



REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

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

REVISTA Nro 8 – AÑO 4

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
Mónica Rosana de Dios
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 -
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: Puente Rosario a Victoria (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

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

Lilia Graciela Castelan

Mónica Rosana de Dios

Stella Maris Myriam Estelrich

Gloria Argentina Gover

Analía Teresa Lamas

Roberto Augusto Lucero Eseverri

Pedro Eugenio Marzuillo

Alejandro Toguchi

Mónica Susana Zanazzi

Miembros Adherentes

Natalia Corina Bacigaluppo

Dariel Oscar Barbero

Erika Silvana Bramatti

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

Presidenta

Analia Teresa Lamas

Vicepresidente

Jorge Ramón Pedro Borsani

Secretario

Marcelo Daniel De Laurentis

Pro-Secretaria

Patricia Lilian Paredes

Tesorera

Alicia María del Luján Carbonari

Vocales Titulares

Graciela Pelosso

Raúl Ángel González Theyler

Iván Dekanty

Patricia Elena Manti

Alejandro Toguchi

Ricardo Daniel Pasquinelli

Vocales Suplentes

Luis Eduardo Cellini

María Florencia Brunelli

Susana María Rostagno

Jorge David Contreras

Georgina Mabel Todeschini

Síndicos de la Caja Notarial

José Alejandro Aguilar

Gabriel Gustavo Barat

SUMARIO

Volumen 1 – Nro 8 – Septiembre Año 2012

I Editorial.....pág. 9

II Doctrina

Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes. Capacidad jurídica y Autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación..... pág. 17

Not. Alicia Beatriz RAJMIL

Lic. María Claudia TORRENS

La esterilización contraceptiva de las personas con discapacidad intelectual..... pág. 59

Lic. Pedro Luis LANDESTOY MÉNDEZ

La representación de los menores y mayores de edad incapaces..... pág. 113

Not. Enrique Jorge AREVALO y otros

III Legislación

Ley Nro18.473 de la República Oriental del Uruguay.....pág. 185

Comentario sobre la Ley 18.473:
Declaración de Voluntad Anticipada en un Acta Notarial pág. 191

Esc. María Paula TAROCO DEL RÍO

IV Jurisprudencia

Sentencia del Juzgado Correccional Nro 4 de la ciudad de Mar del Plata- Buenos Aires.....pág. 219

Nota a Fallo: La comprobación
judicial de la validez de las directivas
anticipadas y la intervención notarial..... .pág. 245
Not. Enrique Jorge ARÉVALO

Sentencia del Tribunal Colegiado de Instancia
Única Nro 3 del Fuero de Familia de la
ciudad de Morón- Buenos Aires..... .pág. 253

Nota a fallo: La sentencia en un proceso
de insania adecuada a los nuevos paradigmas
normativospág. 261
Not. Luis Rogelio LLORENS

V Jornadas y Congresos

XV Jornada Notarial Iberoamericana.
TEMA III “Persona, Familia y Sucesiones.
Experiencias en Ibero América.”..... .pág. 269

VI Pautas para Publicación de Trabajos.....pág. 279

EDITORIAL

A cuatro años de la creación del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción, reafirmamos que su existencia y funcionamiento obedece al compromiso de nuestro colegio con las necesidades de la comunidad a la que pertenece. Desde este lugar, a través de diversas actividades, procuramos fortalecer la función social del escribano, como asesor natural, como intérprete inmediato de las modificaciones legislativas, como artesano creador de herramientas jurídicas válidas y eficaces, como garante ecuánime de los derechos de todas las personas, respondiendo de este modo a la confianza que, desde tiempos ancestrales, la comunidad ha depositado en su labor.

En esta tesitura, el estudio y análisis de la condición jