata, el equipo interdisciplinario deberá: a) Dejar constancia en la historia clínica; b) Gestionar ante las áreas que correspondan con carácter urgente la provisión de los recursos correspondientes a efectos

---

<sup>42</sup> Art. 24 párr. 2º Reglamentación.

<sup>43</sup> Art. 24 párr. 3º Reglamentación.

<sup>44</sup> Art. 23 párr. 1º Reglamentación.

<sup>45</sup> Art. 23 párr. 2º Reglamentación.

de dar solución de acuerdo a lo dispuesto por el art. 15 LNSM; c) Informar a la Autoridad de Aplicación local<sup>46</sup>.

### **5. La figura del abogado defensor**

Lo referido a la actuación del abogado defensor de la persona internada involuntariamente está previsto en el art. 22 LNSM, en el Principio 18 ONU y en los arts. 14 párr. 2º, 22, 26 “in fine” y 29 párr. 2º de la Reglamentación.

Es así que la persona internada involuntariamente —categoría que se aplica siempre al caso de internaciones de niñas, niños y adolescentes, y personas “declaradas incapaces” (art. 26 LNSM)— o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado “que lo represente en su calidad de paciente”<sup>47</sup>. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación (art. 22 LNSM).

A fin de garantizar el derecho de defensa desde que se hace efectiva la internación, el servicio asistencial deberá informar al usuario que tiene derecho a designar un abogado. Si en ese momento no se puede comprender su voluntad, o la persona no designa un letrado privado, o solicita un defensor público, se dará intervención a la institución que presta dicho servicio<sup>48</sup>. La actuación del defensor

---

<sup>46</sup> Art. 15 Reglamentación.

<sup>47</sup> Principio 18.1 ONU.

<sup>48</sup> Art. 22 párr. 3º y 4º Reglamentación.

público será gratuita<sup>49</sup>, en tanto que para las internaciones de niñas, niños y adolescentes el abogado defensor deberá estar preferentemente especializado en niñez y adolescencia, según los términos del art. 27 inc. c] de la ley 26.061<sup>50</sup>. Por lo tanto, el Estado deberá garantizar que el defensor reúna el requisito de especialidad en razón de la materia ("salud mental") y una doble especialidad si se trata de internaciones de niñas, niños y adolescentes: especialidad en razón de la materia y en razón del sujeto<sup>51</sup>.

En cuanto a su naturaleza, la doctrina ya se había planteado si el abogado defensor requiere de la firma de su asistido para todas las presentaciones judiciales, tal como ocurre en cualquier otro proceso civil salvo que se presente con poder suficiente; o si, por el contrario, y siguiendo la lógica del viejo "defensor especial" y la del actual defensor penal, actúa a su sola firma<sup>52</sup>. Al respecto, ya hay quienes señalaron que se trata de una defensa técnica que tiene una naturaleza parecida a la defensa oficial penal, en tanto tiene justamente su basamento en la privación de la libertad que recae sobre la persona que es internada

---

<sup>49</sup> Art. 22 párr. 1º Reglamentación.

<sup>50</sup> Art. 26 "in fine" Reglamentación.

<sup>51</sup> De conformidad con lo prescripto en la Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de Beijing, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, ley 26.061 y leyes 114 y 448 (CABA), entre otras.

<sup>52</sup> MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., "El defensor del usuario del servicio de salud mental", Cuaderno Jurídico de Familia, n° 14, Febrero 2011, El Derecho, Buenos Aires, 2011, p. 4.

involuntariamente debido a su padecimiento mental<sup>53</sup>. Ahora bien, dejando de lado el abogado elegido por la persona internada o su representante legal, en lo que refiere al Defensor proporcionado por el Estado, ya habíamos señalado que su función no podía asimilarse a la de un abogado patrocinante, toda vez que su actuación estará regida por los parámetros de la Defensa Pública<sup>54</sup>. En efecto, su naturaleza tiene rasgos distintivos, dada la especificidad de la normativa que le resulta aplicable —más aún en internaciones de niñas, niños y adolescentes— y el particular marco de actuación para el cual ha sido pensado. De modo que no requiere que su defendido firme los escritos, a la vez que su designación para intervenir en casos concretos no es un resorte judicial sino que ahora el sistema está planteado para que sea el propio Ministerio Público de la Defensa quien se encargue de asignar un letrado que ejerza la función desde el mismo momento de la internación y sin dilaciones innecesarias<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> ANTÓN, Ricardo Enrique, MORENO, Gustavo Daniel, “Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas. Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública, Ministerio Público de la Defensa - UNICEF, Buenos Aires, 2011, p. 45 (disponible también en [www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar), consultado en fecha 21/06/2013).

<sup>54</sup> OLMO, Juan Pablo, PINTO KRAMER, Pilar María, “Comentario a la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657”, en Anales de Legislación Argentina, Año LXXI, n° 11, 02/05/2011, p. 1, y [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)

<sup>55</sup> Muestra de ello es lo que surge de los considerandos de la resolución n° 516/12 (21/05/2012) de la Defensoría General de la Nación que pone en funcionamiento la “Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657” (Dependencia a través de la cual se ejerce la defensa pública oficial prevista en el art. 22 LNSM respecto de niñas, niños y adolescentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires), donde se establece que: “...dadas las particulares características que denota el ejercicio

En el ejercicio de la asistencia técnica el abogado defensor — público o privado— debe respetar la voluntad y las preferencias de la persona internada, en lo relativo a su atención y tratamiento<sup>56</sup>. En orden a ello, el juez debe garantizar que no existan conflictos de intereses entre la persona internada y su abogado, debiendo requerir la designación de un nuevo defensor si fuese necesario<sup>57</sup>. En aquellos estados en los que no pueda comprenderse la voluntad de la persona internada, el defensor deberá igualmente procurar que las condiciones generales de internación respeten las garantías mínimas exigidas por la

---

de la defensa pública a favor de este grupo en especial situación de vulnerabilidad, corresponde fijar estándares mínimos de intervención y actuación, sin perjuicio de los que se puedan establecer desde la Coordinación de la Unidad de Letrados. En efecto, una vez recibida la comunicación de la internación por parte del establecimiento donde se lleva a cabo o habiendo tomado conocimiento por otro medio, la Unidad de Letrados deberá tomar contacto con la situación y asumir la defensa cuando en ese momento no surja de modo fehaciente, según la información suministrada, que la persona menor de edad o su representante legal hayan designado un abogado en forma particular. Ello así, sin perjuicio de hacer saber dicha circunstancia al Juzgado Nacional en lo Civil que intervenga en el control de la internación. Para cumplir acabadamente con el ejercicio de la defensa técnica, la Unidad estará integrada por los Letrados seleccionados a tal efecto, quienes estarán habilitados para llevar a cabo las tareas propias del ejercicio de la función, como ser la de realizar visitas a los lugares de internación; entrevistar a las personas defendidas, labrar actas dejando constancia de su voluntad y preferencias, como así también de otras personas intervinientes en el caso; tomar conocimiento de las historias clínicas de los asistidos; realizar a su sola firma presentaciones judiciales, administrativas y de otra índole; entre otras. Asimismo, la Unidad de Letrados contará con el apoyo profesional de un equipo interdisciplinario, cuyos integrantes formarán parte de la actividad de defensa técnica a fin de brindar una prestación especializada, conforme lo previsto por las reglas 41 y 64 de las ‘Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad’” (disponible en [www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar), consultado en fecha 21/06/2013).

<sup>56</sup> Art. 22 párr. 2º Reglamentación.

<sup>57</sup> Art. 22 párr. 6º Reglamentación.

ley y las directivas anticipadas que pudiera haber manifestado expresamente<sup>58</sup>.

El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento<sup>59</sup>. El juez deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento<sup>60</sup>, debiéndosele proporcionar a la persona y a su defensor copias del expediente judicial y de todo informe o documento que daba presentarse<sup>61</sup>. La persona internada y su defensor podrán solicitar y presentar en cualquier audiencia —a la cual tendrán derecho no sólo de asistir sino de participar y ser oídos en ella<sup>62</sup>— un dictamen independiente sobre su salud mental y cualesquiera otros informes y pruebas orales, escritas y de otra índole que sean pertinentes y admisibles<sup>63</sup>. La decisión adoptada en una audiencia y sus fundamentos se expresarán por escrito y se proporcionarán copias a la persona y al defensor<sup>64</sup>.

Si bien está previsto que en el marco de una internación pueda haber restricciones precisas de carácter terapéutico que recaigan sobre algún familiar o referente afectivo, las mismas nunca alcanzarán al abogado defensor<sup>65</sup>. Del mismo modo, el abogado defensor tendrá

---

<sup>58</sup> Art. 22 párr. 5º Reglamentación.

<sup>59</sup> Art. 22 LNSM.

<sup>60</sup> Art. 22 LNSM.

<sup>61</sup> Principio 18.4 ONU.

<sup>62</sup> Principio 18.5 ONU.

<sup>63</sup> Principio 18.3 ONU.

<sup>64</sup> Principio 18.8 ONU.

<sup>65</sup> Art. 14 párr. 2º Reglamentación.

acceso irrestricto al libro de quejas puesto a disposición de los usuarios, sus familiares y allegados<sup>66</sup>.

Por último, en la Reglamentación se establece que la responsabilidad de garantizar el acceso a un abogado es de cada jurisdicción<sup>67</sup>. Sin embargo, con relación a ello debemos señalar la particular situación que se da en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Si bien en todas las provincias del país la justicia ordinaria —donde tramitan los controles judiciales de internación— depende de cada una de dichas jurisdicciones y los abogados defensores deben ser provistos por la Defensa Pública local que interviene ante dichos juzgados, ello no ocurre en el caso de la Ciudad de Buenos Aires ya que aquí la competencia en asuntos de familia —ante la cual tramitan los controles de internación— corresponde en forma exclusiva y excluyente a la Justicia Nacional en lo Civil<sup>68</sup> que todavía no ha sido traspasada a la órbita local. De ello se desprende que la Defensa Pública Oficial se encuentra en cabeza del Ministerio Público de la Defensa y se garantiza a través de la actuación de Funcionarios de la Defensoría General de la Nación que se desempeñan ante dicho fuero. A tal fin es que se han creado en ese ámbito la “Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657” y la

---

<sup>66</sup> Art. 29 párr. 2º Reglamentación.

<sup>67</sup> Art. 22 párr. 1º Reglamentación.

<sup>68</sup> En la Justicia Nacional existen 110 Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, de los cuales 24 tienen competencia exclusiva y excluyente en asuntos de familia, estado civil y capacidad de las personas. A su vez, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil está compuesta de 13 salas, identificadas con las letras de la "A" a la "M", actuando como tribunal de alzada de los 110 juzgados civiles (de familia y patrimoniales).

“Unidad Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657”<sup>69</sup>. Distinto es el caso de la actuación del O.R., ya que además de diferir en su naturaleza y de tener funciones por demás amplias, no limitadas a la actuación ante expedientes judiciales en casos concretos, se ha previsto expresamente que sea el órgano local y no el nacional el que deba intervenir<sup>70</sup>, sin perjuicio de la actuación subsidiaria de este último<sup>71</sup>.

## **6. Internaciones de niñas, niños y adolescentes**

La ley 26.657 ha considerado involuntarias las internaciones de niñas, niños y adolescentes, y de personas declaradas incapaces, en virtud de lo normado en su art. 26. Esto ha generado en la práctica la creencia de que este grupo de personas no podía consentir sus propias internaciones y, lo que es peor, que su opinión tampoco tenía ninguna relevancia, por lo que muchas veces la misma no era ni siquiera

---

<sup>69</sup> La “Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657” fue creada y puesta en funcionamiento mediante resoluciones n° 558/11 (12/05/2011) y 841/11 (04/07/2011) de la Defensoría General de la Nación. Ejerce la defensa de las personas mayores de edad (18 años o más) que no se encuentren sometidas a procesos sobre ejercicio de la capacidad jurídica y en tanto se encuentren internadas en la órbita de la Ciudad de Buenos Aires. Por su parte, la “Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657” fue creada y puesta en funcionamiento mediante resoluciones n° 1451/11 (14/11/2011) y 516/12 (21/05/2012) de la Defensoría General de la Nación. Ejerce la defensa de niñas, niños y adolescentes (menos de 18 años de edad) que no se encuentren sometidos a procesos sobre ejercicio de la capacidad jurídica y en tanto se encuentren internados en la órbita de la Ciudad de Buenos Aires. En todos los demás casos de personas sometidas a procesos sobre ejercicio de la capacidad jurídica o internadas en extraña jurisdicción con intervención de la Justicia Nacional, sin distinción de edad, intervienen los Sres. Curadores Públicos, también integrantes del Ministerio Público de la Defensa (art. 4 ley 24.946).

<sup>70</sup> Art. 40 párr. 3° y Disposición transitoria párr. 5° Reglamentación.

<sup>71</sup> Disposición transitoria párr. 5° Reglamentación.

recabada. Sin embargo, ello obedece a una interpretación errónea de la norma ya que la ley 26.657 no le quita importancia a ese consentimiento informado, sólo que no le da la suficiente proyección para considerar voluntaria la internación tal como sí ocurre para el caso de las personas adultas plenamente capaces. Lo que ha buscado la norma es que estas internaciones se vean rodeadas de todas las garantías del caso: control judicial inmediato y acceso a un Defensor, revisiones periódicas, etc.<sup>72</sup>

Esta tesitura ha sido reafirmada por la Reglamentación y en ella se han aclarado estas cuestiones que acabamos de plantear. Es así que se dispone que en las internaciones de personas declaradas incapaces o menores de edad se deberá: a) Ofrecer alternativas terapéuticas de manera comprensible; b) Recabar su opinión; c) Dejar constancia de ello en la historia clínica; d) Poner a su disposición la suscripción del consentimiento informado. Asimismo, en caso de existir impedimentos para el cumplimiento de estos requisitos deberá dejarse constancia de ello con informe fundado. Además, deberá dejarse constancia de la opinión de los padres o representantes legales según el caso<sup>73</sup>.

Por otro lado, y tal como ya lo adelantáramos, se aclara que en caso de internaciones de niñas, niños y adolescentes el abogado defensor previsto en el art. 22 LNSM deberá estar preferentemente especializado en los términos del art. 27 inc. c] de la ley 26.061<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Para ampliar los fundamentos que justifican tal tesitura, nos remitimos a: OLMO, Juan Pablo, PINTO KRAMER, Pilar María, “Comentario a la Ley...” cit.

<sup>73</sup> Art. 26 Reglamentación.

<sup>74</sup> Art. 26 Reglamentación. Respecto del criterio de especialidad, reiteramos que en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la Defensa Oficial de niñas, niños y adolescentes

## 7. Cómputos de plazos y comunicaciones

Por último, si bien ya habíamos tenido oportunidad de analizar el cómputo de los plazos previstos en la ley 26.657 según su redacción por entonces sin reglamentar<sup>75</sup>, cerraremos este trabajo dando cuenta de las importantes novedades que la Reglamentación ha traído respecto de este punto.

a) En el art. 16 párr. 1º Reglamentación se establece una cláusula general según la cual todos los plazos a que se refiere la ley 26.657 deberán computarse en días corridos, salvo disposición en contrario.

Aclaremos entonces que el párr. 1º de la Disposición transitoria de la Reglamentación establece el plazo de 30 días hábiles desde la entrada en vigencia del decreto para la designación de los representantes que conformarán el O.R. Éste es el único caso de disposición en contrario que establece un plazo a computarse en días hábiles, como excepción a la regla consagrada en el art. 16 párr. 1º Reglamentación.

b) Art. 16 LNSM: "Toda disposición de internación, dentro de las cuarenta y ocho -48- horas, debe cumplir con los siguientes

---

se ejerce a través de un cuerpo de letrados abogados específicamente a esta población, dependientes del Ministerio Público de la Defensa (cf. Res. DGN. N° 1451/11 y 516/12).

<sup>75</sup> OLMO, Juan Pablo, PINTO KRAMER, Pilar María, "Comentario a la Ley..." cit.

requisitos..." Es un plazo civil que se contará de corrido desde el momento de la internación.

c) Art. 18 LNSM: "...En todos los casos en que las internaciones voluntarias se prolonguen por más de sesenta -60- días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión creado en el artículo 38 y al juez". Como el transcurso de los 60 días corridos finalizará a la medianoche (cf. arts. 24 y 27, CCiv.), la comunicación al juez se hará llegar al día hábil siguiente.

d) Art. 18 LNSM: "El juez debe evaluar, en un plazo no mayor de cinco -5- días de ser notificado, si la internación continúa teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria..." Es un plazo procesal que si bien debería contarse en días hábiles, lo será en días corridos en virtud de la cláusula introducida en el art. 16 párr. 1º Reglamentación.

e) Art. 18 párr. 2º Reglamentación: "Deberá reiterarse la comunicación al cabo de los ciento veinte (120) días como máximo...". Este es un plazo que no estaba estipulado en la ley 26.657, ya que si bien en el art. 18 LNSM estaba previsto que a los sesenta días de internación voluntaria la misma debía ser comunicada al juez para que dentro de los 5 días éste evaluara si continuaba teniendo este carácter, nada decía para el caso de que así se resolviera. Por nuestra parte, ya habíamos interpretado que el control debía desde entonces hacerse cada 60 días<sup>76</sup>, lo que ahora ha sido ratificado aunque sólo para los primeros

---

<sup>76</sup> OLMO, Juan Pablo, PINTO KRAMER, Pilar María, "Comentario a la Ley..." cit.

60 días, es decir, previéndose una nueva comunicación a los 120 días como máximo a contar desde la internación. Aquí también como el transcurso de los nuevos 60 días corridos —o, lo que es lo mismo, 120 desde la internación— finalizará a la medianoche, la comunicación al juez se podrá hacer llegar al día hábil siguiente.

f) Art. 21 LNSM: "La internación involuntaria debidamente fundada debe notificarse obligatoriamente en un plazo de diez -10- horas al juez competente y al órgano de revisión..." Este plazo lo hemos analizado extensamente y formulamos propuestas para su reglamentación que finalmente fueron recogidas<sup>77</sup>. La reglamentación de este plazo era clave para sostener un régimen basado en la celeridad e inmediatez en el control de las internaciones involuntarias. Por nuestra parte, consideramos que éste es uno de los grandes avances logrados por la Reglamentación, en cuyo art. 21 establece: "Las diez (10) horas deben computarse desde el momento en que se efectivizó la medida, incluso cuando su vencimiento opere en día u horario inhábil judicial"<sup>78</sup>.

De este modo se han despejado todo tipo de dudas: 1. Se trata de un plazo en horas a computarse desde el mismo momento de la internación y no desde la primera medianoche; 2. En el supuesto de que el plazo venciera en día u horario inhábil judicial la comunicación al juzgado debe realizarse en ese momento y no al siguiente día hábil; 3. El

---

<sup>77</sup> OLMO, Juan Pablo, "El plazo de 10 horas para comunicar las internaciones involuntarias", en *Doctrina Judicial. Procesal*, año III, n° 6, Julio 2011, p. 35.

<sup>78</sup> Art. 21 párr. 1° Reglamentación.

plazo se computa en horas corridas, ya que si fuera en horas hábiles —como algunos pretendieron previo a la Reglamentación— sería imposible que se diera la situación prevista en el punto anterior; a mayor abundamiento, no se trata de un plazo procesal sino civil.

Para cumplir con tal exigencia, se prevé que la comunicación pueda realizarse telefónicamente o por otra vía tecnológica expedita y verificable que habrán de determinar en acuerdo la Autoridad de Aplicación local, el Poder Judicial y el O.R.<sup>79</sup>

g) Art. 21 LNSM: "...debiendo agregarse a las cuarenta y ocho -48- horas como máximo todas las constancias previstas en el artículo 20..." Si bien no lo menciona expresamente, aquí rige lo mismo que para el plazo de 10 horas, es decir, se trata de un plazo civil que se debe computar de corrido desde el momento de la internación. Sólo de este modo el juez podrá resolver si convalida o no la internación involuntaria en el plazo de tres días corridos desde la notificación, contando para ello con las constancias referidas.

h) Art. 21 LNSM: "...El juez en un plazo máximo de tres -3- días corridos de notificado debe:..." Es un plazo procesal y si bien por regla debieron ser días hábiles, a modo de excepción el legislador ha estipulado expresamente que sean corridos, por lo que ni siquiera hace falta recurrir a la regla del art. 16 párr. 1º Reglamentación.

i) Art. 21 inc. b) Reglamentación: "La petición de informe ampliatorio sólo procede si, a criterio del Juez, el informe original es

---

<sup>79</sup> Art. 21 párr. 2º Reglamentación.

insuficiente. En caso de solicitar el mismo o peritajes externos, el plazo máximo para autorizar o denegar la internación no podrá superar los siete (7) días fijados en el artículo 25 de la ley N° 26.657". El art. 21 inc. b) LNSM no preveía plazos y en la práctica ello significó que en muchos casos se generaran demoras en el trámite de los expedientes. La Reglamentación ha venido a cubrir este vacío estableciendo un plazo de siete días que se contarán de corrido desde el día de la internación y como finalizará a la medianoche la comunicación se podrá cursar el día siguiente hábil.

j) Art. 24 párr. 1° LNSM: "Habiendo autorizado la internación involuntaria, el juez debe solicitar informes con una periodicidad no mayor a treinta -30- días corridos..." Como el transcurso de los 30 días corridos finalizará a la medianoche, la comunicación al juez se podrá hacer llegar al día hábil siguiente.

k) Art. 24 párr. 2° LNSM: "Si transcurridos los primeros noventa -90- días y luego del tercer informe continuase la internación involuntaria, el juez deberá pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario..." Debe contarse en días corridos, máxime cuando el precepto se complementa con lo dispuesto en el párr. 1° de este artículo. Según lo que se desprende del texto de la ley, entendemos que si al momento de autorizar la internación involuntaria el juez dispone que los informes se produzcan con una periodicidad menor a los 30 días (la ley dice que no podrá ser mayor a 30 días, por lo que nada obsta a que pueda preverse uno menor dadas las particularidades

del caso concreto), aun contando con el tercer informe se deberá esperar que transcurra el total de 90 días para cursar el requerimiento al O.R., salvo estipulación judicial en contrario también para el caso concreto. Finalmente, para el caso de que la internación se prolongue por encima de ese plazo, la Reglamentación aclara que: “Se entenderá que la intervención del Organo de Revisión, en el marco del presente artículo, procede a intervalos de noventa (90) días”<sup>80</sup>.

l) Art. 25 LNSM: "Transcurridos los primeros siete -7- días en el caso de internaciones involuntarias, el juez, dará parte al órgano de revisión..." Se contará de corrido desde el día de la internación y como finalizará a la medianoche la comunicación se podrá cursar el día siguiente hábil.

ll) Art. 23 párr. 2º Reglamento: “Cuando una internación involuntaria se transforma en voluntaria, se le comunicará al juez esta novedad remitiéndole un informe con copia del consentimiento debidamente firmado. En este caso se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley, debiendo realizar la comunicación allí prevista si transcurriesen sesenta (60) días a partir de la firma del consentimiento”. Como el transcurso de los 60 días corridos desde la firma del consentimiento informado finalizará a la medianoche, la comunicación al juez se podrá hacer llegar al día hábil siguiente.

---

<sup>80</sup> Art. 24 párr. 2º Reglamentación.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las internaciones que comienzan siendo voluntarias, como aquí la internación era en un principio involuntaria, entendemos que al momento en que se transforma en voluntaria y se comunica la novedad al juez, éste debe resolver dentro del plazo de 5 días corridos para ver si avala dicha situación (cf. art. 18 LNSM), a fin de evitar que con ello se pretenda burlar el control judicial de la internación.



# *JURISPRUDENCIA*



## DEFRAUDACION POR CIRCUNVENCION DE INCAPACES

*Acción típica. Sujeto pasivo. Consumación. Alcance de la expresión “necesidad”. SENTENCIA. Condena. Reposición de las cosas al estado anterior (art. 29, inc. 1, CP). **Rectificación de anotación registral de inmueble. Innecesariedad de acción civil resarcitoria.** ACTOS JURÍDICOS. Nulidad por vicio del consentimiento. Capacidad disminuida.*<sup>1</sup>

1. La figura legal de circunvención de incapaces (ar. 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, aun 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. En materia del delito previsto en el art. 174 inc. 2 del C.P. son incapaces los que, con o sin declaración judicial, en el momento del hecho padecen una disminución de su inteligencia, voluntad o juicio que los incapacita para resguardar debidamente sus intereses

---

<sup>1</sup> Sentencia Nro 254 de fecha 28 de septiembre de 2012 de la Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia la ciudad de Córdoba - Provincia de Córdoba.

económicos. 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. En el delito de circunvencción de incapaces, el documento debe significar o tener por contenido cualquier efecto jurídico de carácter patrimonial perjudicial para el incapaz.

4. El delito de circunvencción de incapaces no requiere efectividad del perjuicio y existe aunque el acto realizado sea civilmente nulo por la incapacidad del firmante o por otra causa de nulidad. Es un delito de daño puramente eventual que se consuma con la firma del documento por el incapaz; es doloso y exige además del conocimiento de la incapacidad del otorgante, la intención de aprovecharse de su necesidad, pasión o inexperiencia.

5. Por *necesidad* debe entenderse todo interés o inclinación más o menos pronunciada del ánimo, de carácter material o inmaterial, económico o no, que sea *manifestación de* la menor edad o de la incapacidad; o todo aquello que el incapaz considere indispensable *en razón de* su edad o de su incapacidad. No se trata sólo de necesidades económicas, sino de cualquier orden, siempre que sean producto de su padecimiento o de su edad y alcancen tal intensidad que disminuyan considerablemente su juicio crítico y las funciones volitiva y afectiva.

6. La sentencia condenatoria podrá ordenar “la reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible,

disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias” (art. 29, inc. 1, CP).

7. En el marco de un delito de circunvención de incapaces, en el que el autor obtuvo la donación a su favor de un inmueble por parte de la víctima, la retracción del estado del inmueble a su situación anterior al ilícito a través de la rectificación de la anotación registral, aparece dentro de las plenas facultades atribuidas al tribunal de condena por el art. 29 inc. 1 del CP, a título de reposición al estado anterior. No se trata de una *indemnización* del daño causado, hipótesis contemplada en el inc. 2 del citado art. 29, que requiere indefectiblemente una acción civil intentada en ese sentido, de acuerdo a lo prescripto por el art. 412 del CPP. Y si bien tampoco es estrictamente de una *restitución* del objeto del delito, que a tenor de esta última disposición puede ordenarse sin necesidad de ejercicio de la acción civil, sí ingresa con holgura en el ámbito de las “demás medidas” a las que autoriza el inc. 1 del art. 29 para la reposición al estado anterior al delito, que tampoco requieren que se haya introducido al proceso penal la acción resarcitoria.

8. El acto jurídico celebrado por quien se encuentra afectado por una significativa disminución de su capacidad neurocognitiva es anulable por palmario vicio en el consentimiento (arts. 141, 152 bis inc. 2, 1042, 954 del Código Civil).

TSJ, Sala Penal, S. n° 254, 28/9/12, *“MMC p.s.a. circunvención de incapaces – Recurso de Casación”*. Vocales: Tarditti, Blanc G. de Arabel, Rubio.

**SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS CINCUENTA  
Y CUATRO**

En la ciudad de Córdoba, a los veintiocho días del mes de septiembre de dos mil doce, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales doctores María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis Enrique Rubio, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados **"MMC p.s.a. circunvención de incapaces -Recurso de Casación-"** (Expte. "M", 24/12), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. JEH, en su calidad de abogado defensor de la imputada MCM, contra la sentencia número seis de fecha veintinueve de febrero de dos mil doce, dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de esta ciudad, en Sala Unipersonal.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 174 inc. 2 del CP?

2º) ¿Resulta incompleta la parte dispositiva del fallo en crisis en cuanto a elementos esenciales (art. 413, inc. 5, CPP)?

3º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis Enrique Rubio.

## **A LA PRIMERA CUESTION:**

### **La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:**

**I.** Por Sentencia n° 6 de fecha 29/2/2012, la Cámara Primera en lo Criminal de esta ciudad resolvió: “...I. Declarar a MCM, ya filiada, autora material y penalmente responsable del delito de circunvención de incapaces por el hecho contenido en la requisitoria fiscal de fs. 346/356 confirmada por los Autos del Juzgado de Control y Cámara de Acusación de fs. 388/419 y 445/451, respectivamente, en los términos de los arts. 45 y 174 inc. 2º, primera hipótesis, del C. Penal, e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de dos años de prisión de ejecución condicional, con costas, debiendo por el término de la condena: a) fijar domicilio, debiendo comunicar cualquier cambio del mismo, y b) someterse al cuidado de un patronato (arts. 5, 26, 27 bis, 29 inc. 3ro., 40 y 41 del CP, 550 y 551 del CPP)...” (sentencia obrante a fs. 619/657 de autos).

**II.** Contra la sentencia que precede, deduce recurso de casación el Dr. JEH, abogado defensor de la imputada MCM, con alegación del motivo *sustancial* previsto en el primer inciso del art. 468 del 5 código de rito. En concreto, el letrado invoca la errónea aplicación de la ley sustantiva y considera atípico el hecho por el que se condenó a su defendida.

Explica que el tribunal, al tratar la calificación legal, consideró que su defendida debía responder por el delito de circunvención de incapaces en virtud de encontrarse al cuidado, asistencia y atención

doméstica de la supuesta víctima, de 83 años de edad, y conocer el trastorno neurocognitivo que le disminuía su capacidad de comprensión y de dirigir sus acciones. A ver del tribunal, tales circunstancias – continúa el recurrente– le permitieron a la imputada inducir a TB para que le done la nuda propiedad del inmueble donde vivía, haciéndole firmar la escritura pública del caso, oportunidad en la que el notario actuante, pese a que tomó los recaudos de rigor, no advirtió la situación en que se encontraba la donante, todo ello con el consecuente perjuicio patrimonial para la damnificada y sus derechohabientes.

A continuación, expone que el tribunal descartó, como elementos del tipo presentes en el caso, el aprovechamiento de la pasión o de la inexperiencia de la víctima incapaz, y se limitó al análisis de la necesidad. Luego de transcribir la definición que sobre ella brinda la cámara, alega el recurrente que tal elemento se encuentra ausente del hecho y que no fue parte de la acusación primigenia, y que es errónea e inaplicable la interpretación que hace el *a quo*.

Arguye, en tal sentido, que las normas penales deben interpretarse en abstracto y nunca engarzándolas, como anillo al dedo, a determinado caso que se tiene bajo juzgamiento con los hechos ya fijados, lo que vulnera el principio de legalidad.

Considera, asimismo, que la reserva del usufructo gratuito y vitalicio de la propiedad donada que hiciera TB implica una discriminación entre nuda propiedad y dominio completo que no puede ser hecha por una cuasi incapaz en estado de necesidad.

A continuación, explica que el autor del delito en cuestión no se aprovecha de la incapacidad de la víctima, sino que explota el *estado de necesidad* del incapaz, lo que “define el destino del tipo penal”. En ese sentido, tras citar una definición doctrinaria, menciona una serie de situaciones concretas que reflejan tal estado (alimentación, cobijo, atención médica, entre otras), considerándolas “múltiples opciones que atañen al concepto de necesidad, de cara a la realidad custodiada por el derecho penal”, y descarta “teorías inasibles por su vaguedad, como la desarrollada extra acusación, en la segunda cuestión”.

Alega que en el fallo sólo se expresa que la imputada MCM se habría aprovechado de la Sra. TB y se describe la situación mental, de vulnerabilidad y dependencia a terceros, lo que constituye –dice el defensor– el estado de incapacidad en sentido amplio. Pero que en ningún punto se menciona 7 ni se introduce el concepto ineludible de necesidad para encuadrar el caso, lo que torna errónea la aplicación de la ley sustantiva.

Argumenta que el defecto apuntado no puede ser salvado con el argumento de que la sentencia es una integralidad y de que en su conjunto se puede interpretar perfectamente (“frases hechas –crítica– utilizadas para cautelar sentencias equivocadas”). Lo real –concluye– es que su defendida fue condenada por un tipo penal inaplicable, en razón de que uno de sus extremos, la necesidad, no fue siquiera mencionado.

Finalmente, interpreta que los hechos demuestran que TB cuidó su eventual necesidad, pues aun cobrando una razonable jubilación

provincial como municipal y maestra, se reservó el usufructo vitalicio y gratuito de la propiedad, para poder vivir o alquilarla hasta su muerte. Lo que no cauteló –agrega– es el interés por venir de sus sobrinas, que es el meollo motorizador del presente proceso. Y agrega al plantear el segundo agravio –aunque relacionado con esta primera cuestión– que no hay daño a los derecho-habientes, pues no los hay de una persona viva, y que media un claro interés de las sobrinas en heredar de su tía y que no perfeccione el dominio del inmueble la imputada MCM.

Solicita, por fin, la casación de la sentencia, y la declaración de que, en el caso, no existió la necesidad reclamada por el art. 174 inc. 2 del CP.

**III.** Una atenta lectura de los fundamentos recursivos y de los argumentos expuestos en la resolución cuestionada permite concluir que el recurso debe ser rechazado, de acuerdo a las razones que se exponen a continuación.

**1.** De manera preliminar, es menester transcribir el hecho que se atribuyó –y por el que se condenó– a la imputada MCM.

“Con fecha dieciséis de noviembre de dos mil cuatro, en hora no precisada con exactitud, pero ubicable en horario hábil de oficina, en lugar que tampoco ha podido ser precisado con exactitud, aunque situado presumiblemente en el domicilio de la escribanía perteneciente a MRPT, Titular del Registro Notarial N°..., sito en calle ....., de la ciudad de Córdoba, la imputada MCM, se habría aprovechado de TNB, quien padecía de un trastorno neurocognitivo leve a moderado que le

disminuía su capacidad de comprensión y de dirigir sus acciones, valiéndose de una relación laboral de servicio doméstico preexistente y el estado de vulnerabilidad y dependencia a terceros en que se encontraba, induciéndola a que le done la nuda propiedad del inmueble sito en calle ..., Pueblo ..., Departamento Capital, Manzana ..., reservándose TNB el usufructo vitalicio y gratuito del mismo, haciéndole firmar a tal efecto Escritura Pública N° ..., Secc. A, por ante el escribano MRPT”.

Tal fue la plataforma fáctica contenida en la acusación y en la sentencia recurrida, la que el tribunal de juicio consideró acreditada en un todo con la siguiente salvedad: “la Escritura de Donación fue firmada en el domicilio de la damnificada TNB, sito en calle ..., Pueblo de ..., de esta ciudad de Córdoba”. Ello en cumplimiento de la prescripción contenida en el art. 408 inc. 3 del CPP.

Al abordar en la segunda cuestión la calificación legal, y con cita de autorizada doctrina nacional, la sentenciante explicitó que el hecho configuraba la hipótesis de aprovechamiento de las “necesidades” de un incapaz, entendidas éstas como todo interés o inclinación pronunciada del ánimo como manifestaciones de la edad o incapacidad, como todo aquello que el incapaz considere que le es indispensable, aunque no lo sea o no alcance un grado extremo y que pueden ser meramente aprovechadas por el autor o creadas por éste.

**2.** La existencia del hecho, tal como ha sido descripto en el fallo, no ha sido discutido por el recurrente. Quedan por tanto fuera de controversia las premisas relativas a la condición de incapaz de la

víctima MTB, el conocimiento que la imputada MCM tenía del trastorno neurocognitivo que aquejaba a aquélla, y la suscripción del documento en el cual la anciana donó la nuda propiedad del inmueble a su cuidadora.

Sólo se cuestiona, insisto, la subsunción de tal suceso en la norma del art. 174 inc. 2º del Código Penal, en dos precisos aspectos. Por una parte, el alcance asignado a la expresión “necesidades”, y por otro, el daño causado.

**a.** Sobre el primer aspecto, la cuestión a decidir, pues, radica en si el tribunal aplicó correctamente dicha figura delictiva en cuanto requiere el abuso, por parte del sujeto activo, de las *necesidades* de un incapaz para hacerle firmar un documento en daño de él o de otro (en el caso, escritura de transferencia de nuda propiedad de un inmueble con reserva de usufructo).

En concreto, el recurrente argumenta que del hecho que la sentencia estimó acreditado no surge la *necesidad* de la que se habría aprovechado su defendida MCM, ni tampoco el *daño* en la persona de TNB o en la de otros (derechohabientes).

A esto último se limitará, en consecuencia, el análisis en la presente resolución.

**a.1)** Esta Sala, en cercano precedente, expuso las características generales del delito de circunvencción o abuso de incapaces y menores previsto por el art. 174, inc. 2, del CP (TSJ, Sala Penal, “Medina”, S. nº 95, 24/4/09).

Allí se sostuvo que la figura señalada supone –conforme autorizada doctrina– 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, aun 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.

Se señaló, además, que son incapaces, con arreglo a la norma, los que, con o sin declaración judicial, en el momento del hecho padecen una disminución de su inteligencia, voluntad o juicio que los incapacita para resguardar debidamente sus intereses económicos. 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).

El documento –se dijo– debe significar o tener por contenido cualquier efecto jurídico de carácter patrimonial perjudicial para el incapaz.

Se precisó, asimismo, que el delito no requiere efectividad del perjuicio y existe aunque el acto realizado sea civilmente nulo por la incapacidad del firmante o por otra causa de nulidad. Y que es un delito de daño puramente eventual que se consume con la firma del documento por el incapaz; es doloso y exige además del conocimiento de la incapacidad del otorgante, la intención de aprovecharse de su

necesidad, pasión o inexperiencia (NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 2º ed., Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 239/240).

Asimismo, en orden al punto aquí discutido, comparto la doctrina citada por la a quo en cuanto interpreta que por *necesidad* debe entenderse todo interés o inclinación más o menos pronunciada del ánimo, de carácter material o inmaterial, económico o no, que sea *manifestación de la menor edad o de la incapacidad*; o todo aquello que el incapaz considere indispensable *en razón de su edad o de su incapacidad* (*cf.* NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, T.V, p. 394; DONNA, *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T. II-B, 2003, p. 529; BUOMPADRE, “Art. 174”, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, T.7, p. 387; CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed. Actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2007, T.1, p. 561; LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique Alerto, *Notas al Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 1995, T.2, p. 368/369; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Circunvención o abuso de menores e incapaces*, Ediar, Bs. As., 1996, p. 168).

Se ha enfatizado –por ejemplo, por parte de Eugenio R. ZAFFARONI– que no se trata sólo de necesidades económicas, sino de cualquier orden, siempre que sean producto de su padecimiento o de

su edad y alcancen tal intensidad que disminuyan considerablemente su juicio crítico y las funciones volitiva y afectiva (ob. y lug. cit., con cita de: CERTO, Candeloro, *La circonvensione di persone incapaci*, Palermo, 1962). En similar sentido, DONNA resalta que este interés de la víctima puede versar tanto sobre algo material como inmaterial (por ej., sentimientos, afectos; *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T. II-B, 2003, p. 529), y BUOMPADRE recuerda que MAGGIORE enseñaba que la necesidad abarca cualquier exigencia de nuestra vida, sea orgánica, intelectual o moral (“Art. 174”, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, T.7, p. 387). LAJE ANAYA y GAVIER, por su parte, aclara que siquiera es exigible que dicha necesidad sea verdadera, puesto que incluye todo aquello que el menor o incapaz, “*motu proprio o estimulado por el autor juzgue imprescindible e impostergable, será real o ficticio, útil o suntuario*” (*Notas al Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 1995, T.2, p. 368/369).

En el mismo sentido se expide la jurisprudencia, la que además brinda ejemplos de necesidades materiales (vivienda, vestido, dinero) e inmateriales (servicios, afectos, conocimientos, entretenimientos), y especifica que puede tratarse de algo elemental, suntuario o superfluo, o puede ser ocasional, transitorio o permanente (*cf.*: CNCCorr., Sala VII, 10/4/92, c. 16.880, sent. “CH”, sec. 38; citada por DONNA, ob. cit., p. 529, nota 860, y por BUOMPADRE, ob. cit., p. 387; C.N.Crim. y Corr.,

Sala I, 5/8/03, “Fernández, Margarita A.”, LL, Suplementos Penal, 2004 –julio–, 74; cit. por BUOMPADRE, ob. cit., p. 405; entre muchos otros).

a.2) En consideración de tales directrices doctrinarias y jurisprudenciales, advertimos que la lectura de la sentencia recurrida evidencia que el *a-quo* aplicó correctamente la norma en cuestión, ya que la necesidad de la que abusó la imputada MCM y el perjuicio surgen del hecho descrito en el fallo (acreditado con certeza en el juicio), conforme se refleja en el análisis que efectúa el *a-quo* al tratar su calificación legal.

En efecto, la lectura de la plataforma fáctica permite deducir que la *incapacidad* –extremo no discutido por la defensa– estriba en que TNB “padecía de un trastorno neurocognitivo leve a moderado que le disminuía su capacidad de comprensión y de dirigir sus acciones”, y la *necesidad*, por su parte, en que la imputada se aprovechó (abusó) de esa incapacidad “valiéndose de una relación laboral de servicio doméstico preexistente y el estado de vulnerabilidad y dependencia a terceros en que se encontraba” (plataforma fáctica obrante a fs. 619 y 619 vta.).

Al analizar la calificación legal, explica el *a quo* que la imputada “se encontraba a cargo del cuidado, asistencia y atención doméstica de TNB, anciana de 83 años de edad (a la fecha del hecho), lo cual le permitía tener un conocimiento cierto de su delicado estado de salud físico y mental, con una evidente evolución de las dolencias y deterioro

cognitivo y con grandes dosis de medicamentos suministrados por los profesionales tratantes”.

Con esta base de minusvalía, juzgó correctamente el Tribunal que TNB se encontraba en una franca necesidad de cuidados en virtud de su avanzada edad y de su progresivo padecimiento físico e intelectual, que la hacían vulnerable y dependiente de terceros. De esta situación, pues, se aprovechó la imputada para defraudar a la víctima, siendo aquí harto evidente el rol que ella cumplía en la esfera vital de TNB: en un comienzo se desempeñaba como empleada por horas, pero luego el desmejoramiento de aquélla tornó imprescindible una compañía permanente (fs. 641), auxiliándola en los quehaceres domésticos y conviviendo con ella (fs. 638 vta.). La médica tratante fue contundente en afirmar que “necesitaba vigilancia y cuidado las 24 horas del día... era sumamente dependiente de sus cuidadores. En un principio TNB era una persona autovalente... pero luego tuvo la necesidad de ser atendida de manera permanente, recordando que en las entrevistas con la paciente siempre estaba la señora MCM, quien la ayudaba en todas sus cosas, en lo que necesitaba y en los cuidados”. Era con MCM con quien la profesional hablaba “para saber si se cumplía con las recomendaciones, si tomaba la medicación, etc.” (fs.644). La demanda de atención de TNB hacia MCM era tal que incluso los médicos refirieron que la imputada evidenciaba signos del síndrome del cuidador quemado (fs. 643 vta.), que era “muy dependiente (agota a las cuidadoras)”...” (fs. 745).

La dependencia de TNB respecto de MCM se patentizaba además en el sometimiento a la voluntad de ésta, a punto tal que varios testigos declararon incluso que aquella le temía, que se sentía “como si estuviera acorralada” (fs. 639 vta.), que refería que su cuidadora la maltrataba, pero que “tenía miedo de hablar” (fs. 640). Su cuñada BB refirió incluso la omnipresencia de MCM en la vida de la anciana, a punto tal que “le llamó la atención porque MCM siempre estaba con ellas, nunca las dejaba a solas” (fs. 640 y vta.), agregando que luego comenzó a pernoctar en la casa el hijo de MCM, ésta dispuso de una heladera, llamaba telefónicamente a todos los integrantes de la familia para pedir dinero (fs. 640 vta.).

Debe destacarse –conforme surge del fallo y remarca la doctrina– la estrecha relación entre el estado de incapacidad y las necesidades: es precisamente la ancianidad (83 años) y el deteriorado estado de salud físico y mental lo que origina o determina la dependencia de terceros, y la consecuente disminución del juicio crítico y de las funciones volitivas y afectivas para la celebración de actos jurídicos de disposición patrimonial con quien la asistía en sus necesidades de atención y cuidado permanente. Es precisamente la función que cumplía la imputada, en un ámbito de falta de otro tipo de asistencia (ausencia de familiares convivientes), la que le permitió abusar de esa necesidad de auxilio permanente en los más simples actos de la vida cotidiana, para obtener la disposición patrimonial a su favor.

Tales necesidades, por otro lado, son ajenas a los ingresos económicos de que dispone TNB. En efecto, es cierto que las necesidades materiales de la víctima se encontraban satisfechas por los ingresos en calidad de jubilación que menciona el recurrente y por haber reservado el usufructo de la vivienda, pero no obstante ello, el interés que la llevó a firmar el documento no era patrimonial, sino que residía en su necesidad imperiosa de cuidados que ya describimos, al carecer de otra persona conviviente que se los prodigara.

En definitiva, de todas estas circunstancias de hecho que – reitero- no han sido cuestionadas por el impugnante- surge claramente, como elementos del tipo objetivo, la incapacidad de la víctima y el abuso de las necesidades que de aquélla surgen.

**b.** La respuesta al segundo aspecto del reproche sustantivo también es negativa. Al argumento defensivo de que no hay daño a TNB (resguardó sus necesidades, dice el defensor, al reservarse el usufructo vitalicio y gratuito del inmueble), ni a los derecho-habientes, basta con responder que el perjuicio se encuentra plasmado claramente en el hecho: la víctima transfirió, por contrato gratuito (donación), la propiedad del inmueble a la imputada, en razón de lo cual la víctima pasó de tener un derecho real de dominio pleno o perfecto de la vivienda a gozar sólo de un derecho de usufructo de ella (C. Civil, arts. 1789, 1801, 2506, 2507, 2814 y cc.).

Ello importa un claro detrimento patrimonial en tanto el derecho de propiedad de TNB se ha visto desmembrado y menguado

de uno de sus elementos (la nuda propiedad), lo que resta toda trascendencia a la discusión acerca de la relevancia típica del daño a los herederos.

Por las razones expuestas, a la primera cuestión voto negativamente.

**La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:**

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

**El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:**

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a ella en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

## **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:**

I. En el fallo recurrido, como segundo punto, se resolvió: "...II. Remítase oficio al Registro General de la Propiedad de la Provincia de Córdoba, una vez firme la presente Sentencia, a fin de que se proceda a rectificar la anotación dominial, usufructo vitalicio y gratuito y cancelación de bien de familia, del siguiente inmueble: una casa y

terreno ubicada en la calle ...entre las calles ... y..., en la Manzana ... del Pueblo ... en este municipio, debiendo volver a anotarse a nombre de su anterior y legítima propietaria, señora TNB (art. 302 CPP)”.

**II.** Bajo el motivo formal de casación (468, inc. 2, CPP), la defensa de la imputada MCM alega que la sentencia carece, en su parte resolutive, de un elemento esencial para proceder del modo como el tribunal lo dispone (art. 413, inc. 5, CPP).

Argumenta, en ese sentido, que el tribunal, al disponer que se oficie al Registro General de la Propiedad para rectificar la anotación dominial del bien (volviendo atrás la transferencia de la nuda propiedad, la reserva de usufructo y la inscripción como bien de familia del inmueble), tramitó un proceso civil de nulidad de donación dentro de un proceso penal, y de esa forma le evitó a la supuesta víctima proseguir el litigio en sede civil.

Afirma que el tribunal, de esa forma, soslayó un elemento esencial para resolver conforme lo hizo en el segundo punto del tramo decisorio, pues para ordenar una rectificación dominial previamente hay que declarar falso el instrumento público que la contiene, por orden categórica del art. 546 del CPP.

El problema del sentenciante –sostiene– es que la escritura pública de donación no es falsa sino perfecta, pero su concreción provendría de un imaginario ilícito penal que no es tal.

Lo que correspondía, a entender del quejoso, era que la interesada ejecutara la declaración penal, cuya consecuencia era una

restitución de la nuda propiedad, ante el juez civil (art. 530 CP). Considera, así, que el tribunal se excedió en su competencia y violó la ley para favorecer con rapidez a la denunciante.

Expresa que el punto ameritaba una cuarta cuestión, pues el querellante había pedido expresamente oficiar como se hizo, según surge del acta de debate, y la cuestión se transformaba en un punto del proceso a dilucidar, por fuera de la cuestión penal.

Señala que el asiento dominial no es más que el reflejo de una escritura pública, y que sin declaración de su falsedad o ilicitud, no puede modificarse la constancia o marginarse el protocolo registral público. Y que como el juez penal no lo hizo, lo tiene que hacer el juez civil prevalido de una cuestión ya dirimida en sede criminal, que no puede ser contestada en sede civil.

Afirma que rectificar un documento público o condenar a restituir configuran elementos esenciales de la parte dispositiva, por imperio legal relativo a la competencia del juez penal. De esta manera, entiende que la parte dispositiva está incompleta, pues falta el elemento sustancial constituido por la declaración de falsedad del instrumento público. Considera, en definitiva, que la sentencia es nula por imperio del art. 413 inc. 5 del CPP, y solicita que así lo declare esta Sala Penal.

**III.** Una atenta lectura del fallo recurrido permite descartar las críticas defensivas referidas a que la parte dispositiva de la sentencia es incompleta en sus elementos esenciales.

El recurrente señala que el *a quo* omitió declarar la *falsedad* de la escritura pública por la que TNB donó la nuda propiedad de la vivienda que habitaba, con reserva de usufructo vitalicio y gratuito. Y que tal declaración era un elemento esencial de la parte dispositiva, pues sin ella no puede ordenarse la rectificación dominial que autoriza el art. 546 del CPP. Razón por la cual la sentencia, para el defensor, sería nula (art. 413, inc. 5, CPP).

**1.** En los alegatos, luego de dar por acreditado la existencia material del hecho y la participación de la imputada en él, tanto el fiscal de cámara como el apoderado del querellante particular solicitan que se oficie al Registro de la Propiedad para dejar sin efecto la cesión del inmueble (fs. 614 vta. y 615, respectivamente).

**2.** El Tribunal de mérito expuso con relación al tópico: “Asimismo, una vez firme la presente Sentencia, se deberá remitir oficio al Registro General de la Propiedad de la Provincia de Córdoba, a fin de que se proceda a rectificar la anotación dominial, usufructo vitalicio y gratuito y cancelación de familia del siguiente inmueble..., debiendo volver a anotarse a nombre de su anterior y legítima propietaria, Señora TNB ... (art. 302 CPP)” (fs. 657).

Los mismos términos se reproducen en la parte resolutive (fs. 657 vta.).

**IV.** La discusión propuesta por el recurrente resulta estéril, en tanto aún cuando se aceptase que la anotación ordenada hubiera desbordado la órbita de los artículos 546 (por no tratarse de un

supuesto de “falsedad” del instrumento público) y 302 (por no ser una medida cautelar) del CPP, lo cierto es que la decisión igualmente se encontraba autorizada en virtud del artículo 29 inc 1° del Código Penal.

En efecto, esta norma establece que la sentencia condenatoria podrá ordenar “la reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias”. En el caso, de los hechos dados por ciertos surge que la escritura n° 93 no es falsa sino nula, por el palmario vicio en el consentimiento que conlleva haber sido suscripta por quien se encontraba afectada por una significativa disminución de su capacidad neurocognitiva (arts. 141, 152 bis inc. 2, 1042, 954 del Código Civil; cfr. FISSORE, “De los dementes e inhabilitados”, en *Código Civil Comentado. Títulos preliminares. Personas. Art. 1 a 158*, Julio César Rivera (director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 565, 617 y 622).

La retracción del estado del inmueble a su situación anterior al ilícito aparece entonces dentro de las plenas facultades atribuidas al juez penal por el Código de fondo. Es menester aclarar que la medida de autos no es una *indemnización* del daño causado, hipótesis contemplada en el inc. 2 del citado art. 29, que requiere indefectiblemente una acción civil intentada en ese sentido, de acuerdo a lo prescripto por el art. 412 del CPP. Pero si bien tampoco se trata estrictamente de una *restitución* del objeto del delito, que a tenor de esta última disposición puede ordenarse sin necesidad de ejercicio de la acción civil (cfr. TSJ, Sala Penal, “Montechiaro”, S. n° 68, del 7/5/2007), sí ingresa con holgura

en el ámbito de las “demás medidas” a las que autoriza el inc. 1 del art. 29 para la reposición al estado anterior al delito, y que tampoco requieren que se haya introducido al proceso penal la acción resarcitoria. De esta manera, y centrándonos en el punto de agravio defensivo, debemos responder que más allá del nomen iuris que se le asigne y de las normas que con acierto o error se hayan citado en apoyo, la nulidad del instrumento surge del contenido de la sentencia (el acto es inválido -y anulable- por haber sido celebrado en un estado de capacidad disminuida, esto es, con “trastorno neurocognitivo leve a moderado que le disminuía su capacidad de comprensión y de dirigir sus acciones”, de acuerdo al hecho fijado; o “con disminución de su inteligencia, voluntad o juicio que los incapacita para resguardar debidamente sus intereses económicos”, según la doctrina expuesta en el precedente de esta Sala). Y la consecuencia –la rectificación de la anotación registral- está dentro de la competencia asignada por el Código Penal al tribunal de juicio, a título de reposición al estado anterior.

En conclusión, el reproche traído a examen de esta Sala carece de interés en tanto su elucidación sólo puede conducir a un mero afán académico en la precisión acerca de la norma que habilita a la Cámara del Crimen a proceder como lo hizo, pero en modo alguno conduce a concluir en la falta de potestad de ésta para resolver en tal sentido, conforme se ha explicado *supra* (TSJ, Sala Penal, “Montenegro”, A. n°

403, 8/11/1999; “Barrera”, S. n° 11, 18/02/2011; “Pace”, S. n° 111, 24/05/2011, entre muchos otros).

A la segunda cuestión voto, pues, en forma negativa.

**La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:**

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

**El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:**

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a ella en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

### **A LA TERCERA CUESTIÓN**

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:**

En virtud del resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. JEH, en ejercicio de la defensa técnica de la imputada MCM. Con costas (arts. 550 y 551 C.P.P.).

Así voto.

**La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:**

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

**El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:** Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a ella en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. JEH, en ejercicio de la defensa técnica de la imputada MCM. Con costas (CPP, 550 y 551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

**Dra. Aída TARDITTI, Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia; Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL Dr. Luis Enrique RUBIO, Vocal del Tribunal Superior de Justicia Vocal del Tribunal Superior de Justicia; Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI, Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia**



**NOTA A FALLO:**

**LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN  
SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DESDE LA  
PERSPECTIVA  
DEL DERECHO PENAL.**

Notario Enrique Jorge Arévalo<sup>1</sup>.

**INTRODUCCIÓN:**

El fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba dictado en autos “MCM 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

---

<sup>1</sup> Notario de la ciudad de Rosario. Docente de la Facultad Católica de Derecho. Secretario del Instituto de Derecho e Integración.

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). 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.

#### **I) SOBRE LA FIGURA PENAL**

El tipo penal se encuentra 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 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>2</sup>

La vulnerabilidad a la que aludimos, 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>3</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 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

---

<sup>2</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>3</sup> Diccionario de la Lengua Española –Real Academia Española- 21 Edición, Tomo II, página 1431

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>4</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>4</sup> Diccionario..., página 1541. Creus, ob. cit. Página 511.

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>5</sup> (3 bis).

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

---

<sup>5</sup> Llorens, Luis “El Notario ante Deficientes Mentales. Hacia una revitalización de la capacidad en el Derecho Civil”, página 142.

deben considerarse en conjunto con las mencionadas: su redacción en soporte papel no habilitado como 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 formalidad impuesta legalmente: su celebración en escritura pública (artículo 1810, inciso 1 del Código Civil). La expresión final del artículo 174, inciso 2) del Código penal (“...aunque el acto sea civilmente nulo”) veda, en principio, posibles distinciones. Ya sea que la patología afecte el acto de las partes o el que corresponde al autorizante (las llamadas nulidades instrumentales), es suficiente que el instrumento se encuentre firmado por la víctima, sumado a las circunstancias antes resumidas para que el delito exista.

## **II) 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>6</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 genera ninguna consecuencia para quien se encuentre en esas condiciones <sup>7</sup>

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 última, valiéndose de la intimidación y malos tratos (artículos 937, 1045 del Código Civil). <sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Aguiar, citado por Landestoy Méndez, Pedro Luí “La Discapacidad Intelectual y la Testamentifacio Activa”, trabajo publicado en Revista del IDEI N° 6 -año 3, página 132.

<sup>7</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.”

<sup>8</sup> Designamos como “guardadores de hecho”, a los sujetos que cumplen en forma transitoria o permanente tareas de asistencia a personas que padecen discapacidades. 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,

### III) 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>9</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 “juicios” que emite el notario.<sup>10</sup>

Como es sabido, la fe pública es la veracidad impuesta por el ordenamiento legal a las afirmaciones del oficial público consignadas en

---

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).

<sup>9</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>10</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

el documento de su autoría –escritura pública o acta protocolar- que refiere a los actos o hechos cumplidos por él mismo o aquellos ocurridos en su presencia.<sup>11</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 hechos ocurridos en su presencia), incluyéndose la fecha y autoría del instrumento. Resta recordar, de modo muy sintético, que los efectos de la fe pública alcanzan tanto a las partes otorgantes como a los terceros.<sup>12</sup>

A diferencia de lo establecido para el notariado español, nuestro derecho positivo no obliga a los escribanos que consignan 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 jurídicos.<sup>13</sup> Se trata de tareas vinculadas a la dación fe,

---

<sup>11</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>12</sup> Zinny, ob. Cit. Pág. 69, artículos 993, 994, 996 del C.C.

<sup>13</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

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>14</sup>. Entre nosotros se rotula como asesoramiento y aparece contemplado en leyes orgánicas notariales.<sup>15</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 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

---

otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera.”. Ver además nota (7)

<sup>14</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>15</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.”

tendientes a neutralizar todo posible litigio, ya que una vez advertida la patología jurídica se adoptan las medidas tendientes a su subsanación.<sup>16</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 de que algún otorgante carece de discernimiento, se abstendrá de autorizar la escritura.

La doctrina notarial española 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 capacidad legal necesaria para el otorgamiento del acto que pretendan".<sup>17</sup> Entre nosotros, 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

---

<sup>16</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...".

<sup>17</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

**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>18</sup>**

El deber de abstención funcional también resulta aplicable en el supuesto de que el notario tuviera sospechas fundadas respecto de que algún interviniente actúa sin la plena intención y libertad que prescribe el artículo 900 del Código Civil. Del contenido del fallo analizado surge que el Tribunal encontró probado el deficiente estado mental de la víctima y despojada de su libertad de decisión.

La instrumentación de actos a título gratuito amerita un examen 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 indigencia, 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). Recuérdese igualmente lo que dispone el legislador con

---

<sup>18</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).

relación al estado mental de los testadores:”...es preciso que la persona esté en su perfecta razón”. (art. 3615 C.C.).

Las conversaciones que el notario mantenga a nivel individual con el disponente de los bienes, contribuirán en forma decisiva a la dilucidación del entendimiento y la autonomía de este último.

Sin embargo, como el notario no emite una opinión de carácter técnico sino –insistimos- únicamente un juicio sobre la capacidad de las partes (generalmente implícito en el documento autorizado), su responsabilidad se generaría en caso de que su actuación fuere dolosa o mediando grave negligencia.<sup>19</sup> Así parece haberlo entendido el Tribunal en el caso examinado.

---

<sup>19</sup> Llorens, ob. Cit, en nota (4)



**SENTENCIA NUMERO: DOSCIENTOS TREINTA  
Y NUEVE (239) <sup>1</sup>**

**VISTO:** Por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular el recurso de casación en materia civil interpuesto por LGDV, y por su condición de incapaz a través de su tutora XRDVR representada y dirigida por la letrada MGA, contra la sentencia número setenta y nueve de fecha treinta y uno de octubre de dos mil doce dictada por la Sala de lo Civil Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Matanzas, en el proceso ordinario sobre Nulidad Parcial de Acto Jurídico promovido por la recurrente a través de su tutora representada y dirigida por la letrada GRA, en solicitud que: Se declare la nulidad del acto jurídico contenido en la Escritura Notarial consistente en Testamento número trescientos de cinco de abril de dos mil diez ante la Licenciada ZLP, específicamente

---

<sup>1</sup> Sentencia de fecha 31 de mayo de 2013- Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, República de Cuba.

en cuanto a las cláusulas Primera y Tercera e igualmente ineficaces todos los demás negocios jurídicos que de él se hubieren podido derivar.

**RESULTANDO:** Que la referida Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Matanzas, dictó la sentencia recurrida, que en su parte dispositiva dice: FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos Sin Lugar la demanda en Proceso Ordinario sobre Nulidad Parcial de Acto Jurídico contenido en Escritura Notarial establecido por XRDVR contra DGM, ECGS, JAAG y contra el Fiscal. Sin imposición de costas procesales.

**RESULTANDO:** Que contra la expresada sentencia la parte recurrente estableció recurso de casación dentro del término legal, elevándose a esta Sala la que admitió el recurso haciendo constar que la recurrente se personó en tiempo y forma, habiéndose también personado la no recurrente ECGS representada por la letrada EVM.

**RESULTANDO:** Que el recurso consta de dos motivos, el primero al amparo del ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico, acusando infringido el artículo doscientos sesenta de la Ley de Trámites en el sentido que: En el Primer Considerando de la sentencia que se recurre la Sala, como primer argumento para sustentar su fallo, esgrime que ella no dirigió prueba alguna para demostrar los bienes que integran el patrimonio hereditario del causante, considerando que solo

existe necesidad de probanza en relación a los hechos controvertidos, pues analizando el contenido del Hecho Séptimo de la demanda se expone que la suma total de valores de la masa hereditaria asciende a dieciséis mil ochocientos cuarenta y tres pesos y setenta y seis centavos, lo cual se corresponde con la sumatoria del valor de la vivienda, seis mil seiscientos cuarenta y tres pesos con setenta y seis centavos, más el valor referencial del vehículo que es de diez mil doscientos, quedando definido este particular desde la demanda, el que no fue objeto de cuestionamiento por los demandados comparecientes en el proceso; quienes nunca en sus escritos polémicos negaron que esa fuera la composición de la masa hereditaria, sino que la litis se centró en otras cuestiones de derecho relacionadas con el legado objeto de nulidad y siendo este elemento admitido por las partes, y no controvertido, hace innecesario su probanza tal y como dispone el artículo doscientos sesenta de la Ley Procesal Civil cuando refiere que no se admitirán pruebas sobre hechos confesados o admitidos en los escritos polémicos, pues de lo contrario se convertirían en pruebas impertinentes y por consiguiente existiría una causa de inadmisión de la misma; el segundo motivo del recurso sustentado en el supuesto primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Trámites, acusando como infringido el artículo cuatrocientos noventa y cinco del Código Civil en el sentido que En propio Primer Considerando de la sentencia que se recurre la Sala, como elemento esencial para sustentar su fallo y desestimar la demanda, esgrime que existió una indebida formulación

de la pretensión con inobservancia de lo preceptuado en el artículo cuatrocientos noventa y cinco del Código Civil, por considerar que la pretensión debió estar encaminada a solicitar la reducción de los legados y no su nulidad. Al respecto considera que la sala ha interpretado de manera errada lo que dicha norma establece confundiendo la reducción de legados aplicable solo por el legitimario afectado en su legítima frente a los legatarios instituidos, o sea, cuando no existe preterición de herederos y lo que se debate es la manera en que ha existido un exceso al momento de la partición hereditaria, con la figura de la preterición que es la que está reconocida implícitamente en el artículo cuatrocientos noventa y cinco apartado uno del Código Civil, aplicable cuando exista una omisión de un heredero especialmente protegido, los que deben ser tributarios del testador de una parte de su acervo patrimonial, por lo tanto hay que promover la acción para declarar la nulidad parcial, solo la de aquel legado que exceda la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente, lo que anularía la institución de heredero y propiciaría la apertura de la sucesión ab intestato, manteniéndose la eficacia de aquel legado que no exceda la libre disposición, razón por la que la demanda interpuesta pretendía la nulidad del legado contenido en la Cláusula Tercera, siendo objeto de discrepancias entre las partes cuestión distinta, o sea, si era correcto o no solicitar la nulidad de este legado por ser el bien de mayor necesidad para la incapaz. Por otra parte el artículo cuatrocientos noventa y cinco del Código Civil que sirvió de sustento

legal a la Sala para alegar en su sentencia una indebida formulación de la pretensión, no contempla la reducción de los legados.

**RESULTANDO:** Que habiéndose solicitado vista, se señaló fecha para su celebración la que se efectuó en la forma que aparece del acta levantada al efecto.

**SIENDO PONENTE LA JUEZA: Marta Acosta Ricart.**

**CONSIDERANDO:** Que los dos motivos del recurso, sustentados en el ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico no deben prosperar; no obstante, concordamos íntegramente con la parte que recurre, en cuanto a que de conformidad con la letra del artículo doscientos sesenta de la Ley de Trámites, en el proceso no se admiten pruebas en relación con los hechos confesados o admitidos en los escritos polémicos; advirtiéndose que expresamente en el hecho séptimo de la demanda se consignó que el valor de la masa hereditaria del testador ascendía a dieciséis mil ochocientos cuarenta y tres pesos con setenta y seis centavos moneda nacional; lo que resulta de la suma del valor legal del auto, según norma especial vigente que así lo regula, más, el valor de la vivienda propiedad del fallecido; sin que los demandados personados hubieren discrepado en cuanto a este específico particular; estimándose en consecuencia un hecho aceptado, y por tanto innecesario someterlo a demostración; unido a lo anterior, hemos dejar expuesto nuestro criterio en cuanto a que al menos en

nuestra realidad social actual, salvo excepciones, resultan estos los bienes de mayor valor e importancia que posee un ciudadano común; de todo lo que se presume, que en realidad la masa hereditaria dejada por el testador estaba integrada por la vivienda y el automóvil; sin embargo, no merece por ello acoger el primero de los motivos mencionados si en definitiva, por las razones que luego se expondrán, la que en su lugar habría de dictarse sería del propio tenor de la casada.

**CONSIDERANDO:** Que consta suficientemente demostrado que el fallecido padre de la recurrente otorgó Testamento número trescientos, de cinco de abril de dos mil diez ante la Licenciada ZLP exponiendo expresamente, según quedara consignado en la Cláusula Primera de dicho instrumento público, que no tenía herederos especialmente protegidos; repartiendo su herencia en legados; advirtiéndose que la misma fue declarada incapaz por Auto número doscientos doce de veinticuatro de diciembre de dos mil diez en el expediente de jurisdicción voluntaria cincuenta y uno de dos mil diez de la radicación de la Jurisdicción Voluntaria de la Sección Civil del Tribunal Municipal Popular de Matanzas, en virtud de resultar Síndrome de Down, trastorno genético caracterizado por la presencia de un grado variable de discapacidad cognitiva y rasgos físicos peculiares que le dan un aspecto reconocible; resultando en definitiva la causa más frecuente de discapacidad cognitiva psíquica congénita; en su caso, unido a una cardiopatía; que en efecto, constituye una de las enfermedades asociadas más frecuentes, y que se presenta de tal forma

aproximadamente en la mitad de los pacientes; de donde, aunque la declaración de incapacidad en este caso aconteció posterior al Testamento ello no justifica el actuar del testador, pues no se trata siquiera una circunstancia sobrevenida luego de haberse otorgado el mismo, sino que lamentablemente existía y era apreciable desde su nacimiento, situación que no la hace apta para el trabajo, unido al parentesco con el testador y su dependencia económica del mismo, realidad que se mantenían al momento del fallecimiento del testador, acontecido con fecha dieciocho de agosto del propio año dos mil diez; por lo que no cabe dudar que la misma califica como su heredera especialmente protegida de conformidad con lo establecido en el artículo cuatrocientos noventa y tres, apartado uno inciso a) del Código Civil; de donde, su preterición por parte de su padre en el Testamento fue absolutamente intencional; lo que conmueve, en tanto históricamente la gran preocupación de los padres que tienen hijos con algún tipo de discapacidad, aún cuando no sean incapaces, es garantizarle un patrimonio y atención familiar futura, para asegurarlos para después de la muerte de ellos, o sea de los padres; y aún cuando en el caso resulta incuestionable la condición de heredera especialmente protegida de la recurrente, particularmente defendemos el criterio, que un padre no requiere declaración judicial alguna para saber que su hijo es incapaz, pues seguramente la casi totalidad de los padres en esa circunstancia, al declarar sobre el particular lo harían por exceso; señalado lo anterior, cabe abundar en cuanto a que para la Organización

Mundial de la Salud, discapacidad implica toda restricción o ausencia, debido a una deficiencia, de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano; sin que tenga ninguna significación el hecho de que la incapaz, hubiere recibido instrucción en los primeros años de vida; ello en todo caso se debe al esfuerzo estatal para garantizar, en la medida de lo posible, los derechos más elementales de estas personas especiales; muestra de lo cual sin dudas lo constituye la Convención de los Derechos de las Personas Discapacitadas de dos mil seis, donde en su artículo uno establece como su objetivo esencial, el de 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; que 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; haciendo especial mención a las mujeres con discapacidad en su artículo seis; de lo expuesto, procede señalar que el hecho de que internacionalmente, con aplicación en el ámbito nacional se adopten normas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, donde se incluye los incapaces, ello en modo alguno libera a los familiares, en primer orden a sus padres, al momento de testar; de

la obligación que le viene impuesta de conformidad con el artículo cuatrocientos noventa y dos, inciso uno del Código Civil.

**CONSIDERANDO:** Que la recurrente acusa en el segundo de los motivos de su recurso interpretación errada respecto al artículo cuatrocientos noventa y cinco del Código Civil; y al respecto se debe estimar que no le asiste razón; pues comoquiera que el testador repartió la herencia en legados, sin instituir heredero alguno, estando preterida de la mencionada disposición mortis causa la inconforme, dada su condición de heredera especialmente protegida del testador, así como que este se excedió, disponiendo de la mitad de la herencia, de la que no tenía libre disposición de conformidad con lo establecido en el artículo cuatrocientos noventa y dos inciso uno del Código Civil; y si bien por algunos tratadistas se afirma que el testamento es la ley de la sucesión, y aun cuando de la expresión contenida en el precepto al inicio mencionado referida a que “valen los legados realizados por el mismo en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente” podría incluso llegarse a interpretación radical de índole diferente; en tanto en justicia merecería protección la voluntad del testador, sólo cuando la misma sea digna de ser salvaguardada; no obstante, en la práctica se ha socorrido como solución a la acción impugnatoria del legado concretamente en la reducción de los mismos, lo que por demás sería lo más beneficioso para la incapaz; de donde, ciertamente resulta desacertada la forma en que a través de su representante legal; o sea su tutora, se encausó la

impugnación; ya que, a su elección sólo se interesó la nulidad total de uno de los legados, cuando en puridad no establecida por el testador para caso de impugnación, orden de prelación de los mismos; la acción debe estar encaminada a impugnar ambos por igual, en la medida que sea suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde; razón por la que el segundo de los motivos también debe rechazarse.

**CONSIDERANDO:** Que por lo expuesto en los Considerando precedentes es forzoso colegir que el recurso establecido debe ser desestimado.

**FALLAMOS:** Declaramos **SIN LUGAR** el recurso de casación. **Con costas.**

**COMUNÍQUESE:** Esta sentencia con devolución de las actuaciones elevadas al tribunal de su impulso, librándose cuantos despachos y copias certificadas fueren menester, el acuse de recibo únase al expediente de su razón, archívese el mismo previo las anotaciones correspondientes.

**ASÍ LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS:** ORLANDO GONZALEZ GARCIA.- MARTA ACOSTA RICART.- WILFREDO DIAZ BETANCOURT.- ANTE MÍ: ESTRELLA RODRÍGUEZ SOCORRO.

**DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE LOS  
LEGADOS COMO VÍA DE PROTECCIÓN A UNA  
HIJA INCAPACITADA JUDICIALMENTE,  
LEGÍTIMARIA, PRETERIDA POR EL TESTADOR.**

(A propósito de la Sentencia No. 239 de 31 de mayo de 2013 de  
la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO<sup>1</sup>,

**Tema del comentario:**

Condición de especialmente protegida de una hija incapacitada judicialmente, con discapacidad intelectual (Síndrome de Down) respecto de su padre, quien la preterió en el testamento otorgado, al no

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial Facultad de Derecho Universidad de La Habana Notario.

mencionarla, ni atribuirle cuota alguna de la legítima a la que tiene derecho (ni por testamento, ni por liberalidades *inter vivos*). La acción de reducción de legados como vía tuitiva de la legítima conculcada, ante un patrimonio hereditario distribuido a través de legados, sin un orden de prelación para la reducción establecido por el testador.

**Ponente:**

Marta Acosta Ricart

**Extremos enjuiciados:**

Tratándose de una hija con Síndrome de Down, y cierta cardiopatía, que le llevan a la declaración judicial de incapacitación, es indudable que si el padre no le ha atribuido bienes a título de herencia, legado o por una liberalidad *inter vivos* como pago de su legítima, la ha preterido, pues resulta innegable su condición de legitimaria o especialmente protegida respecto de aquel, conforme con el artículo 493.1 a) del Código Civil y la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Ante tal situación, y dado que el patrimonio hereditario fue distribuido en legados, sin que en el testamento se estableciera preferencia respecto de algún legado en concreto, es dable interpretar el artículo 495.1 del Código Civil, a tono con el principio del *favor testamenti*, de manera que permita conservar la atribución hecha a favor de los legatarios en lo que no se exceda de la

parte de libre disposición y atribuir a la preterida la cuota de legítima, resultante, de reducir los legados.

**Doctrina sentada:**

Es especialmente protegida, respecto de su padre (testador), quien judicialmente declarada incapacitada, por razón del Síndrome de Down que padece, unido a cierta cardiopatía, la hacen dependiente económicamente de aquel, ello, amén de que al momento de testar se conozca o no por el testador, la declaración judicial de incapacitación de su hija, y aun cuando no haya sido declarada incapacitada antes del fallecimiento del testador, deber que le viene impuesto por ley (Código Civil), con independencia de cualquier otra medida de protección a la incapacitada, según lo previsto en la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, motivo por el cual se entiende preterida, cuando no mencionada en el testamento, tampoco se le ha atribuido bien alguno como pago de su legítima.

Distribuido el patrimonio hereditario a través de legados, merece protección la voluntad del testador, sólo cuando esta sea digna de ser salvaguardada. No obstante, ante la preterición de la legitimaria, es atendible la acción impugnatoria del legado a través de su reducción, lo que por demás resulta lo más beneficioso para la incapacitada, no así la acción de nulidad de uno de los legados, cuando en puridad no fue

establecido por el testador, para caso de impugnación, un orden de prelación, por lo que la acción impugnatoria deberá estar dirigida a ambos legados por igual, en la medida que sea suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde a la legitimaria preterida.

**Textos legales aplicados:**

Artículos 492.1, 493, 495.1 del Código Civil y artículo 1 de la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad.

**Fallo:**

No ha lugar al recurso.

**Hechos:**

Ante la Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral del Tribunal Provincial de Matanzas, se interpone demanda en proceso ordinario sobre nulidad parcial de acto jurídico por la tutora de la señora L. G. V., declarada judicialmente incapacitada, en solicitud de que se declare la nulidad del acto jurídico contenido en escritura pública notarial de testamento, número 300, de 5 de abril de 2010, autorizada por Z. L. P., notaria, específicamente en lo que atañe a las cláusulas primera y tercera e igualmente ineficaces todos los demás negocios

jurídicos que de él se hubieren podido derivar. La Sala declara SIN LUGAR la demanda establecida, sin imposición de costas procesales.

Contra la sentencia del tribunal de instancia, la representante legal de la incapacitada, señora X. R. V. R. interpone recurso de casación sustentado en dos motivos, de los cuales solo se relacionará el segundo pues es el que interesa a los fines de este comentario. En efecto, el segundo de los motivos de casación se interpone al amparo del artículo 630.1 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, acusando como infringido el artículo 495 del Código Civil en el sentido de que en el primer Considerando de la sentencia interpelada, como elemento esencial para sustentar su fallo y desestimar la demanda, se esgrime que existió una indebida formulación de la pretensión, con inobservancia de lo preceptuado en el artículo 495 del Código Civil, por considerar que la pretensión debió estar encaminada a solicitar la reducción de los legados, y no su nulidad. En tal sentido considera la recurrente que la Sala de instancia ha interpretado de manera errada lo que dicha norma establece, al confundir la reducción de legados, aplicable solo por el legitimario afectado en su legítima frente a los legatarios instituidos, o sea, cuando no existe preterición de herederos y lo que se debate es la manera en que ha existido un exceso al momento de la partición hereditaria, con la figura de la preterición que es la que está reconocida implícitamente en el artículo 495.1 del Código Civil, aplicable cuando exista una omisión de un heredero especialmente protegido, los que deben ser

tributarios del testador de una parte de su acervo patrimonial, por lo tanto hay que promover la acción para declarar la nulidad parcial, solo la de aquel legado que exceda la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente, lo que anularía la institución de heredero y propiciaría la apertura de la sucesión *ab intestato*, manteniéndose la eficacia de aquel legado que no exceda la libre disposición, razón por la que la demanda interpuesta pretendía la nulidad del legado contenido en la cláusula tercera, siendo objeto de discrepancias entre las partes cuestión distinta, o sea, si era correcto o no solicitar la nulidad de este legado, por ser el bien de mayor necesidad para la incapaz. Por otra parte el artículo 495 del Código Civil que sirvió de sustento legal a la sala para alegar en su sentencia una indebida formulación de la pretensión, no contempla la reducción de los legados.

#### **Fundamentos de Derecho:**

A los fines de este comentario se incluyen solo el segundo y el tercero. El segundo, que es un razonamiento, a modo de *obiter dictum*, sobre la condición de especialmente protegida de la recurrente, y el tercero, que se corresponde con el segundo de los motivos de casación alegado por la recurrente.

**Segundo:** consta suficientemente demostrado que el fallecido padre de la recurrente otorgó testamento, número 300, de 5 de abril de

2010 ante Z.L.P., exponiendo expresamente, según quedara consignado en la cláusula primera de dicho instrumento público, que no tenía herederos especialmente protegidos; repartiendo su herencia en legados; advirtiéndose que la misma fue declarada incapaz por auto número 212 de 24 de diciembre de 2010 de la Sección Civil del Tribunal Municipal Popular de Matanzas, en virtud de resultar Síndrome de Down, trastorno genético caracterizado por la presencia de un grado variable de discapacidad cognitiva y rasgos físicos peculiares que le dan un aspecto reconocible; resultando en definitiva la causa más frecuente de discapacidad cognitiva psíquica congénita; en su caso, unido a una cardiopatía; que en efecto, constituye una de las enfermedades asociadas más frecuentes, y que se presenta de tal forma, aproximadamente en la mitad de los pacientes; de donde, aunque la declaración de incapacidad en este caso aconteció posterior al otorgamiento del testamento, ello no justifica el actuar del testador, pues no se trata siquiera de una circunstancia sobrevenida luego de haberse otorgado, sino que lamentablemente existía y era apreciable desde su nacimiento, situación que no la hace apta para el trabajo, unido al parentesco con el testador y su dependencia económica de aquel, realidad que se mantenía al momento del fallecimiento del testador, acontecido el 18 de agosto de 2010; por lo que no cabe dudar que califica como su heredera especialmente protegida, de conformidad con lo establecido en el artículo 493.1 inciso a) del Código Civil; de donde, su preterición por parte de su padre en el testamento fue

absolutamente intencional; lo que conmueve, en tanto históricamente la gran preocupación de los padres que tienen hijos con algún tipo de discapacidad, aun cuando no sean incapaces, es garantizarle un patrimonio y atención familiar futura, para asegurarlos para después de la muerte de ellos, o sea, de los padres; y aunque en el caso resulta incuestionable la condición de heredera especialmente protegida de la recurrente, particularmente defendemos el criterio, que un padre no requiere declaración judicial alguna para saber que su hijo es incapaz, pues seguramente la casi totalidad de los padres en esa circunstancia, al declarar sobre el particular lo harían por exceso; señalado lo anterior, cabe abundar en cuanto a que para la Organización Mundial de la Salud, discapacidad implica toda restricción o ausencia, debido a una deficiencia, de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano; sin que tenga ninguna significación el hecho de que la incapaz, hubiere recibido instrucción en los primeros años de vida; ello en todo caso se debe al esfuerzo estatal para garantizar, en la medida de lo posible, los derechos más elementales de estas personas especiales; muestra de lo cual sin dudas lo constituye la Convención de los Derechos de las Personas Discapacitadas de 2006, donde en su artículo 1 establece como su objetivo esencial, el de 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; que 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; haciendo especial mención a las mujeres con discapacidad en su artículo seis; de lo expuesto, procede señalar que el hecho de que internacionalmente, con aplicación en el ámbito nacional se adopten normas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, donde se incluye los incapaces, ello en modo alguno libera a los familiares, en primer orden a sus padres, al momento de testar; de la obligación que le viene impuesta de conformidad con el artículo 492.1 del Código Civil.

**Tercero:** Se acusa en el segundo de los motivos del recurso, interpretación errada respecto al artículo 495 del Código Civil, y al respecto se debe estimar que no le asiste razón al recurrente; pues comoquiera que el testador repartió la herencia en legados, sin instituir heredero alguno, estando preterida de la mencionada disposición *mortis causa* la inconforme, dada su condición de heredera especialmente protegida del testador, así como que este se excedió, disponiendo de la mitad de la herencia, de la que no tenía libre disposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 495.1 del Código Civil. Y si bien por algunos tratadistas se afirma que el testamento es la ley de la sucesión, y aun cuando de la expresión contenida en el precepto, al

inicio mencionado, referida a que *“valen los legados realizados por el mismo en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente”*, podría incluso llegarse a interpretación radical de índole diferente; en tanto en justicia merecería protección la voluntad del testador, sólo cuando sea digna de ser salvaguardada; no obstante, en la práctica se ha socorrido como solución a la acción impugnatoria del legado, concretamente a su reducción, lo que por demás sería lo más beneficioso para la incapaz; de donde, ciertamente resulta desacertada la forma en que a través de su representante legal, o sea de su tutora, se encauzó la impugnación; ya que, a su elección sólo se interesó la nulidad total de uno de los legados, cuando en puridad, no establecido por el testador para caso de impugnación, orden de prelación, la acción debe estar encaminada a impugnar ambos por igual, en la medida que sea suficiente, hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde.

#### **Sumario:**

**1. De la ineludible condición de legitimaria o especialmente protegida, respecto de su padre, de una hija incapacitada, con síndrome de Down. 2. Deber de legítima asistencial a favor de la referida hija, judicialmente incapacitada, a tono con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, de 2006. 3. De la acción de reducción**

de los legados, cuando todo el patrimonio hereditario se distribuyó en legados, como expediente útil para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la preterida, a la vez que el logro del principio *favor testamenti*.

**1. De la ineludible condición de legitimaria o especialmente protegida, respecto de su padre, de una hija incapacitada, con síndrome de Down**

No es dable ejercitar acción alguna que tenga por finalidad la protección de la legítima, si en el mismo proceso no se reconoce la condición de especialmente protegida o legitimaria de la persona que invoca la preterición o la falta de íntegra atribución de la cuota legitimaria a la que tiene derecho. Sin el éxito en el reconocimiento de tal condición, nunca prosperaría el ejercicio de cualquiera de las acciones previstas por el Derecho positivo, como resortes tuitivos de la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima.

En buena técnica jurídica en los procesos promovidos en razón de la preterición se acumulan las acciones, reconocitiva de la condición de legitimario y la que oportunamente se ejercita por el actor para que le sea restablecida su cuota legitimaria vulnerada.

En el caso fallado, objeto de este comentario, se trata de una persona mayor de edad, que desde su nacimiento padece un Síndrome

de Down<sup>2</sup>, unido a cierta cardiopatía, que al decir del propio tribunal de casación, *“constituye una de las enfermedades asociadas más frecuentes, y que se presenta de tal forma aproximadamente en la mitad de los pacientes”*, por supuesto, de aquellos diagnosticados con el mencionado síndrome. Dada la naturaleza del Síndrome de Down, la evolución de esta discapacidad intelectual congénita, percible incluso por los *“rasgos físicos peculiares que le dan un aspecto reconocible”*, según apunta la sala de casación, entre los cuales cabría citar como más frecuentes, y solo a modo de ejemplo: las hendiduras de los ojos oblicuas, la base del cráneo aplanada, hipotonía, hiperlaxitud de las articulaciones, exceso de piel en la nuca, perfil plano de la cara, anomalías en la forma del pabellón auricular, displasia de la pelvis, displasia de la falange media del dedo meñique, surco simio en la palma de la mano, talla corta. Con una adecuada educación especial, y en dependencia del grado de inteligencia

---

<sup>2</sup> El Síndrome de Down o trisomía 21 es una entidad que en la actualidad constituye la causa genética más frecuente de discapacidad intelectual y malformaciones congénitas. Es el resultado de una anomalía cromosómica por la que los núcleos de las células del organismo humano poseen 47 cromosomas en lugar de 46, perteneciendo el cromosoma excedente o extra al par 21. Como consecuencia de esta alteración, existe un fuerte incremento en las copias de genes del cromosoma 21, lo que origina una grave perturbación en el programa de expresión de muy diversos genes, no sólo del cromosoma 21 sino de otros cromosomas. Este desequilibrio génico ocasiona modificaciones en el desarrollo y función de los órganos y sistemas, tanto en las etapas prenatales como postnatales. Consiguientemente, aparecen anomalías visibles y diagnosticables; unas son congénitas y otras pueden aparecer a lo largo de la vida. El sistema más comúnmente afectado es el sistema nervioso y dentro de él, el cerebro y cerebelo; por este motivo, casi de manera constante la persona con Síndrome de Down presenta, en grado variable, discapacidad intelectual.

que tengan, se puede lograr una mejor adaptación social e incluso su incorporación al trabajo, pero ello está -como expuse-, relacionado con los factores ambientales, educativos y el propio desarrollo cognitivo de la persona. Lo cierto es, que como expresa la ponente en la sentencia que se comenta, las personas con síndrome de Down requieren de ciertos cuidados por sus progenitores que contribuyan a superar su capacidad diferente.

En tal sentido, tratándose de una persona con síndrome de Down que no está incorporada al trabajo socialmente útil que le permita adquirir los recursos económicos necesarios para hacer frente a sus más vitales necesidades económicas, sus padres están en el deber jurídico, no solo de procurarle alimentos según el tenor de los artículos 122.2 y 123.3 del Código de Familia, sino de reconocerles, en caso de que testen, como especialmente protegidos o legitimarios, según el dictado de los artículos 492.1 y 493.1 a), ambos del Código Civil. Demostrada su condición de hija, dependiente económicamente de su progenitor y con ausencia de aptitud para trabajar, se dan los tres presupuestos, exigidos por ley, para arroparse de la condición de especialmente protegida, con derecho a que le sea atribuida la mitad de la herencia por concepto de legítima. La posible discusión teórica en este orden está en si una hija mayor edad, con Síndrome de Down, está o no apta para trabajar. En tanto que el presupuesto de la dependencia económica en los autos del proceso judicial no resulta discutido por las partes, o al menos no afloran datos que permita a quien escribe ofrecer

otras consideraciones puntuales sobre el caso. A modo muy generalizador, a mi juicio, la lógica indica que se trata de una persona vulnerable económicamente, y que en tales circunstancias, háyase declarado o no judicialmente incapacitada en vida de su padre, tal declaración no tiene trascendencia alguna para ganar o perder la condición de especialmente protegida, habría que estar a los hechos. La dependencia económica no se prueba únicamente a través de los medios de prueba con los que se acredita la filiación. Va más allá, se puede ser hijo menor de edad o mayor de edad, imposibilitado de trabajar, y quedar demostrado que no había dependencia económica, *v.gr.*, cuando el progenitor o progenitora, a su vez depende económicamente de otro. Tampoco la convivencia es un presupuesto para justificar la dependencia económica. Se puede no convivir con la persona que constituye el sostén económico de otra. Y ni tampoco la existencia de otra persona que contribuya al sostenimiento patrimonial, es razón suficiente para que otra no pueda hacerlo del mismo modo. El ejemplo más claro es el del hijo menor de edad, dependiente económicamente de ambos progenitores, aunque estos estén divorciados y solo uno de ellos ostente la guarda y cuidado, en tal situación ambos deben contribuir a la satisfacción de las necesidades económicas del hijo. Igual acontece en casos en que el hijo, mayor de edad, tiene alguna situación de discapacidad, *v.gr.*, de discapacidad intelectual, que le impide ejercer un oficio propio, supuesto en el cual

ambos progenitores deberían seguir asumiendo, de tener condiciones para ello, su sostenimiento económico.

Como expresé, más polémico resulta determinar si la discapacidad intelectual por sí misma es razón suficiente para que se justifique la no aptitud para trabajar. En efecto, al momento del fallecimiento del padre, L. G. V. no tenía oficio propio y tan solo se narra en la sentencia que se trata de una persona con Síndrome de Down y asociado a su enfermedad, con una cardiopatía congénita, particular que narra la literatura médica, propio en personas con tal síndrome, pero nada más se puede inferir de la sentencia comentada que me permita determinar el grado de discapacidad intelectual de L. G. V., que le lleve a poderse integrar socialmente e incluso a desempeñar un puesto laboral (ya sea en el mercado estatal o privado). En tal orden, una cuestión es que hoy día se propicie la integración social de las personas con discapacidad, a tono con los programas que desde el perfil educativo, médico y laboral se han desarrollado en nuestro país, y otra, muy diferente, es exigir que las personas con Síndrome de Down tengan necesariamente que estar incorporadas a un centro o entidad que les permita obtener sus más apremiantes recursos económicos. El hecho de que en el terreno social se les haya de favorecer el contacto con otras personas, promoviendo su participación en actividades grupales, de modo que se entrenen en habilidades sociales, llegándose incluso a alcanzar resultados observables en poco tiempo, según describe la literatura sobre el tema, no implica, a mi criterio, que el

baremo con el que se juzgue y se valore a una persona con discapacidad intelectual a los efectos de determinar si está o no apta para el trabajo, a los fines de considerarse legitimaria, sea idéntico. Que su inserción social y laboral sea un buen pronóstico con la aplicación de terapias educacionales y formativas, en la que Cuba tiene mucho que mostrar, no lo hace convertirse en imperativo legal, exigible a estas personas cuya vulnerabilidad económica, y por qué no también, social, sigue siendo evidente. La integración social plena de las personas con Síndrome de Down se ha de entender como un proceso de doble dirección: preparando a la persona con discapacidad para su acceso a la sociedad y concienciando a la sociedad de la necesidad de acoger a todo tipo de personas, al aceptar sus diferencias.

No obstante, esta dimensión social no quita ni el más mínimo ápice a la responsabilidad que la familia ha de asumir en este terreno, y en tal sentido apunto, teniendo en cuenta la sentencia que se comenta, a la responsabilidad que en el orden patrimonial le corresponde. Tratándose de una legítima de naturaleza asistencial, la regulada en los artículos 492 y 493 del Código Civil, es deber de los progenitores, al momento de otorgar testamento, reconocer la existencia de legitimarios o especialmente protegidos, con quienes deben cumplir el deber de legítima, a menos que dicho deber ya haya sido cumplimentado en vida a través de liberalidades (colígese de la formulación del artículo 494 del propio Código Civil), deber que supone la atribución de la mitad del

patrimonio hereditario reconstruido a título de legítima. Del estudio del caso se pueden inferir algunas ideas que creo oportuno expresar:

1º. La responsabilidad ética y familiar con respecto a personas con discapacidad intelectual, vinculadas afectiva y parentalmente con el testador. No es el único caso que en los últimos tiempos ha fallado el Tribunal Supremo en los que el testador no ha reconocido como especialmente protegido a hijos con evidente discapacidad intelectual<sup>3</sup>. Como también se expresa en la sentencia *in commento*, en un postulado no solo jurídico, sino además con un profundo sentido ético, relativo a la conducta del progenitor frente a su hija con Síndrome de Down, “*su preterición (...) en el Testamento fue absolutamente intencional; lo que conmueve, en tanto históricamente la gran preocupación de los padres que tienen hijos con algún tipo de discapacidad, aún cuando no sean incapaces, es garantizarle un patrimonio y atención familiar futura, para asegurarlos para después de la muerte de ellos, o sea de los padres*”. Resalto la expresión de la jueza ponente relativa a que tal preterición, *conmueve*, en tanto que conductas como esas, inquietan, perturban, sorprenden en el plexo de valores que el Derecho está encaminado a custodiar, pues cualquier progenitor en tales

---

<sup>3</sup> *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo”, en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 45, julio-septiembre 2012, pp. 52-58.

circunstancias se proyecta buscando las alternativas más idóneas que propicien los efectos menos lesivos que en el orden patrimonial puede representar su muerte para un hijo con discapacidad intelectual, por regla general por el grado de dependencia no solo económica, sino también afectiva o emocional que ellos tienden a desarrollar. Conmueve eso sí, y de qué manera, que se niegue la existencia de un hijo con discapacidad intelectual, en un ordenamiento jurídico en que la legítima sucesoria tiene un fin eminentemente asistencial, ello es expresión de un desarraigo familiar y emocional que sobrepasa el umbral de lo permisible en el espectro de valores del ser humano.

2º. El incompleto asesoramiento notarial. Pues tanto en este caso como en el fallado en la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre de 2011, por la propia Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, salta a la vista que el testamento otorgado en que fue preterido un especialmente protegido, era de naturaleza notarial. Es cierto que si hay intención de preterir al especialmente protegido, el testador puede utilizar maniobras dolosas ante el notario, pero tendría que igualmente manipular a los testigos instrumentales, quienes no tienen el deber de declarar ante el notario la verdad del contenido del negocio testamentario, pero tampoco han de concurrir a este como cómplices de declaraciones falsas como la que atañe a la verdad sobre la existencia de especialmente protegidos. No obstante, el asesoramiento notarial se impone, tal cual lo prevé el artículo 10 ll) de nuestra Ley notarial. El asesoramiento contribuye a evitar situaciones de preterición

errónea por desconocimiento de lo que el Código Civil prevé en materia de especialmente protegidos. Empero, como baluarte de la seguridad jurídica preventiva, el notario ha de ser colaborador estrecho de su cliente, de modo que le guíe en el logro de sus fines con conocimiento exacto de lo que busca. En tal sentido, le compete indagar en el testador la existencia o no de legitimarios, a partir de su caracterización y el cuadro dispositivo de sujetos que el propio legislador reconoce (*vid.* artículo 493 del Código Civil), con los efectos que en Derecho puede provocar su preterición. Es cierto que se trata de un deber del notario, en el que este no puede garantizar los resultados, pero siempre es dable intentar al menos buscar la verdad para evitar comprometimientos jurídicos que trascienden al campo ético como la no inclusión como legitimarios de sujetos como el referido en el caso en cuestión, objeto de este comentario. Hay cuestiones de sensibilidad y de *officium pietatis*<sup>4</sup> y solidaridad familiar que se imponen en los seres humanos.

---

<sup>4</sup> Nos comenta Sara BIALOSTOSKY respecto al *officium pietatis* en materia sucesoria que este “implica que con base en el deber moral: *pietas* y al sentimiento de la opinión pública, nuestra conducta nos impide lesionar a los dioses, a nuestros padres e hijos y familiares cercanos”. El carácter inoficioso del testamento está vinculado al quebrantamiento por el testador del deber de proveer parte del patrimonio a favor de sus más próximos parientes, en concreto de sus hijos. La declaración de inoficiosidad se conecta así con la ruptura de un deber moral. Ello trae como consecuencia el surgimiento de la querrela como una sanción, a favor del lesionado, utilizable contra los herederos beneficiados. *Vid.* BIALOSTOSKY, Sara, “Algunos comentarios a la controvertida *querella inofficiosi testamenti*”, p. 117, en [biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/12.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/12.pdf), consultada el 14 de julio de 2013.

**2. Deber de legítima asistencial a favor de la referida hija, judicialmente incapacitada, a tono con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, de 2006**

Llama la atención la aplicación directa, por vez primera, de la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 y ratificada por Cuba en 2007, en una sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, lo cual *per se*, tiene un mérito incuestionable. Empero, se echa de menos que no se haya aplicado el artículo 12.5 que concretamente se aviene con el tema objeto de este comentario, a cuyo tenor los Estados partes han de garantizar que las personas con discapacidad hereden bienes. ¿Por qué la Convención? La preeminencia como fuente normativa de los tratados internacionales ratificados por Cuba frente al Código Civil es innegable según el dictado literal del artículo 20 del propio Código. Como apunta con gran acierto PÉREZ SILVEIRA, quien ha estudiado con más detenimiento el mencionado precepto legal “siendo consecuente con el carácter suprallegal del tratado que se advierte del contenido del precepto y ante la posibilidad de la existencia de contradicciones entre ambos regímenes o carencia en el primero, no falta el pronunciamiento de la norma en favor de aquel.

En tal sentido, resulta intrascendente si el tratado constituye una norma anterior o posterior a la interna”.

”En el propio mandato normativo que comentamos, se establece una solución a los supuestos en que se produzca alguna contradicción entre el tratado y la norma interna, disponiendo que, en el caso de que la solución dada por el tratado sea diferente a la prevista en la norma interna, resultará de aplicación la regla que en su caso establezca dicho acuerdo o tratado; por tanto, el tratado se incorpora a la legislación del Estado alcanzando igual valor que la ley e incluso superándola en determinados supuestos”<sup>5</sup>.

Por ello, ante la falta de normas concretas que hagan alusión a la herencia de las personas con discapacidad, resulta de aplicación el mandato que el artículo 12.5 impone a los Estados partes, de procurar desde sus legislaciones internas dispositivos tuitivos de naturaleza sucesoria que protejan a las personas con discapacidad. Tratándose de un caso de preterición de una especialmente protegida, por demás con discapacidad intelectual, es lógico que en la sentencia se invoque la Convención, ratificada por Cuba, y que tiene por cometido la integración sociojurídica y la protección en todos los órdenes de la personas con discapacidad, sin que tal protección suponga una discriminación positiva.

---

<sup>5</sup> PÉREZ SILVEIRA, Maelia Esther, “Comentarios al artículo 20”, en *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I - *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2013, pp. 322-323.

El legislador ordinario desde 1987 prevé la figura de los especialmente protegidos (artículos 492 al 495 del Código Civil) que como ya he apuntado en otras tantas ocasiones, conectan ¡Y de qué manera!, con las personas con discapacidad<sup>6</sup>. En el caso se trata de una mujer con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, respecto de la cual el legislador le ha impuesto al progenitor como testador, el deber de legítima asistencial (*vid.* artículo 492 del Código Civil). Compete al progenitor responsable, al momento de otorgar testamento, tomar las precauciones necesarias para no lesionar el derecho que a la legítima esta tiene. Si el patrimonio hereditario está agotado en las disposiciones de contenido patrimonial exteriorizadas en el testamento, sin que se haya mencionado, o se la haya atribuido bienes algunos con los cuales hacer cargo a la legítima que en Derecho le corresponde, ha de entenderse preterida, con las consecuencias que ello provoca, entre otras la nulidad de la institución de heredero, según lo preceptuado en el artículo 495.1 del Código Civil, principal efecto preliminar que la situación jurídica de preterición provoca, base o

---

<sup>6</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho de Familia*, No. 49, año XII, 4º trimestre 2010, Madrid, pp. 269-294. Y más recientemente en “En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de ‘heredero’ especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año V, No. 5, junio 2013, Buenos Aires, pp. 137-164.

presupuesto para que se reactiven las acciones tuitivas de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima<sup>7</sup>.

Algo importante que es dable apuntar y a lo cual ya había aludido ALFARO GUILLÉN en su tesis de doctorado es que “La legitimación para el ejercicio de las acciones impugnatorias motiva interesantes análisis, sobre todo en el entorno de una protección legitimaria de asistencia. En el orden de la legitimación activa, la adición del presupuesto de dependencia económica del causante engrosa sus requisitos porque el preterido deberá demostrar, previo a la prueba de su lesión, su especial condición subjetiva, o sea su condición de heredero especialmente protegido. En este sentido, el control del cumplimiento de los presupuestos de la especial protección, será ejercido por el juez, como cuestión preliminar a la estimación de la demanda”<sup>8</sup>. De ahí que, no es de extrañar que en el segundo Considerando de la sentencia, amén de que el recurso sostenido por la especialmente protegida sea declarado SIN LUGAR por cuestiones que después analizaré, la ponente estime su condición de especialmente protegida, lo que supone prueba irrefutable para el proceso que en su día deba establecer a los fines de alcanzar el restablecimiento que la situación de preterición, reconocida en la sentencia de casación, tiene, a

---

<sup>7</sup> Sobre el tema, en el contexto jurídico cubano, *vid., per omnia*, ALFARO GUILLÉN, Yanet “El régimen jurídico de la preterición en Cuba”, *Tesis en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas*, bajo mi dirección, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2012 (inérita) (en biblioteca personal del autor), en concreto, capítulo III.

<sup>8</sup> ALFARO GUILLÉN, Y., “El régimen jurídico...”, *cit.*, p. 85.

saber: el que atañe a la atribución de su legítima, previo ejercicio, con éxito, de la acción de reducción de los legados atribuidos en testamento.

En efecto, en el segundo Considerando de la sentencia el tribunal de casación fija la condición de especialmente protegida de la hija del testador, en razón de cumplimentar los requisitos impuestos por el legislador en el artículo 493.1 del Código Civil, y a su vez la situación jurídica de preterición en la que le somete el otorgamiento del testamento del testador, sin mención, ni atribución patrimonial alguna, ni tampoco demostrado que lo haya hecho por actos *inter vivos*. Cabe apuntar el razonamiento que a modo de *obiter dictum* se hace sobre el momento en que sobreviene la declaración judicial de incapacitación de la discapacitada intelectual, posterior al fallecimiento del testador. Queda claro del razonamiento del tribunal de casación, que ello no trasciende en este caso al propósito de apreciar su condición de legitimaria, primero la declaración judicial de incapacitación no es un presupuesto para adquirir la legítima asistencial, y segundo, al ser una persona con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, dependiente en este orden de su progenitor, y sin condiciones para vincularse al trabajo, la hacen legitimaria, aunque en vida del testador no se hubiere promovido tal declaración judicial de incapacitación. Esta última, en el Derecho cubano, se torna en un presupuesto para la delación y constitución de la tutela, pero no es un requerimiento *sine qua non* para hacerse de la condición de legitimario. Lo que es necesario en materia hereditaria es la prueba de los requisitos exigidos por ley. En

este sentido, el estar declarada judicialmente incapacitada es un argumento más que, unido a otros extremos, pudiera explicar la presencia de la no aptitud para trabajar o de la dependencia económica respecto del causante, pero se puede tener una discapacidad intelectual, de tal naturaleza que justifique estos requisitos, sin necesidad de promover la declaración judicial de incapacitación. A fin de cuentas, el artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad promueve que los Estados partes aseguren *“que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*. Salvaguardias y medidas de apoyo que excluyen figuras tradicionales como la tutela y la curatela pues presupone la existencia de ciertas facultades en el sujeto que les permite ejercitar por sí su capacidad bajo el sostén o apoyo de las personas que al efecto establezcan los tribunales, con una revisión judicial periódica de lo dispuesto por los jueces en su momento y no

con vocación de permanencia, como acontece en el modelo médico hoy impuesto en sede de incapacitación judicial en Cuba.

**3. De la acción de reducción de los legados, cuando todo el patrimonio hereditario se distribuyó en legados, como expediente útil para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la preterida, a la vez que el logro del principio *favor testamenti***

El ordenamiento jurídico cubano al parecer ofrece una fórmula demasiado rígida ante la preterición de un especialmente protegido, y lo digo de esa manera porque explicaré por qué no resulta ser así. Según el tenor literal del artículo 495.1 del Código Civil, de existir especialmente protegidos, se anula la institución de heredero, pero valen los legados que en el testamento se hayan atribuido, en cuanto no excedan de la parte de libre disposición. Es claro que el testador puede disponer libremente de la mitad de todo su patrimonio hereditario, y que la inoficiosidad<sup>9</sup> de esa disposición opera en lo que exceda de la cuota disponible, ascendente al cincuenta por cien de tal patrimonio. *Ergo*, no hay por qué, en acato al principio de conservación del testamento, impugnar la parte de la que el testador tenía plena facultad dispositiva,

---

<sup>9</sup> Término que invoca - según apunta FUENMAYOR CHAPIN -, en materia de donaciones, pero que en este caso cabe extenderlo a los legados, el concepto romano del *officium pietatis*. Vid. FUENMAYOR CHAPIN, Amadeo, "Intangibilidad de la legítima", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo I, fascículo I, enero - marzo MCMXLVIII, p. 49. En Roma, tal término supone un concepto extrajurídico, en buena medida es un concepto filosófico de carácter ético.

en todo caso, cabe, como acción tuitiva de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, a la vez que conforme con el principio del *favor testamenti*, manteniendo incólumes las atribuciones reconducibles a la cuota de libre disposición, ejercitar las acciones que se incluyen dentro de los efectos preliminares de la preterición, entre las cuales cabe citar la de reducción de las liberalidades *mortis causa*<sup>10</sup>. Y en efecto, sobre tal particular versan estas observaciones al fallo. El tribunal de casación ha preferido optar por la acción de reducción de legados, no reconocida expresamente en el Código Civil, pero sí implícitamente en la fórmula del artículo 495.1 cuando el legislador, deja dicho que “*valen los legados (...) en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente*”.

En el caso *in commento*, el testador había atribuido los bienes, de los cuales se tenía noticia constituían el caudal hereditario, en sendos legados, sin que en el testamento hubiera establecido un orden de prelación, conforme con el cual, y en respeto a la voluntad del causante como *lex sucesoria*, serían reducidos los legados, al ser más de uno y además al no instituirse heredero alguno. De modo que, en defecto de

---

<sup>10</sup> Definida con un alcance más general en la doctrina argentina (al incluirse por supuesto también las donaciones) como aquella “que protege la legítima dirigiéndose contra los legados y donaciones del causante que exceden su porción disponible a fin de reducir el exceso hasta dejar integrada la cuota legítima del heredero accionante”. *Vid.* FERRER Francisco A. M., “Comentarios al artículo 3602”, en *Código Civil comentado – Sucesiones*, tomo II, artículos 3539 a 3874, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 165.

atribución a título universal, cabría la reducción de todos los legados y no como equívocamente dirigió la pretensión la parte actora, que no ejercitó esta acción, y sí la de nulidad de uno de los legados, aquel por el que se atribuía la vivienda al legatario, teniendo en cuenta la significación jurídica y social de la vivienda en Cuba y su ineludible utilidad para la promovente del proceso, a saber: una mujer declarada judicialmente incapacitada en razón de su discapacidad intelectual, que le lleva al reconocimiento en el orden sucesorio de la condición de legitimaria asistencial. Es lógico que se declare SIN LUGAR la pretensión porque no le es dable a la preterida, de ser repartida toda la “herencia” en legados, según el supuesto reconocido en el artículo 499 del Código Civil, escoger el legado que quiere anular, dejando subsistente el otro de los legados, a menos que el testador así lo haya dispuesto. En situaciones de preterición, quien resulta lesionada no puede escoger a su antojo la acción que ha de restablecer la situación quebrantada. Tratándose de atribuciones varias de legados, corresponde el ejercicio de la acción de reducción de los legados, previa declaración de la inoficiosidad de éstos, al menos en lo que se exceden de la parte de libre disposición, pero han de ser demandados todos los legatarios (de modo que se impone un litisconsorcio pasivo necesario), de quienes se interesará sean reducidas sus respectivas atribuciones a título de legado, de modo proporcional al valor de cada legado, para que, de tener éxito en la pretensión formulada en la demanda, sean condenados

a la entrega de la parte en que se ha excedido el testador, al irrespetar la legítima.

Según ha reiterado en la doctrina española VALLET DE GOYTISOLO, con apoyatura en O' CALLAGHAN, la acción de inoficiosidad, que es catalogada como acción *declarativa*, “exige una *cognitio* previa, en la que se ventilen los problemas de computación y valoración, precisos para poder declarar la inoficiosidad y en consecuencia la supresión o reducción de legado; por lo cual, la acción corresponde a la especie de acción de condena, pues tiene como meta la devolución de la cosa legada o al menos de su valor, en cuanto resulte inoficioso el legado. La declaración es de la ineficacia, en cuanto sean inoficiosos, de los legados que por esa razón, pese a su inicial validez, serán invalidados o reducidos”<sup>11</sup>, el propio autor se pronuncia – indica

---

<sup>11</sup> O' CALLAGHAN, *cit. pos* VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “Los complementos de la legítima”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVI, fascículo I, enero-marzo, Madrid, MCMLXXXIII, p. 107.

Por su parte en la doctrina argentina Francisco A. M. FERRER, al comentar el artículo 3602 del Código Civil de su país, que la regula, la cataloga como una acción de naturaleza resolutoria (lo cual no riñe con ser una acción dirigida a declarar la ineficacia). En tal sentido la califica como una acción personal, a cuyo tenor el legatario ha de devolver el legado, ya adquirido. Y en caso de haberlo enajenado, tiene el legitimario a su favor la acción reipersecutoria, prevista en el artículo 3955 del propio Código Civil. Se trata en fin, a su juicio, y con apoyo en un sector de la doctrina de su país, de una acción personal con efectos reipersecutorios. *Vid.* FERRER, F. A. M., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 166. Y precisamente sobre la posibilidad de suprimir los efectos reipersecutorios que la acción de reducción, en materia de donaciones comporta, como también respecto de los legados inoficiosos, un sector de la doctrina científica argentina se ha pronunciado en relación con el proyecto legislativo que propicia su supresión. Sobre el tema y los argumentos en contra del citado proyecto, *vid.* FERRER, Francisco y Roberto Miguel NATALE, “La proyectada reforma sobre la acción de reducción” y AMARANTE, Antonio Armando, “Valoración

VALLET-, de que “... procesalmente se trata de una acción personal, en cuanto se dirige contra el legatario o, en su caso, contra el tercer poseedor, que están legitimados pasivamente en cuanto se hallan obligados a la prestación de restituir lo que por inoficioso sea suprimido o reducido”<sup>12</sup>. De ahí el acierto del tribunal de casación en el segundo Considerando *in fine*, de que “*la acción debe estar encaminada a impugnar ambos por igual, en la medida que sea suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde*”. La acción de reducción de legados tiene un indubitado arraigo doctrinario y no se trata de una improvisación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Su cometido es declarar la ineficacia del legado en lo que se excede de la parte de libre disposición, no la nulidad de este. En dicho exceso, el legado es inoponible frente al legitimario preterido, no le afecta, y por el contrario, este último puede exigir su reducción a la cuota de libre disponibilidad. De ser varios los legados atribuidos, la reducción compete a todos en proporción a su valor. Apunta VALLET que “La reducción ha de efectuarse en proporción al valor total de cada legado, puesto que la herencia no se halla dividida en compartimentos estancos ni en cuotas incommixtibles”<sup>13</sup>. Se trata – como comenta el maestro –,

---

sobre el Proyecto Legislativo que propicia la supresión del efecto reipersecutorio en la acción de reducción”, ambos en *Revista de Derecho de familia y de las personas*, año 2, No. 8, septiembre de 2010, pp. 177-183 y 184-185, respectivamente.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 105.

de una reducción a prorrata<sup>14</sup>. Y a eso se refiere la sentencia de casación cuando da la solución a la preterida para que ejercite la acción correspondiente, ante quién y cómo proceda, único modo por el cual podrá completar la cuota vacía que el testador no supo, como debía, colmar en su testamento o por otros actos *inter vivos*.

En la propia doctrina patria se ha dicho, siguiendo a FERNÁNDEZ MARTELL, que el éxito en el ejercicio de la acción de reducción de los legados “por el legitimario no engrosa el caudal relicto, pues el resultado de la minoración va a parar directamente en manos de quien ejerció la acción de reducción y sólo deberá practicarse y obtenerse teniendo en cuenta el importe del perjuicio que sufre el accionista legitimario”<sup>15</sup>. La reducción ha de entenderse no en un sentido físico del bien atribuido, sino de su valor, motivo por el cual cabe la posibilidad de transacción, a cuyo tenor el legitimario acepte del legatario la compensación de su cuota en dinero<sup>16</sup>. Esto por una parte

---

<sup>14</sup> *Ibidem*. Nos explica de una manera tan gráfica el maestro peruano LOHMANN LUCA DE TENA, que tal expresión “significa dos sencillas operaciones de cálculo (a) primero debe cuantificarse cuánto es lo que debe integrarse a la legítima; (b) luego, bajo la premisa que, salvo disposición del testador, todos los legatarios deben contribuir al reintegro, se fijan los valores de los respectivos legados dentro de la masa total de legados y cada uno de los legatarios debe aportar al monto total por reintegrar una cuantía equivalente al valor de sus legados dentro de la masa de legados”. *Vid.* LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Derecho de Sucesiones*, tomo II – Segunda parte, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial, Lima, 1998, p. 264,

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel, “La reducción de liberalidades inoficiosas: medio garante de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en Cuba. A propósito de los veinticinco años del Código Civil”, (inédito).

<sup>16</sup> *Apud* LOHMANN LUCA DE TENA, G., *Derecho de...*, *cit.*, II – Segunda parte, p. 264.

favorece al legatario – me refiero a que la reducción supone la entrega de dinero-, pero pudiera en las condiciones actuales resultar perjudicial al legitimario asistencial, pues los valores en que se avalúan los bienes oficialmente no se corresponden por el momento con el que circulan en el tráfico jurídico, a saber: el valor de mercado (no tasado oficialmente). Así, la legitimaria preterida, solo podría reclamar el valor en lo que exceda de cada uno de los legados atribuidos, pero si se atiende al valor oficial, su cuota legitimaria no será jamás satisfecha, pues operará en su contra un verdadero desequilibrio patrimonial, de difícil solución mientras circulen en el país dos monedas (el CUP y el CUC), con un valor de cambio realmente significativo.

Si uno de los legados atribuidos es una vivienda, cuando tenga éxito en la acción de reducción, el legatario quedaría con la vivienda, y con la obligación de pagar la parte en la que se excede (a prorrata con el

---

La posición de la doctrina argentina parece dividida, así al menos nos indica FERRER, quien abraza esta solución. De todos modos el propio autor admite la posibilidad de detener el ejercicio de la acción “pagando al legitimario en dinero el valor del exceso de la porción disponible (...) con lo cual se asegura la estabilidad de los negocios y de las posteriores transmisiones”. *Vid.* FERRER, F. A. M., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 173.

Posición disímil se adopta en el caso de enajenaciones realizadas por el legatario, a quienes los herederos le hicieron entrega del legado. En tal supuesto, la enajenación será válida. Al seguir el dictado del artículo 3955 del Código Civil argentino, se circunscribe la eficacia reivindicatoria de la acción a los inmuebles comprendidos en una donación. Por lo tanto - según sostiene el autor -, quedan excluidos de los bienes legados, precepto que debe ser interpretado restrictivamente. De este modo, concluye en que “El legitimario sólo tendrá derecho a obtener del legatario la restitución del valor del bien en la medida del exceso de la porción disponible” (FERRER, F. A. M., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 174).

otro legatario), pero al final tendría derecho a recibir cierta cantidad de dinero en CUP que nunca compensaría el valor que los bienes tienen en CUC (téngase en cuenta que la vivienda se tasa por el Estado en CUP). La propia vivienda podría ser vendida después por el legatario beneficiado en CUC, con un perjuicio económico muy significativo en detrimento de la legitimaria asistencial, cuya preterición a fin de cuentas, le afectó ¡Y de qué manera!, pues con el éxito en la acción de reducción, al menos hoy día, nunca se lograría el equilibrio patrimonial al que con su ejercicio se aspira.

En tal sentido cabría ensayar si resulta más plausible, atribuirle una naturaleza rescisoria, con lo que esta causal de ineficacia supone, o sea, la entrega, en caso de rescisión parcial, de aquello en lo que se excedió el testador, pero *in natura*, conforme con lo regulado en el artículo 79 del Código Civil, lo que equivaldría a permitir la constitución de cotitularidades sobre los bienes dispuestos a título de legado, entre cada uno de los legatarios, los cuales se rescinden parcialmente, y la legitimaria titular de la acción de reducción, al tener éxito en su ejercicio. Recuérdese que si bien el legislador del Código Civil no regula expresamente la reducción de los legados, sí que lo hace en materia de donaciones, en esta ocasión bajo las riendas de la acción rescisoria (*vid.* artículo 378 del Código Civil), aplicable por *analogía legis* al supuesto de legados inoficiosos.



*JORNADAS Y CONGRESOS*





## **“TALLER SOBRE ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN Y OTRAS HERRAMIENTAS JURÍDICAS RELACIONADAS”<sup>1</sup>**

En el escenario jurídico de las últimas décadas se han gestado nuevos modelos y nuevas herramientas que permiten un mejor acercamiento a las necesidades de las personas, al otorgársele mayor relevancia al respeto a su libertad, dignidad y autonomía. Además, este nuevo enfoque hace centro en las problemáticas jurídicas particulares de aquellas personas anteriormente ignorados por el derecho como los enfermos, las personas con discapacidad, las personas de edad avanzada, los menores de edad.

Teniendo presente los retos para el trabajo profesional que desencadena este nuevo modelo jurídico, venimos trabajando desde el IDEI y como una actividad pertinente para profundizar las problemáticas que impone la nueva perspectiva, propusimos a los escribanos de nuestra ciudad el Taller sobre ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN Y OTRAS HERRAMIENTAS JURÍDICAS RELACIONADAS.

---

<sup>1</sup>Taller llevado a cabo en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, el 27 de junio de 2013.

Los escribanos de la ciudad respondieron entusiastamente, habiendo sobrepasado con creces el límite de 30 participantes propuesto.

El desayuno de trabajo comenzó con unas palabras de bienvenida a los asistentes de nuestra Directora, la Escribana Alicia Rajmil, continuando con la proyección de un Power Point elaborado por un miembro novel de nuestro equipo: Mercedes Piñeiro, cerrando esta introducción, la presentación de la temática del taller realizada por el Escribano Luis Llorens, quien se trasladó desde su ciudad de Morón para acompañarnos.

Nos organizamos en tres grandes mesas y debatimos sobre los casos elaborados a tal fin, arribando a las conclusiones que se acompañan.

### **CASO 1: DISCAPACIDAD**

**Comparece a su Escribanía una Persona mayor de edad que padece Encefalomalasia Glótica Derecha, conforme Certificado Médico Oficial del Ministerio de Desarrollo Social de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales de la República Argentina, del cual surge discapacidad Total y Permanente con un Porcentaje Estimado del 80%, habiéndose considerado necesario gestionar curatela y es su voluntad otorgar un acto mediante el cual designe a una persona determinada como**

**administradora de sus bienes y el cuidado de su persona, ante una eventual pérdida del discernimiento total o parcial que le impida tomar estas decisiones en un momento determinado.**

Partimos de la base que Ud. Conoce al requirente y que si bien sus dificultades para trasladarse y comunicarse son manifiestas, en sus entrevistas percibe que comprende el alcance del acto que pretende otorgar.

**1. ¿Considera Ud. Posible el otorgamiento de este acto? Fundamentos.**

Sí. Queda a consideración del Escribano si el otorgante goza del discernimiento suficiente como para entender el acto que desea otorgar, **salvo los que limite la sentencia de inhabilitación o incapacidad teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Fundamentos:** Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por nuestro país por ley 26.378 (2008) y en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

**2. ¿Considera el porcentaje de discapacidad establecido en el Certificado como factor determinante para la viabilidad del**

### **otorgamiento del acto? ¿Cómo influiría una eventual sentencia de Insania?**

Este punto fue el que más debate generó entre los presentes. Se llegó a la conclusión que el notario debe considerar el discernimiento del otorgante al momento del otorgamiento del acto. La seguridad de contar con el discernimiento suficiente para el otorgamiento del acto puede ser fundado con un perito médico que así lo acredite.

#### **3. ¿Debería tomar algún recaudo?**

No necesariamente. Solo la seguridad del notario que el otorgante tiene discernimiento para el acto, para ello es necesario reiteradas entrevistas previas con el requirente. Como recaudo se reitera la posibilidad de un perito médico.

#### **4. ¿Considera necesaria la presencia de otras personas al acto?**

La ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, exige en su artículo 11 la presencia de dos testigos. Salvo este supuesto no es necesaria la presencia de otras personas al acto, salvo que el notario lo considere pertinente. Se llegó a la conclusión que sería positivo la comparecencia de las personas designadas para cumplir la voluntad del otorgante a los efectos de aceptar el encargo.

**5. ¿Sobre que temas le podría recomendar a su requirente se exprese en el acto?**

El acto de autoprotección puede versar sobre los temas más diversos inherentes a la vida, la salud y la administración del patrimonio del otorgante. El acto de autoprotección es además una herramienta jurídica válida para la designación del propio curador. Incluso se concluyó que el acto de autoprotección es el acto jurídico idóneo para efectuar disposiciones sobre el cadáver y/o disposiciones para ser ejecutadas inmediatamente de acaecido el fallecimiento por la demora que implica la apertura de una disposición testamentaria.

**6. ¿El presente acto podría ser complementado con un Poder?**

Sin lugar a dudas el Poder complementaría el acto de autoprotección y se concluyó que es conveniente mencionar en el acto de autoprotección que éste se complementa con el otorgamiento del poder.

**7. ¿Si el compareciente fuese menor de edad lo otorgaría igual?**

Si. Basados en lo dispuesto en la Convención Internacional de los derechos del Niño, que lo define como persona a partir de sus derechos y no de sus carencias.

La ley 26601/2005 de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes profundiza en el principio de interés superior del niño (art. 3) y en cuanto al derecho a expresar su opinión, a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, a participar de los asuntos que le incumban, teniendo en cuenta su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. Además se relacionó con la ley 26529 sobre derechos del paciente... y en su art. 2º inc. e) reconoce el derecho personalísimo de las niñas, niños y adolescentes a participar en las decisiones que deban tomarse sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

## **CASO 2: CONCUBINOS**

Comparece a su escribanía una pareja en busca de asesoramiento. Manifiestan convivir desde hace muchos años. Juan es viudo, jubilado y tiene 80 años. Elsa es soltera, tiene 50 años, no trabaja ni cuenta con beneficio previsional alguno. Han tramitado un certificado de concubinato que exhiben, gracias al cual a Elsa le corresponde la obra social de Juan y si lo sobrevive accederá a su pensión.

Ambos plantean sus preocupaciones sobre su futuro. En primer lugar aclaran que Juan tiene dos hijos que viven en esta ciudad, pero mantienen con su padre un trato distante. Más allá de visitarlo sólo dos o

tres veces al año, no se comunican ni se preocupan por sus necesidades o problemas. Que hace dos meses estuvo internado, los hijos no se presentaron, y quien siempre lo acompañó fue Elsa. A pesar de ello, le resultó difícil recibir toda la información que requería a los médicos y al sanatorio, aún presentando el certificado de concubinato. Que esta situación los ha hecho meditar sobre su futuro y diferentes situaciones que puedan presentarse. Que Juan confía plenamente en Elsa y desea que sea ella la encargada de velar por su bienestar y su salud, así como de administrar sus bienes, si en algún momento, por enfermedad o simplemente vejez, pierde su aptitud para hacerlo por sí mismo como hasta el presente. Que no quisieran que en tales circunstancias intervengan sus hijos, quienes no le profesan cariño alguno y desconocen sus sentimientos y sus deseos. Agrega Juan que no es su voluntad privar a sus hijos de la herencia de sus bienes, al producirse su fallecimiento, pero hasta entonces quiere que Elsa cuente con el respaldo necesario para poder acompañarlo y asistirlo sin obstáculos.

Ud. Notario conoce a los requirentes.

**1. ¿Considera Ud. que ésta persona podría otorgar un acto de Autoprotección?**

Si, lo puede otorgar porque se adecua a lo reglado por la Constitución Nacional, los tratados Internacionales, y las Convenciones que Argentina ratificó por el Art. 75 inc 22 de la CN y actualmente

contamos además con la ley nro. 26.529/2009 y la reforma a la misma ley 26.742/2012

**2. ¿Considera necesario tener entrevistas personales con el requirente en forma privada o haría participar a la concubina?**

Consideramos necesario tener entrevistas personales con el requirente para escucharlo y asesorarlo sobre el alcance del acto de autoprotección y otras herramientas jurídicas con las que también puede contar. Además necesitaría entrevistas de ambos (juntos) para que conozcan el compromiso y responsabilidad que éste acto acarrea, tanto a quien lo otorga como a quien acepta el cargo.

**3. ¿Sobre qué temas le podría recomendar a su requirente se exprese en el Acto?**

Sobre cuestiones relacionadas con la vida cotidiana, a la salud, y a una eventual curatela, administración de bienes y recursos con que solventará esto (jubilación, pensión, rentas, dinero ahorrado), designación del lugar donde se desarrollará su vida cuando no pueda autogobernarse (su casa, un geriátrico determinado, aclarando cual es el de su preferencia y cual no).

**4. ¿Qué recaudos debería tomar?**

Los recaudos que se deberían tomar son que la persona tenga en claro cual es su decisión al respecto, y la persona que va a aceptar el acto conozca la responsabilidad que el mismo acarrea.

**5. ¿A quiénes haría comparecer en el acto? Y ¿en qué calidad?**

Haríamos comparecer al requirente, al aceptante, y en el caso de directivas de salud a dos testigos, conforme lo establece la Ley 26.742/2012.

**6. ¿Cómo sería su asesoramiento si Juan le plantea que no desea que sus hijos hereden sus bienes?**

Lo asesoraríamos respecto a que sus hijos tienen la legítima como herederos forzosos; pero si los hijos aceptaran, se podría otorgar a los mismos la donación constituyendo usufructo a favor de Juan y de Elsa (su concubina con derecho de acrecer).

**7. ¿Cambiaría su asesoramiento si los requirentes fueran concubinos del mismo sexo?**

No, el asesoramiento es exactamente igual.

**CASO 3:**

Concorre a la escribanía una señora de 84 años, jubilada, y en trámite de obtener los beneficios de una pensión ya que su marido

falleció recientemente. Ella manifiesta que no tiene herederos forzosos y que el único bien que posee es la casa que habita. Sus ingresos son insuficientes para su propia manutención y le resulta imposible afrontar los gastos de la sucesión de su marido. La señora dice que le sugirieron que venda la casa pero no quiere porque desea seguir viviendo allí. Le pide a Ud. consejo sobre cómo podría proceder en su situación. Asimismo expresa su preocupación ante la eventual pérdida de su discernimiento.

**1) ¿Qué alternativas le sugeriría? ¿De qué herramientas jurídicas disponemos?**

El análisis del caso se orientó a buscar herramientas jurídicas válidas para solucionar el aspecto económico, dejando establecido que para los aspectos personales y extrapatrimoniales debemos otorgar un acto de autoprotección.

Sin estar hecha la sucesión, las herramientas jurídicas analizadas fueron.

**a) Contrato oneroso de renta vitalicia**

Se leyó una escritura de contrato oneroso de renta vitalicia donde la titular de derechos y acciones hereditarias cedía los mismos con reserva de usufructo y recibía una renta mensual en dólares, asegurando el cumplimiento del pago de la renta con una fianza.

La celebración de este contrato asegura a la persona ,cabeza de renta, un ingreso mensual que refuerza los que tiene y le permite continuar viviendo en su casa y para el deudor llegar a ser , algún día, propietario de un inmueble , o sea que las prestaciones para ambas parte pueden llegar a ser muy beneficiosas. Como toda herramienta jurídica necesita un estudio del caso concreto , como solemos decir son “trajes a medida” que ameritan un análisis de las particularidades del caso. A pesar de lo expresado es una herramienta poco usada , la inestabilidad de nuestro signo monetario se argumentó como motivo del no uso de la misma, en el caso leído se lo pactó en moneda extranjera como también podría establecerse otro patrón de ajuste como sería otra jubilación o pensión como la que percibe. Recomendamos leer sobre este tema el libro “Derecho de Autoprotección” Luis Rogelio Llorens y Alicia Beatriz Rajmil, Pag 118.Editorial Astrea, Buenos Aires. Año 2010.

Se transcriben a continuación algunas de las cláusulas dispositivas de la escritura de contrato oneroso de renta vitalicia leído.

#### **CLAUSULAS DISPOSITIVAS:**

**PRIMERA:** Definiciones: Constituyente de la renta:.....; Deudores de la renta:.....; Cabeza de renta y Beneficiaria de la renta:.... Fiadores .....

**SEGUNDA:** La señora **CEDE** a los cónyuges .....y....., la **HERENCIA Y LOS GANANCIALES.....**

**TERCERO:** La presente cesión es total .....

**CUARTA:** La presente cesión es conmutativa.....

**QUINTA:** La cedente responderá por la evicción que excluya su calidad de heredera. Los gastos y honorarios que demande el trámite sucesorio del señor.... serán pagados por los cesionarios cónyuges .....

**SEXTA:** Como contraprestación, ..... y ..... se obligan a abonar en forma conjunta y solidaria a la señora, durante todo el término de su vida la suma de u\$s..... mensuales.---

**DUODECIMA:** los cónyuges ..... y ....., padres de ....., tal como antes se ha determinado, se constituyen en fiadores solidarios, lisos, llanos y principales pagadores de las obligaciones que por éste acto contraen los señores ..... y ....., renunciando desde ya a los beneficios de excusión y división de la deuda.-

Estando tramitada la sucesión, las herramientas analizadas, además del contrato de renta vitalicia, fueron:

**a) Venta de nuda propiedad**

Por ser una herramienta jurídica conocida y que no presenta mayores inconvenientes, se la mencionó como una de las posibles soluciones.

## **b) Donación con cargo**

En la donación con cargo se planteó el problema de cómo justificar el cumplimiento del mismo, para luego extinguirlo , una posibilidad por escritura pública con testigos, y otra judicialmente ,esta última más compleja.

### **Ejemplo de cómo sería una escritura de EXTINCIÓN DE CARGO POR CUMPLIMIENTO del MISMO.**

.....Y LOS MISMOS CONTINUAN DICIENDO: Que vienen por la presente a declarar extinguido el cargo asumido, expresando bajo juramento que han cumplimentado plenamente la obligación contraída oportunamente de atender las necesidades de la señora....., a quién le han brindado todas las atenciones y cuidados personales, proporcionándole la atención médica correspondiente hasta el día de su fallecimiento, dándole cristiana sepultura.- Se encuentran presentes las señoras.....y ....., quienes visitaban asiduamente a la señora..... y como testigos confirman la buena atención que se le daba a la misma, ratificando totalmente lo expresado por los cónyuges....., firmando en prueba de ello.

## **c) Donaciones remuneratorias**

En las donaciones remuneratorias hay que tener en cuenta que se reputan onerosa en la medida que importa una remuneración equitativa de los servicios prestados, debe haber una equivalencia entre los servicios y el valor del inmueble, además que la aceptación de la donación remuneratoria equivale a la aceptación del pago de los servicios prestados que dan lugar a acción judicial . Ejemplo...

**d) Fideicomiso de administración:** se trató y descartó la posibilidad de otorgar un contrato de fideicomiso de administración en virtud de que la persona desea seguir viviendo en la casa y no transmite el usufructo.

**De lege ferenda: crédito vitalicio con garantía hipotecaria (conocido como hipoteca inversa).** Esta modalidad hipotecaria garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago único o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en el que, a diferencia de los créditos tradicionales con garantía hipotecaria el plazo de reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido ya que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor sino por sus herederos al fallecimiento de aquél o del último beneficiario, conforme se haya pactado. Consideramos al crédito vitalicio como una herramienta jurídica eficaz que ayuda a mejorar la calidad de vida a aquellas personas que se encuentren frente a situaciones de vulnerabilidad. Recomendamos leer Revista del IDEI nro 2 pag 17 Esc Roberto Augusto Lucero Eseverri.

## 2) ¿Qué nos brinda el ordenamiento jurídico para protegerla ante una eventual pérdida de discernimiento?

Este tema no se desarrolló como el primero, si se hizo hincapié en que todos los **actos que otorgue la persona en situación de vulnerabilidad, deben estar relacionados entre si para dejar protegidos los diferentes aspectos de la persona , económico, familiares ,de salud** . La escritura pública es el instrumento idóneo para otorgar un acto de autoprotección.

**Acto de autoprotección:** Es aquel en el cuál una persona expresa su voluntad anticipadamente en previsión de la pérdida de su discernimiento o de una disminución o alteración de sus aptitudes psicofísicas permanente o transitoria, que le impida expresarse por si misma. Puede contener disposiciones o estipulaciones referidas a su vida, al cuidado de su persona y de sus bienes, a la atención de su salud.

## 3) ¿Cambiaría si hubiera herederos forzosos?

La mayoría contestó que cambiaría el asesoramiento teniendo en cuenta lo siguiente:

- Los descendientes deben alimentos a los ascendientes. (art. 367 Cod. Civil)
- El cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita si hay un solo inmueble

habitable como integrante del haber hereditario y hubiera constituido el hogar conyugal. ( art. 3573 bis Cod. Civil )

- Si los herederos forzosos de la señora son también de su cónyuge deberán intervenir en los actos que la misma otorgue relacionados con el inmueble referido en el caso: verbigracia venta de nuda propiedad, donación con cargo, contrato oneroso de renta vitalicia.

# *PRÁCTICA NOTARIAL*



**ACTO DE AUTOPROTECCIÓN. DIRECTIVA  
ANTICIPADA DE SALUD CORRESPONDIENTE  
A PRACTICANTES DEL CULTO DE TESTIGOS DE  
JEHOVA. PROYECTO DE ESCRITURA.**

Marcela Viviana SPINA.<sup>1</sup>

Por tratarse de una materia en cambio constante, a propósito de los recientes sucesos de público y notorio conocimiento a raíz del caso del joven testigo de Jehová Pablo Albarricini Nieves, que conmocionó y dividió a la opinión pública. Dicho caso obtuvo un fallo de Cámara Civil<sup>2</sup> y posterior fallo de la Corte Suprema de Justicia de la

---

<sup>1</sup> Notaria titular de registro de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>2</sup> El fallo de la Sala A de la CNCiv. está publicado en La Ley del 23 de mayo de 2012 con nota de Rajmil – Llorens.

Nación<sup>3</sup>, que ratifica en un todo la doctrina que había expresado la Corte Suprema en el Caso Bahamondez, Marcelo<sup>4</sup>, en apoyo a las negativas de tratamiento médico y de las directivas anticipadas de salud. Sumado a la reciente sanción de la ley 26.742, conocida en los medios como ley de muerte digna, a través de la modificación de la Ley 26.529 de Derechos de los pacientes. Y el decreto reglamentario de la misma.

Ratificamos una vez más la conveniencia de la **ESCRITURA PUBLICA** para este tipo de directivas, tratando de acercar a nuestros colegas un proyecto más que nada didáctico, que sirva como ejemplo para redactar una escritura única e irrepetible (para esta persona y en estas circunstancias) y que contengan las formas exigidas por las nuevas disposiciones.

Un acto de autoprotección a través de una escritura pública puede contener un amplísimo repertorio de directivas anticipadas para el momento en que no se pueda expresar su voluntad, desde pautas simples para la vida cotidiana, nombramiento de curador o persona que resulte de su confianza para cuidado de sus personas y sus bienes, administración de los bienes y aspectos relacionados con la voluntad de

---

<sup>3</sup> “*Caso Albarracini*” (Testigo de Jehová). Fallo de CSJN. A. 523. XLVIII – “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias” – CSJN – 01/06/2012.

<sup>4</sup> (Fallos 316:479 “Bahamondez” [Fallo en extenso: elDial.com - AAD42], voto de los Dres. Fayt y Barra)

destino de su cadáver, y también directivas anticipadas de salud, relacionadas o no a la muerte digna, todas las que interesen al otorgante. Un acto de autoprotección puede contener todas ellas o solo alguna como por ejemplo, las directivas que solicitan los practicantes del culto de Testigos de Jehová.

Estos actos nos permiten establecer directivas anticipadas sobre nuestra salud, designar un curador, manifestar nuestra voluntad sobre la administración y disposición de nuestros bienes, determinar disposiciones para nuestro cuidado personal ante una eventual incapacidad, otorgar poderes generales o específicos subsistentes y fijar los derechos personalísimos para el momento en que nuestra voz no pueda ser expresada. En otras palabras, se trata del derecho que tiene cada uno a disponer cómo vivir su propia vida. Todas aquellas materias autorreferentes relacionadas con los derechos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana.

En el Código Civil argentino rige la libertad de formas para expresar la voluntad, pero a su vez exige ciertas solemnidades para determinados casos. Si bien para los actos de autoprotección no se exige formalidad legal alguna, cuando la emisión de voluntad se refiere a cuestiones de tanta trascendencia y destinadas a personas, lugar y tiempo que pueden ser indeterminados, el instrumento más adecuado es el notarial.

El presente trabajo tiene por objeto abocarse al continente de las mismas: **LA ESCRITURA PUBLICA**, forma privilegiada en nuestro sistema jurídico, que proporciona las siguientes ventajas: La escritura pública es el medio idóneo para receptar tales actos pues supone además de la fe pública, un asesoramiento integral. También confiere fecha cierta, que permite juzgar sobre la aptitud suficiente del otorgante y presupone un juicio de capacidad por parte del notario, asegurando que el acto se realiza con intención, libertad y discernimiento. Otra de las ventajas de la escritura pública es su matricidad que supera la contingencia de la pérdida, deterioro o destrucción del instrumento.

Sólo la escritura pública cumple con lo establecido por la ley 26.742 que expresa “ante escribano público” porque la actuación notarial, que se cumple en una certificación de firma, se limita a aseverar que la firma fue puesta en presencia del notario, por una persona que fue individualizada con su documento nacional de identidad o alguna de las otras formas establecidas por el actual artículo 1.002 del Código Civil, con dicha actuación el notario no se involucra ni participa del contenido de la directiva más que a través de un somero control de legalidad, y tampoco cumplirían la función pretendida por la ley con la presencia de dos testigos.

Cada caso y sus diferentes circunstancias deberán ser analizados conjuntamente con el profesional actuante para que la voluntad de la

persona sobre su real dimensión y pueda ser respetada oportunamente, tal como ésta lo desea. Asimismo según el caso, la participación y el asesoramiento de profesionales de otras disciplinas puede resultar fundamental.

¿Presenta la misma seguridad una escritura pública otorgada para este caso especial y concreto, que un acto otorgado a través de un formulario predispuesto aunque cuente con firmas certificadas?

No tenemos dudas que la ESCRITURA PUBLICA se impone.

La presencia de testigos, ya no es necesaria en las escrituras públicas, pero dados los requisitos establecidos por la reciente reforma para las directivas de salud, es una exigencia de la ley 26.742 y por tanto obligatorios cuando se trata de directivas anticipadas de salud (como en el modelo) y que es “oportuno”, incluirlos para los otros actos de autoprotección (los que no contienen directivas de salud) para evitar interpretaciones arrevesadas con las que se pretenda impugnar el acto. Los testigos deben reunir los requisitos del artículo 990 del Código Civil.

Las escrituras así otorgadas, para su publicidad y eventual oposición a la sociedad en su conjunto, cuentan con una ventaja más, su inscripción en los Registros de Actos de Autoprotección. Deberán inscribirse en los Registros de Actos de Autoprotección dependiente de los Colegios de Escribanos (ya cuentan con ellos 19 provincias de

nuestro país) y coordinados por el Registro Nacional de Actos de Autoprotección, a cargo del Consejo Federal del Notariado Argentino. Del mismo modo que se inscriben los testamentos en nuestro país, podrá conocerse si existe un acto de autoprotección otorgado en cualquier jurisdicción.

Nuestro Colegio ha sido pionero en la Registración de los actos de autoprotección, a través de la entrada en vigencia del Primer Registro de Actos de Autoprotección del país partir del 1 de marzo de 2.005. Desde allí, se ha recorrido un largo camino, su reconocimiento legislativo por ley 14.154, a través de su inclusión del art. 184 bis a la ley 9.020 y la modificación del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires que obliga a su consulta a través Ley 14.334 publicada el 16 de Enero de 2.012.

Además a partir de la reciente reforma de su reglamento..., resulta un registro informatizado donde pueden transcribirse las directivas anticipadas de salud, que podrán consultar los centros de salud. Ya que es el único registro creado para este tipo de directivas, recientemente la Justicia solicitó la inscripción de Directivas de salud otorgadas ante un Juzgado de Primera Instancia.<sup>5</sup>

Es fundamental en relación a estas directivas, la AUTORIZACIÓN expresa del otorgante de las directivas de salud para

---

<sup>5</sup> JCrim. y Correc. Nro. 4, Mar del Plata, 5/7/2012. R.R.T. La Ley miércoles 15 de agosto de 2012, p. 9 Hooft, Pedro Federico.

la posibilidad de su transcripción, téngase en cuenta que se trata de datos sensibles protegidos especialmente por la ley 25.326. La transcripción de las mismas es responsabilidad del Notario Autorizante. Otro elemento a tener en cuenta es la inclusión de la escritura que contenga actos de autoprotección de personas habilitadas a solicitar informes a los registros de Actos de autoprotección.

Los registros creados en los Colegios de Escribanos del país, solo inscriben escrituras públicas, con los datos de donde se debe consultar su contenido, no tendría sentido inscribir la existencia de Directivas Anticipadas en instrumentos privados con firmas certificadas pues el objeto del registro es el de brindar los datos para que esas Directivas Anticipadas puedan ser halladas con facilidad y rapidez. ¿En dónde encontraríamos el documento privado con firmas certificadas?

Como no existe otro registro creado y en funcionamiento un Juez<sup>6</sup> ha solicitado la inscripción en nuestro registro de las primeras directivas de salud dictada frente a un Juzgado de Primera Instancia de acuerdo a la ley 26.742. La cual fue inscripta en nuestro registro con un carácter excepcional, al existir una sentencia y su registro judicial existe donde consultar su contenido.

El presente proyecto fue elaborado en base a las directivas anticipadas que utilizan los practicantes del culto de los testigos de

---

<sup>6</sup> J. Crim. y Correc. Nro. 4, Mar del Plata, 5/7/2012. R.R.T. La Ley miércoles 15 de agosto de 2012, p. 9 Hooft, Pedro Federico.

Jehová, y transformado en escritura pública de autoprotección con dicho contenido y con la intención de que nuestros colegas cuenten con un proyecto que de fiel cumplimiento a los requerimientos emanados de las leyes nacionales Ley 26.529 de Derechos del Paciente en relación a los profesionales e instituciones de salud, reformada por la Ley 26.742, conocida como de muerte digna y su decreto reglamentario 1089 promulgado el 5 de Julio de 2012. El mismo fue supervisado y consensuado por todos los miembros de la Comisión de Proyección hacia la comunidad de nuestro Colegio.

**ACTO DE AUTOPROTECCION. DIRECTIVAS  
ANTICIPADAS DE SALUD.<sup>7 8</sup> ESCRITURA ..... OTORGA  
TORRES, MARCELO.-----**

---

<sup>7</sup> Este acto de autoprotección es una directiva anticipada de salud reconocida especialmente por el art. 11 de la Ley 26.529. Nada obsta, a que en la misma escritura o en otra diferente pudiera incluirse otras cláusulas referidas a otros aspectos relacionados con los derechos personalísimos del otorgante.

<sup>8</sup> La ley 26.529 no hacía referencia a la forma que deberán tener las directivas anticipadas de salud. Sin duda la escritura pública, es la forma por excelencia de nuestro sistema jurídico. Presenta las ventajas de ser redactada por un tercero profesional e imparcial, otorga plena fe y fecha cierta al instrumento.

Además de evitar el riesgo de pérdida o destrucción del instrumento. Y en nuestro sistema permite la Inscripción en los registros creados en los Colegios de Escribanos del país.

La presente ha sido elaborada en base a los formularios preimpresos de Directivas anticipadas que con firmas certificadas por escribano público, utilizan los miembros de dicha comunidad religiosa.

De acuerdo a la reforma introducida por la Ley 26.742 las directivas de salud deberán otorgarse ante escribano público o juzgado de primera instancia con competencia y dos testigos.

<sup>9</sup>En José Ingenieros, Partido de Tres de Febrero, Provincia de Buenos Aires, a los veinticinco días del mes de Abril de dos mil doce, ante mí **MARCELA VIVINANA SPINA**, Titular del Registro 23 del Partido de Tres de Febrero, comparecen **MARCELO TORRES..... JORGE PEREZ... , ESTELA RAMIREZ.....**<sup>10</sup> **MARCELA FERNANDEZ .... Y GLADYS TORRES.....** todos con datos personales completos. ... Intervienen por sí y el Señor TORRES **EXPRESA:** I.) Que es de estado civil casado en primeras nupcias con Gabriela Fernández. Que es Testigo de Jehová. Que sus creencias religiosas rigen todos los aspectos de su vida. Que debidamente asesorado sobre las consecuencias y los métodos relacionados con las transfusiones de sangre y de acuerdo a su conciencia educada en el conocimiento de la biblia, lo llevan a asumir la propia carga de su responsabilidad , según Gálatas 6: 4,-II.) Que es su deseo, sintiéndose en aptitud para hacerlo, planificar su vida futura y las alternativas de su tratamiento ante la posibilidad eventual que no poder tomar por sí sus propias decisiones, sea por pérdida temporal o permanente de su discernimiento o por encontrarse en una situación de dependencia que le impida valerse por sí solo, o que esas deficiencias le impidan o dificulten en modo grave dirigir su persona o administrar sus bienes. III) Que luego de un largo

---

<sup>9</sup> En lo posible deberán también estar presentes y suscribir el acto los designados por el otorgante para realizar alguna manda encargada en el acto de autoprotección.

<sup>10</sup> Las personas que actuarán como testigos del acto indispensables de acuerdo a la modificación introducida por la ley 26.742, podrán ser miembros de su comunidad o también personas que no compartan sus creencias religiosas. La reglamentación no impone ningún requisito para ser testigo, solamente la exigencia que los testigos deben declarar que el paciente tiene competencia y discernimiento para este acto.

proceso de elaboración, en ejercicio de su derecho inalienable a la vida, la libertad, la autonomía personal y su derecho a la autodeterminación y sus firmes creencias religiosas, encontrándose en pleno uso y goce de su discernimiento expresa en este acto, las directivas que deben ser respetadas por sus familiares, allegados, profesionales, por todas las personas de su entorno que puedan ser convocadas a tomar decisiones en su nombre, y en su caso por el Juez, como expresión de su voluntad inequívoca, en el supuesto de no poder decidir por sí mismo. VI) Que fundamenta el derecho a otorgar el presente acto, en las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, en lo dispuesto en su artículo 75 incisos 22 y 23, en los Tratados Internacionales, y en especial en lo dispuesto en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley nacional 26.378, que obliga a respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y muy especialmente en la Ley 26.529, 26.742 y 26.657 y la Libertad religiosa. VII) Por lo expuesto, **DISPONE LA SIGUIENTE DIRECTIVA ANTICIPADA DE SALUD Y DESIGNACION DE UN REPRESENTANTE PARA LA ATENCIÓN MÉDICA: PRIMERO:** Que es testigo de Jehová y NO ACEPTA TRANSFUSIONES de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blanco, plaquetas o plasma, bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarle la vida. También se niega a que se extraiga su propia sangre para almacenarla y transfundirla posteriormente. Rechaza todas las fracciones menores de sangre,

excepto albúmina cantidad mínima, eritropoyetina (EPO), inmunoglobulinas y factores de coagulación. Rechaza todo los procedimientos médicos que impliquen el uso de su sangre, salvo las técnicas diagnósticas. Excepto diálisis. Considera que es posible que acepte ciertos procedimientos médicos que impliquen el uso de su sangre, pero debe ser expresamente consultado y en el caso de estar incapacitado su representante que nombra en la presente para conocer los detalles. Desea que se prolongue su vida tanto como sea posible dentro de los límites de las normas médicas generalmente aceptadas, aunque esto signifique que tal vez lo mantengan vivo con la ayuda de máquinas durante años. SEGUNDO: A su vez cree de importancia dar a conocer que sufre de cefalea migrañosa crónica, utilizando en ocasiones, por los fuertes dolores de cabeza el medicamento conocido como MIKESAN. No autoriza a nadie, ni siquiera al representante que nombra en la presente que pase por alto o anule las instrucciones aquí expuestas. Si su familia inmediata o ciertos parientes o amigos discrepan con su postura, solicita no se reste fuerza o solidez a su rechazo de la sangre ni a las demás instrucciones dadas por haberlas otorgado con pleno discernimiento.<sup>11</sup> TERCERO: Que designa como representante<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Cumple también con el decreto reglamentario 1089/2012 de la ley 26.529 reformada por la 26.742.-

<sup>12</sup> La designación de un representante es fundamental en el otorgamiento de directivas anticipadas de salud.

Ante la existencia de uno o más familiares disipa toda duda respecto de quién tomará las decisiones en caso de imposibilidad personal de realizarlo. También es importante, como en el presente la orientación dada al representante para la toma de decisiones.

e interlocutor válido ante el equipo médico, para que tome todas las decisiones que necesiten de su consentimiento a su esposa Marcela Fernández, titular del Documento Nacional de Identidad número 30.545.333, domiciliada en.... Teléfono... y Celular .....- Le otorga poder pleno y autoridad para aceptar o rechazar tratamientos en su nombre incluidas la alimentación e hidratación artificiales, consultar a sus médicos, recibir copia de la historia clínica y emprender acción judicial en especial el amparo que surge del artículo 42 de la Constitución Nacional a fin de que se respeten sus deseos. Si su representante designada no se localiza, no quiere o no puede aceptar su actuación como tal. Designa como representante sustituta con iguales facultades a su hermana Gladys Torres, titular del Documento Nacional de Identidad número....., domicilio...., teléfono....CUARTO: Que excluye de la posibilidad de tomar decisiones relativas a su salud o dar en su nombre el consentimiento informado para tratamiento médico alguno a su madre CLAUDIA CLEMENTINA ROJAS, quién a pesar de ser una madre protectora y cariñosa, no acepta y no comparte su fe religiosa.<sup>13</sup> QUINTO: Que solicita se exonere de toda responsabilidad a los médicos, anesthesiólogos y al hospital y su personal médico de cualquier daño que pudiese ocasionar su rechazo de la sangre, a pesar de su cuidado competente.- SEXTO: Que a efectos de garantizar el

---

<sup>13</sup> Es también de relevancia la exclusión de determinado familiar de la toma de decisiones, para disminuir las posibilidades de conflicto. En caso de conflicto el decreto reglamentario determina que decidirán los comités de bioética teniendo en cuenta siempre la voluntad del paciente, y como último recurso la vía judicial.

conocimiento de la existencia del otorgamiento del presente acto de autoprotección y la eficacia de sus disposiciones, solicita a la notaria autorizante: a) Que se inscriba en el Registro de Actos de Autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, autorizando expresamente se publiciten las disposiciones relacionadas con su salud.<sup>14</sup> b) Que además de la primera copia que le corresponde de la presente escritura, se expidan otras dos primeras copias para ser entregadas a la representante designada Marcela Fernández, y a su sustituta Gladys Torres c) Que autoriza a las personas mencionadas en el punto anterior, al Hospital Italiano o a cualquier otro centro médico que esté en su caso relacionado con la atención de su salud, a requerir informes al Registro de Actos de Autoprotección, y a solicitar la expedición de segundas o ulteriores copias de la presente, cuando lo consideren conveniente.- SEPTIMO: ESTIPULACION: Las señoras Marcela Fernández y Gladys Torres <sup>15</sup> aceptan las mandas encomendadas en la presente.- Todo ello en presencia de los testigos **JORGE PEREZ** y **ESTELA RAMIREZ** quiénes afirman que les consta la plena competencia y discernimiento del otorgante<sup>16</sup> para este

---

<sup>14</sup> La transcripción o no de las directivas de salud en el Registro de nuestro colegio es de decisión del otorgante, pero debe constar en la escritura de otorgamiento la AUTORIZACION EXPRESA para dicha transcripción, así lo exigen las leyes específicas, y nuestro reglamento por tratarse de datos sensibles protegidos especialmente por la ley 25.326.-

<sup>15</sup> La estipulación: Que los convocados al cumplimiento del acto se comprometan a ello no es indispensable. Es conveniente para que tomen conocimiento de su otorgamiento, dicha aceptación es exigida por el Decreto reglamentario 1089/2012 .

<sup>16</sup> En un todo de acuerdo con el decreto reglamentario 1089/2012 de la ley 26529 y 26742.-

acto y del que en la presente se plasma la plena y deliberada voluntad del compareciente.- **LEO**, al compareciente en presencia de los testigos y de las mandatarias, de todo lo que doy fe.

# RENDA VITALICIA<sup>1</sup>

Alicia B. RAJMIL<sup>2</sup>

## **1. Introducción: El problema social:**

Sabemos que en la primera mitad del siglo pasado, alguien de quien podríamos afirmar que fue un visionario, dijo: "Las jubilaciones son la gran estafa del siglo XX". Creemos que el lector ha de coincidir con lo acertado de la apreciación, en líneas generales; especialmente si la afirmación se la circunscribe a la práctica de nuestro país. También

---

<sup>1</sup> Extracto del libro "Derecho de Autoprotección. Autores Luis Rogelio Llorens y Alicia Beatriz Rajmil. Pag. 118. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 2010

<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

coincidirá el lector si afirmamos que en lo que va del siglo XXI la cuestión no ha mejorado.<sup>3</sup>

Sin exagerar, y más allá de ciertos logros, nuestra sociedad está plagada de personas que al pasar a la pasividad han debido reducir su tren de vida y se encuentran en serias dificultades para sobrevivir con un mínimo de dignidad.

Si se presta atención a la situación general de estas personas, se observa que en ocasiones son propietarias de bienes valiosos que sólo les producen gastos y que, además, sus propietarios escasa ayuda reciben de quienes van a heredarlos.

El aspecto más común del problema está dado por la vivienda que habitan: En algunos casos, el nido ha quedado vacío y resulta desproporcionado para las necesidades de personas mayores que, empero, no quieren desprenderse de él por razones afectivas, de comodidad, vecindades, etc. En otros, esa casa "grande" es compartida con parte de los descendientes, generalmente los menos afortunados económicamente, que más que contribuir a su mantenimiento se transforman en una carga para los mayores.

El segundo aspecto del problema está dado por la institución de la legítima. En los países que como el nuestro siguen la inspiración del

---

<sup>3</sup> Todo lo dicho, obviamente, sin desconocer la importancia que revisten los sistemas jubilatorios y la previsión social. Lo que ocurre es que de la teoría a la práctica ha mediado y, lamentablemente sigue mediando, una gran distancia.

código Napoleón, muchos herederos, especialmente los descendientes, se constituyen en legitimarios o forzosos. Son aquellos a los que el causante no puede quitar determinada porción de la herencia salvo supuestos especialísimos<sup>4</sup>, porción que en nuestra legislación es de las más altas (4/5 partes en el caso de los descendientes).

Se trata de una cuestión de política legislativa que nació en su tiempo para evitar que las familias poderosas, para preservar el poder del clan, concentraran los bienes en el hijo mayor y dejaran desamparados a los restantes.

Es sabido que en algunas legislaciones de raigambre anglosajona, la legítima es una institución inexistente, hecho que cada tanto reaviva la discusión en nuestro derecho acerca de la conveniencia o no de mantenerla o sólo de hacerlo en una extensión menor.

Más allá de la valoración que se haga del tema, lo cierto es que en determinados casos esta prohibición de desheredar a los hijos, resulta injusta a los ojos de los progenitores. Sin preguntarnos por las razones se observa que cada vez es más frecuente el distanciamiento entre los progenitores y sus hijos y la desatención o mal trato en los que incurren estos últimos.

---

<sup>4</sup> Art. 3.744 y ss. del Cód. Civil.

## **2. La valoración: Encuentro de una herramienta que puede aportar soluciones justas:**

Sin necesidad de reclamar una modificación o atenuación del instituto de la legítima, en algunos supuestos concretos hemos podido corregir injusticias y llegar a soluciones valiosas mediante el recurso al contrato de renta vitalicia, de vieja prosapia jurídica y hoy tan abandonado.

Concretamente, la propuesta consiste en la enajenación de la nuda propiedad del inmueble en cuestión a favor de quien o quienes están dispuestos a aportar por él una prestación periódica y vitalicia que refuerce los ingresos de las personas mayores. Sabemos, por noticias periodísticas que en Europa existen instituciones financieras que toman a su cargo la prestación de la renta desde la base de prácticas actuariales similares (o mejor dicho, inversas) a las que se utilizan para la contratación de seguros de vida<sup>5</sup>. En nuestra práctica, más modestamente, hemos visto este tipo de contrato celebrado con amigos, vecinos o inquilinos de parte de la vivienda. Se trata, muchas veces, de que estas personas, más allá de las obligaciones que generan la vecindad, la amistad o la locación, son quienes vienen prestando todo tipo de ayuda, tanto material como espiritual, a los propietarios del inmueble.

---

<sup>5</sup> En el seguro de vida se trata de una estadística acerca de la probabilidad de muerte. En la renta vitalicia se trata de la probabilidad de vida.

La celebración de este contrato asegura a quienes prestan la ayuda una contraprestación adecuada y la seguridad de llegar a ser, algún día, los propietarios plenos del inmueble. Y a quienes transmiten la nuda propiedad del inmueble el percibir una renta vitalicia que ha de reforzar los ingresos del grupo familiar.

Antes de introducirnos en el análisis de la legislación, advertimos que no se nos escapa lo que enseña la "Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana" acerca de la renta vitalicia: "... más constituida en contrato, presenta caracteres tan extraños, ya en sus combinaciones, ya en sus efectos, que bien meditado no se puede inclinar el ánimo, ni en su interés, ni en su contra; pues hay contratos en los que se constituye la renta vitalicia que evitan a los contrayentes y a cuantos lo conocen verdadero interés mientras otros contratos en los que tal renta se establecen no pueden menos de dar lugar a la más espontánea y acre indignación entre las personas de sana conciencia ..." <sup>6</sup>

Más allá de los riesgos y peligros que la figura entraña, apostamos a su utilización dada nuestra fe en los valores de las personas debidamente asesoradas por los operadores jurídicos. Y, para el supuesto de que alguien defraudara esta fe, la depositamos en la magistratura que sabrá equilibrar los desarreglos.

### **3. El contrato de renta vitalicia en nuestro código civil:**

---

<sup>6</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana Espasa Calpe S.A: Madrid Barcelona tomo "L" Madrid 1958, pág. 881 citando a Bonel.

No es este el lugar para efectuar un análisis exhaustivo de las implicancias de este contrato y de su legislación<sup>7</sup>. Sólo destacaremos los aspectos más importantes para guiar hacia la comprensión de la solución que proponemos.

Conforme con el art. 2.070 del Cód. Civil Argentino "Habrá contrato oneroso de renta vitalicia, cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos, designados en el contrato".

Para nuestros supuestos de autoprotección, se trataría de la enajenación de la nuda propiedad del inmueble en el que viven los disponentes, a cambio de una renta que determinada persona se obliga a pagarles de manera vitalicia al propietario o al propietario y a su cónyuge.

De la definición transcripta cabe destacar que no hay que confundir al acreedor de la renta con la persona cuya muerte ha de ponerle fin. A esta persona generalmente se hace referencia como

---

<sup>7</sup> Remitimos a la bibliografía general. Empero, mencionamos especialmente: "Esquema del contrato oneroso de renta vitalicia (Su relación con el derecho real de censo o renta)" LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ. En La Ley T. 1987-B, Sec. doctrina. Pág. 1007 y ss. La opinión más actualizada de este autor se puede consultar también en la obra de Alberto G. SPOTA de la cual Luis F. Leiva Fernández es actualizador: "Contratos - Instituciones de Derecho Civil". 2da. Edición Actualizada y Ampliada. Tomo VIII, Parte Especial. Ed. La Ley. Nro. 2.094 y ss. (Pág. 653 y ss.) Ver notas 1.453 y 1.454).

aquella persona "en cabeza" de quien se pone la renta. Puede ser que el cabeza de la renta y el acreedor coincidan o no.

También resulta de dicha norma que se trata de un contrato aleatorio pues la renta ha de ser pagada durante la vida de determinada o determinadas personas. Si bien la muerte de una o varias personas es un plazo, pues el fallecimiento de esas personas sabemos que en algún momento se ha de producir, al tiempo de celebrar el contrato no conocemos cuando acaecerá. De tal manera, se constituye en un plazo incierto. Por tanto, la contraprestación por la transmisión de la nuda propiedad puede ser mayor o menor según sea la fecha del fallecimiento de esas personas.

Este carácter aleatorio del contrato no impide que pueda verse afectado por el vicio de lesión por existir explotación de una parte en perjuicio de la restante cuando más allá del álea propia del contrato exista "notable desproporción de las prestaciones". Esa desproporción surgirá de comparar el monto de la renta vitalicia multiplicado por la expectativa probable de vida con el valor de la nuda propiedad del inmueble dado a cambio.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Conforme LÓPEZ DE ZAVALÍA Fernando J. "Teoría de los Contratos Pte. Gral. Víctor P. De Zavalía. Editor. Buenos Aires. 1975. 38-II-2 y 38-III-1; b; con interesante ejemplo. La cita corresponde a la pág. 400. Ver también: CSJN, julio 14-1983. F., E. c. Suárez, Emilio y otro. En La Ley t. 1983-D, pág. 42, con comentario de Marco Aurelio RISOLÍA: "La presunción legal de lesión subjetiva en un contrato de renta vitalicia". LEIVA FERNÁNDEZ, ob. cit., siguiendo a Puig Brutau (PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de derecho civil", t.II, vol. II. p. 497, Ed. Bosch,

El carácter aleatorio puede verse morigerado con cláusulas que si bien resultan extrañas a la tipicidad del contrato, nada las impide. Así, por ejemplo, se podría consignar que el prestador de la renta debe pagar hasta el fallecimiento de determinadas personas pero nunca más de un número fijo de cuotas. Para algunos autores, esta cláusula ocasionaría que el contrato deje de ser una renta vitalicia<sup>9</sup>

Destacamos también que la obligación de pagar la renta puede serlo en beneficio de quien transmite la propiedad, de quien transmite la propiedad y otras personas o sólo de otras personas.<sup>10</sup> En estos supuestos, ha de tenerse en cuenta que conforme con el art. 2.084 del mismo código civil, "se debe declarar la parte de renta que corresponda a cada uno de los pensionistas, y si el pensionista que sobrevive tiene derecho a acrecer. A falta de declaración se entiende que la renta les corresponde por partes iguales, y que cesa en relación a cada uno de los pensionistas que falleciere."

---

Bacelona, pág. 499) destaca que el instituto del que se trata es el de la "lesión subjetiva-objetiva, de suerte que es necesario además de la desproporción notoria injustificada de las prestaciones, que exista un aprovechamiento del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto contratante", de donde concluye: "De tal suerte, podemos afirmar que si no hay riesgo, o bien hay liberalidad, o bien lesión en los términos del art. 954 de nuestro Cód. Civil" (Pág. 1.009).

<sup>9</sup> SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. III Contratos 2da. edición. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1954, nota 2da. pág. 332, quien cita a MACHADO, t. V. pág. 449). Ello, sin objetar la validez de la cláusula, punto sobre el cual BORDA (Tratado de Derecho Civil Argentino - Contratos Nro. 1959) se expide afirmativamente con toda nitidez.

<sup>10</sup> Arts. 2.070 y 2.072 del Cód. Civil.

Asimismo, conforme con el artículo antes transcrito, la obligación de pagar la renta puede subsistir durante la vida del acreedor, del acreedor y otras personas o sólo de otras personas. Al respecto agrega el art. 2.077 del mismo código que "Una renta vitalicia puede ser constituida en cabeza del que da el precio, o en la de una tercera persona, y aún en cabeza del deudor, o en la de varios otros. Puede ser creada a favor de una sola persona o de muchas, sea conjuntamente o sea sucesivamente"; y conforme con el art. 2.085, "la renta se debe por entero, hasta la muerte de todos aquéllos en cabeza de quienes fue constituida."<sup>11</sup>

De igual manera, cuando el art. 2.070 ya transcrito habla de una renta "anual", nada impide que en el contrato se fijen períodos distintos para el pago, por ejemplo, mensual.

Finalmente, más allá de la remisión que hace el codificador al contrato de donación<sup>12</sup>, anotamos que no es de la esencia del acto de constitución de una renta vitalicia que él sea oneroso, esto es, que exista una contraprestación<sup>13</sup>. Aún más, la constitución gratuita de una renta vitalicia podría verse además modalizada por la constitución de un cargo en favor del propio obligado o en favor de terceras personas.

---

<sup>11</sup> Conforme con el principio general sentado en el art. 535 del mismo código. De todas maneras, surge claro de la redacción que estas normas no son de orden público. Son supletorias y los convenios en contrario son posibles.

<sup>12</sup> "Tratamos en este título sólo del contrato oneroso de renta vitalicia, porque cuando la renta se constituye gratuitamente, es una donación a plazo; y si por testamento, es también un legado a plazo". (Nota al art. 2.070)

<sup>13</sup> Conforme con argumento Art. 1810 inc. 2º del Código Civil.

En este último caso puede llegar a resultar dificultoso diferenciar un contrato oneroso de renta vitalicia de la constitución de una renta vitalicia con cargo. En general podemos decir que la diferencia ha de resultar de la intención de las partes.<sup>14</sup>

#### **4. La garantía del acreedor de la renta:**

Leiva Fernández señala que "... el deudor debe las seguridades o garantías reales o personales a que se hubiese comprometido. Como bien se destaca, la constitución de garantías, aunque no es un elemento esencial del contrato, en la práctica es de requerimiento inexcusable, piénsese que se trata de asegurar el cumplimiento de una prestación pecuniaria durante toda una vida".<sup>15</sup>

La cuestión no es menor. Por un lado y en atención a que en los supuestos ordinarios para los que prevemos esta figura, el crédito ha de tener como finalidad la autoprotección del beneficiario, corresponde, indudablemente, una seguridad completa.

Sin embargo, por el otro, rescatamos de la experiencia que las circunstancias en las que este contrato se celebra, pueden llevar a que sean varias las soluciones posibles y que, quizás, no sea menester

---

<sup>14</sup> La dificultad se observa en ambos caminos, tanto cuando se estudian las donaciones "onerosas" como cuando se estudian contratos onerosos que pueden incluir prestaciones gratuitas. Ver: Rubén Augusto LAMBER "Donaciones". Ed. Astrea. Buenos Aires. 2008. Pág. 256 y ss.

<sup>15</sup> ALBERTO G. SPOTA. LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ (Actualizador) Contratos. Instituciones de Derecho Civil. 2da. Actualización y Ampliada. Tomo VII. Parte Especial. La Ley. Nro. 2.116. Pág. 718.

garantía tan importante, tanto por el grado de confianza entre las partes o por la solvencia del deudor.

Se trata de situaciones en las que se pone de relieve la importancia de considerar la auténtica voluntad de las partes y su entorno; circunstancias que sirven para mostrar al escribano como artífice de una ingeniería jurídica que responda a cada caso y a los derechos que se deben proteger.

Por tal motivo, no incluimos en el ejemplo contractual que aportamos a continuación una solución, pues la dejamos librada a las circunstancias del caso concreto. Sólo introducimos los siguientes comentarios:

#### 4.1 Garantía hipotecaria:

Es la garantía tradicional para el saldo de precio impago en un contrato de compra y venta. El supuesto de la renta vitalicia es similar y parece que ésta es la garantía siempre aconsejable.

Sin embargo, existe un problema práctico que no es de fácil solución: por hipótesis, en casi todos los casos, la renta vitalicia queda "en cabeza" del acreedor, de tal manera que la cancelación debería otorgarse luego de su muerte. Serían, pues, los herederos del acreedor los que tendrían que otorgar tal acto jurídico, previo trámite del sucesorio. Como en la hipótesis fáctica para la que prevemos en general esta herramienta, no existen herederos cercanos al acreedor o no tienen

buena relación con él y, además, nada o muy poco tienen que percibir si el acreedor no se hallaba atrasado en los pagos, es de imaginar la inactividad de tales herederos. Esto conllevaría a la necesidad de que el deudor abra el proceso sucesorio para requerir en él la cancelación de la hipoteca al magistrado interviniente, con los consiguientes trastornos y gastos.

Para simplificar el trámite creemos que es posible recurrir a un artículo de nuestro código civil que, o bien ha pasado inadvertido, o bien no ha sido comprendido en su alcance. Se trata del art. 3.116 que permite que el gravamen hipotecario se encuentre modalizado. Aún cuando dicho artículo habla de plazo y condición, nada parece obstar a que también pueda quedar sujeto a cargo pues todos los actos jurídicos, salvo prohibición expresa, pueden ser modalizados.

Lo que entendemos que ha pasado desapercibido, quizás a causa de una redacción que no es del todo prolija<sup>16</sup>, es que esta norma no trata de la garantía que se concede a un crédito sujeto a alguna de esas modalidades - cuestión prevista en los arts. 3.109 y 3.153 - sino que lo que puede estar sujeto a plazo, condición o cargo es el mismo derecho real.

---

<sup>16</sup> Parece más apropiada la redacción del Código de Chile que en su art. 2.413 reza así: "La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquier forma y condición. Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción. Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba". Fue transcrito en el art. 2.326 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay.

En tal sentido explica Lafaille con toda galanura: "Para crear una hipoteca no es menester que ese derecho real esté libre de modalidades. Como cualquier acto jurídico, el de crear este gravamen puede hallarse sujeto a todos los accidentes que no prohíba la ley, y así es dado fijarle un término (fuera del legal o del derivado del crédito al cual accede), lo mismo que una condición (...) Es necesario discriminar las dos partes del texto, ya que en él se confunden, sin distinguirlos debidamente, dos casos bien diversos: el derecho real de hipoteca, sujeto a condición o término, suspensivos o resolutorios, y el crédito garantizado, que asimismo puede ofrecer tales accidentes".<sup>17</sup>

Resulta curioso que en la práctica registral inmobiliaria la hipoteca modalizada esté ausente, según hemos podido comprobar por consultas a las autoridades administrativas. Se desconoce también cuál sería la práctica administrativa para la cancelación una vez comprobado el vencimiento del plazo o el acaecimiento de la condición.

Sin embargo, si se constituyera una hipoteca (independientemente del plazo de la obligación) por un plazo de cinco años desde la fecha de la escritura respectiva, es indudable, en nuestra opinión, que pasado dicho plazo el registro debería considerarla extinguida al igual que si hubiese vencido el plazo de caducidad de 20 años fijado por el art. 3.151 del Cód. Civil; o al igual que en el supuesto

---

<sup>17</sup> HÉCTOR LAFAILLE. Derecho Civil. Tomo IV, Tratado de los Derechos Reales. Vol. III. Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires. 1945. Ver también: ROQUE GARRIDO - LUIS ANDORNO. Código Civil Anotado. Libro III: Derechos Reales. Tomo 4. Víctor P. de Zabalía - Edictor. 1976. Pág. 396 y ss.

del art. 3.196 del mismo código (adquisición en subasta por el acreedor hipotecario).

De igual manera, si una hipoteca se inscribiera sujeta a un plazo incierto (ej.: la muerte de una persona) o a una condición (ej.: la muerte de una persona antes que otra), el registro debería proceder a la anotación de tal extremo cuando esos hechos resultan de documentación fehaciente que los acredite, de igual manera que procede, también por ejemplo, cuando a petición de parte interesada comprueba con la presentación del certificado de defunción que se ha producido el deceso del usufructuario.

En definitiva, no es más que lo que prevé el art. 33 (segundo párrafo) del decreto-ley 17.801/68): "El cumplimiento de condiciones suspensivas o resolutorias que resulten de los documentos inscriptos (...) se harán constar en el folio respectivo por medio de notas aclaratorias, cuando expresamente así se solicite."

De tal manera creemos que en garantía del crédito resultante de la transmisión de la nuda propiedad a título de renta vitalicia podría constituirse un gravamen hipotecario - se supone que sobre el mismo inmueble - sujeto *el gravamen* al plazo resolutorio incierto del fallecimiento del cabeza de la renta (generalmente el mismo acreedor) más el transcurso de tres meses. De tal manera, si los herederos del acreedor consideran que el deudor de la renta se hallaba en mora se les

concede un plazo razonable para que tomen las medidas conducentes a la protección del crédito.

Ese gravamen hipotecario, en nuestra opinión, debería ser cancelado por el registro de la propiedad a petición de parte interesada (ej. el propietario) mediante la presentación del correspondiente certificado de defunción y la comprobación del transcurso del plazo convenido. Es un trámite similar al que deberá tramitar para anotar la extinción del usufructo.

Este procedimiento es acorde con lo previsto en el art. 3.199 del mismo código civil en cuanto dispone la cancelación de la hipoteca por consentimiento de partes. El consentimiento para el procedimiento que sugerimos está dado en el mismo acto de la constitución de la hipoteca.

4.2. El privilegio del enajenante de inmueble que no ha percibido el precio:

Se trata también de viejas normativas "de su dueño (el intérprete) tal vez olvidada"<sup>18</sup>, al decir del poeta.

Conforme con el art. 2.087 del código civil "Si el deudor de una renta vitalicia no da todas las seguridades que hubiere prometido, o si hubiesen disminuido por hecho suyo las que había dado, el acreedor

---

<sup>18</sup> Gustavo Adolfo Bécquer: "Del salón en el ángulo oscuro, / de su dueño tal vez olvidada, / silenciosa y cubierta de polvo / veíase el arpa. ... "

puede demandar la resolución del contrato, y la restitución del precio de la renta (el inmueble).

También, y según el art. 3.924 de nuestro código civil "El vendedor (rectus est: enajenante) de un inmueble no pagado, aunque hubiese hecho tradición de él, haya dado término para el pago o fiádose de otra manera en el comprador, tiene privilegio por el precio que le es debido, y puede ejercerlo sobre el valor del inmueble ..."; y de acuerdo al 3.926: "En caso de varias ventas sucesivas, cuyo precio sea debido en todo o en parte, el primer vendedor es preferido al segundo, éste al tercero, y así sucesivamente".

La razón de esta última norma es que el nuevo adquirente está obligado a conocer las constancias de los títulos de propiedad del inmueble que adquiere. Por igual razón está obligado el acreedor hipotecario a conocer las constancias del título de propiedad del inmueble que toma en garantía, por lo que de allí deducimos que este privilegio es oponible, aún, al acreedor hipotecario.

No desconocemos que este privilegio no está reconocido en el artículo 241 de la ley 25.522 (Concursos y quiebras). Sin embargo, en ella encontramos el art. 158 que ratifica lo dispuesto en el 2.087 del código civil: "La declaración de quiebra del deudor del contrato oneroso de renta vitalicia, produce su resolución; el acreedor debe pedir la verificación de su crédito por lo adeudado, según lo establecido en el artículo 2.087 del Código Civil".

Para facilitar la ulterior circulación del título de propiedad proveniente de una renta vitalicia, en atención a la normativa citada, creemos que es conveniente insertar una cláusula en el contrato de transmisión de dominio a título de renta vitalicia en la que se establezca que en todo supuesto en el que el acreedor hubiese fallecido y hubiesen transcurridos, por ejemplo, tres meses sin que se hubiere anotado en el registro de la propiedad la existencia de medidas cautelares provenientes de acciones tendientes a la percepción de la renta vitalicia, los terceros que contraten con el adquirente están habilitados para suponer que la renta vitalicia fue pagada en tiempo y forma.

Esto último pues entendemos que los beneficios que resultan de los artículos transcriptos del código civil y de la ley de concursos y quiebras no son de orden público y pueden ser renunciados por el beneficiario.

#### 4.3. Fideicomiso de mandato para la administración de la renta:

Otra posibilidad es que el acreedor de la renta, en previsión de una eventual imposibilidad de administrar sus bienes por sí mismo, encomiende a un tercero (quien actuará como fiduciario) la percepción y administración de la renta que ha de percibir con motivo de la renta vitalicia. Transmitirá así el acreedor al encomendado la propiedad fiduciaria de la renta, actuando como fiduciante, para que sea administrada en beneficio del propio fiduciante o del fiduciante y terceras personas (beneficiarios) y entregue el saldo de los bienes

fideicomitidos, a la época del fallecimiento de los beneficiarios, a quienes fueren sus herederos (fideicomisarios). Podrá encomendar también al fiduciario que otorgue al deudor los recibos correspondientes y cancele, en fin, el gravamen hipotecario.

#### 4.4. Poder "irrevocable":

Preferimos la solución precedente a la que se podría imaginar mediante la utilización de un poder "irrevocable".

En el uso cotidiano notarial se denomina erróneamente poder "irrevocable" (art. 1.977 del Cód. Civil) a aquél del que pretendemos que tenga eficacia "post-mortem" del mandante (art. 1.982 del Cód. Civil).

La confusión quizás nazca de la natural reticencia de los seres humanos a tener presente el seguro hecho, aunque incierto en cuanto a la fecha de su acaecimiento, de la propia muerte. Pero ninguna duda ha de haber que la irrevocabilidad y la eficacia post-mortem nada tienen que ver una con la otra: La revocación de un mandato o de un poder es un negocio jurídico (en los términos del art. 944 del Cód. Civil); mientras que la caducidad del mandato por fallecimiento del mandante (art. 1963, inc. 3, del Cód. Civil) es un mero hecho jurídico (art. 896 del mismo código). En nada podemos vincular este último supuesto con "el fin inmediato" de producir efectos jurídicos, salvo; claro está, de que

imagináramos el ejemplo ridículo del suicida que toma tal determinación con el "fin inmediato" de producir efectos jurídicos.

Por tal motivo, no imaginamos cómo podría cumplirse el requisito exigido por el artículo 1.982 del código civil para que el mandato continúe subsistiendo por haber "sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero".

Por otra parte, y mucho más importante aún, resulta que el otorgamiento de un poder para cancelar el crédito hipotecario una vez fallecido el acreedor, no es un caso de subsistencia del poder (art. 1.982 del código civil) sino de un poder dado para ser ejecutado después de la muerte del mandante, *pero no antes*. En este caso, caeríamos dentro de la previsión del art. 1.983 del mismo código: "Cualquier mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante, será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad".

La fuente de este artículo la encontramos en el art. 3.041 del anteproyecto de Freitas y podemos vincularla con lo dispuesto en el art. 2.097 del código civil uruguayo y nuestro 947. El ejemplo clásico de este tipo de mandatos está dado por el de construir un monumento funerario en memoria del mandante. En un caso actual lo hemos encontrado en el caso de un programador de computación que deposita la clave del ingreso a dicho programa en manos de otra persona para que éste la revele a los clientes del programador en caso de su fallecimiento.

Sin embargo, creemos que la complejidad del análisis de estos supuestos, por un lado, excede las posibilidades de esta obra. Por el otro, la similar complejidad de su utilización lo torna desaconsejable.

### **5. Modelo propuesto:<sup>19</sup>**

ESCRITURA<sup>20</sup> .... ENAJENACIÓN DE NUDA PROPIEDAD A TÍTULO DE RENTA VITALICIA. JUAN TRELLES A FROILANA PRÍNCIPE. En ... el ... de ... de dos mil ... ante mí el autorizante comparecen quienes se identificaron y expresan sus datos así: Juan TRELLES, español, nacido el ..., titular del documento nacional de identidad ... y de la clave de identificación tributaria ...; y Angélica TRONADOR, argentina, nacida el ..., titular del documento nacional de identidad ... y de la clave de identificación tributaria ..., domiciliados en Chivilcoy 1.150 de Castelar, en este partido; y Froilana PRÍNCIPE, española, nacida el ..., soltera, titular del documento nacional de identidad ... y de la clave de identificación tributaria ..., hija de ... y de ..., domiciliada en Piedras 824, octavo piso "a", de la ciudad de Buenos Aires. INTERVIENEN por sí y DICEN: 1.- Que se conocen y que Juan Trelles transmite a Froilana Príncipe a título de renta vitalicia la propiedad y el dominio de un inmueble en ...

---

<sup>19</sup> A continuación incluimos un modelo que contiene cláusulas ejemplificativas y sobre abundantes en varios casos y sólo necesarias en supuestos particulares. Hemos preferido abundar en ellas para abarcar la mayor cantidad de requerimientos posibles.

<sup>20</sup> Conf. arts. 1.184 inc. 1, 2.071 del cód. civil. Ver también: 2.072 y 1.810 inc. 2º del mismo código para el supuesto de que el precio de la renta sea dado por un tercero. Se trata de un contrato de carácter real conforme con el art. 2.071: "... no quedará concluido sino por la entrega ... de la cosa, en que consistiese el capital".

Nomenclatura Catastral: .... 2.- La transmisión de la propiedad y el dominio la efectúa sujeta al cargo de que Froilana Príncipe constituya usufructo gratuito, vitalicio y con recíproco derecho de acrecer a favor del señor Juan Trelles y de la señora Angélica Tronador.<sup>21</sup> 3.- Froilana Príncipe recibe la posesión y adquiere así la propiedad y el dominio en los términos expuestos. 4.- Como contra prestación se obliga a pagar ... dólares estadounidenses mensuales del uno al cinco de cada mes, en el domicilio del acreedor. o en donde éste más adelante indique Queda pago por ante mí que certifico la cantidad de ... dólares estadounidenses que es el importe correspondiente al período que transcurre desde hoy hasta el fin del mes en curso. 5.- Los pagos deberán efectuarse mientras alguna de las siguientes personas conserve la vida: El señor Juan Trelles, la señora Angélica Tronador o la única hija del matrimonio llamada Angélica Juana Trelles, ... datos ....<sup>22</sup> 6.- El pago deberá ser recibido por

---

<sup>21</sup> En el caso que imaginamos el titular de dominio es sólo el marido. De allí que recurrimos a la figura del cargo que obliga al adquirente a constituir usufructo a favor del enajenante y de su cónyuge. No es el lugar aquí de terciar en la discusión acerca de si la "reserva" de usufructo a favor de sí mismo y del cónyuge infringe o no la prohibición contenida en el art. 1.807 inc. 1 del código civil (Ver, p. ej. Lamber, ob. cit. pág. 175 y ss.) Con ánimo de aventar dudas recurrimos a esta figura del cargo. Obviamente, si los titulares de dominio son ambos cónyuges, pueden éstos transmitir la nuda propiedad y reservarse el usufructo concediéndoles el adquirente el derecho de acrecer.

<sup>22</sup> Ya hemos advertido que incluimos cláusulas sobre abundantes. En este modelo agregamos como cabeza de la renta y como beneficiaria de ella a una hija discapacitada del matrimonio. Recordamos que conforme con el art. 2.072 del Cód. Civil, en este caso, la atribución gratuita a favor de la hija "... es regida en cuanto a su validez intrínseca y sus efectos, por las disposiciones generales respecto a los títulos gratuitos..." El art.2.079 del Cód. Civil establece que si el tercero es incapaz de recibir la renta el obligado igualmente está obligado a prestarla "al que ha dado el capital, o a sus herederos, hasta el momento prescripto por el contrato para su extinción".

el enajenante del inmueble, señor Juan Trelles. A su fallecimiento deberá ser recibido en su totalidad por su cónyuge y sólo al fallecimiento de ambos la totalidad de la renta será percibida por Angélica Juana Trelles, o quien resulte ser su representante legal, atento a la incapacidad por insania de la beneficiaria, conforme con la sentencia dictada en autos... que tramitaron...<sup>23</sup> 7.- La señorita Froilana Príncipe reconoce que la obligación que contrae tiene carácter alimentario para sus beneficiarios. Por tanto, se obliga a arbitrar los medios necesarios para que las eventuales fluctuaciones económicas no impidan la obtención del fin propuesto con la celebración del presente contrato<sup>24</sup>. 8.- Los terceros que eventualmente adquieran derechos

---

LEIVA FERNÁNDEZ, ob.cit. pág. 1.011 imagina también que el contrato sirva "para, en caso de divorcio, proveer al menor, hijo del matrimonio, aún durante su mayoría de edad, de una renta sin perjuicio que subsistan los alimentos legales, superpuestos durante el período de minoridad".

<sup>23</sup> Conforme con el art. 2.084 del Cód. Civil "Cuando la renta vitalicia fuese constituida a favor de dos o más personas para que la perciban simultáneamente ..." A contrario resulta que no existe objeción para que sea percibida en forma sucesiva. Conforme con este mismo artículo, cuando se establece que la perciban simultáneamente al fallecimiento de uno de los beneficiarios la renta se disminuirá proporcionalmente, salvo convención en contrario.

<sup>24</sup> No se trata de una cláusula de indexación prohibida por nuestro sistema jurídico. Al respecto leemos: "No se quiere decir, con esto, que debe haber una equivalencia entre el capital y la renta, sino que debe haber dentro de justos límites, un equilibrio; o sea, que el deudor de la renta, consistente en determinada suma periódica, prevista hace diez años, entregue en la actualidad una cantidad que resulte equivalente, teniendo en cuenta la caída del poder adquisitivo de la moneda ..." (LEIVA FERNÁNDEZ, Ob. Cit. Contratos, pág. 685) Se trata de asentar la constancia del fin propuesto para que el transcurso del tiempo no desnaturalice lo querido con la celebración del contrato. Según LEIVA FERNÁNDEZ, ob. cit. pág. 1.010, "la principal diferencia (del contrato de renta vitalicia con el de alimentos) es que el contrato de alimentos vincula la existencia de la protección o renta con la necesidad del alimentado, y no con la duración de su vida. En España la ley 41/2003 incorpora al código civil español el contrato de alimentos en forma autónoma, como contrato distinto al de renta vitalicia

reales sobre el inmueble precedentemente descrito se encuentran autorizados a presumir que la deuda asumida en este acto por la señorita Príncipe se encuentra extinguida en el caso de que se reúnan los siguientes requisitos: a) Que todos los beneficiarios de la renta hayan fallecido; y b) que no se hubiese anotado medida cautelar alguna en el registro de la propiedad inmueble originada en juicio promovido por alguno de los acreedores<sup>25</sup>. 9.- La mora se producirá en forma automática. En ese caso, también en forma automática, se devengará un interés punitivo... 10.- La mora en el pago de dos o más cuotas, consecutivas o alternadas, dará derecho a la parte acreedora de la renta a declarar rescindido este contrato. En este supuesto quedará resuelta la transmisión de dominio, el que deberá ser restituido al antiguo propietario conforme con el art. 2670 y concordantes del código civil. Las sumas pagadas por la deudora hasta ese momento beneficiarán a la parte acreedora de la renta como indemnización<sup>26</sup> 11.- En

---

y sin ningún parentesco con la obligación alimentaria surgida de la ley. Ver Arts. 1791 al 1797 inclusive. El nuevo art. 1791 reza así: "Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a un persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos."

<sup>25</sup> Cabe advertir que conforme con los arts. 3.923, 3.924, 3.925 y ccs. del Cód. Civil el enajenante de inmueble tiene privilegio reipersecutorio para percibir su crédito. De tal manera y de no efectuarse esta renuncia, en la práctica y luego del fallecimiento de todos los beneficiarios de la renta, el tercer adquirente de derechos reales sobre el inmueble se encontraría en la duda acerca de si la deuda se encuentra extinguida y, por consiguiente, acerca de la bondad del título. Salvo que se hubiese otorgado recibo por escritura pública de cada uno de los pagos.

<sup>26</sup> La pena de resolución del contrato con pérdida de los importes entregados no parece abusiva atento a lo previsto en el art. 2.087 del Cód. Civil. En efecto, si la mera disminución o pérdida de las garantías lleva a ese resultado, nada impide pactarlo para

cumplimiento del cargo precedentemente impuesto, la señorita Froilana Príncipe constituye usufructo gratuito, vitalicio y con recíproco derecho de acrecer a favor de los cónyuges Trelles - Tronador, que éstos aceptan. Reciben el inmueble en ese carácter y quedan relevados de afianzar sus obligaciones.12.- Garantía.....ATESTACIONES NOTARIALES: a) Conozco a los comparecientes. b) ..., etc. LEO...

---

el incumplimiento. Ver los interesantes comentarios de SALVAT, ob. cit., especialmente Nros. 2.184 y 22. y 2.189/91.

## 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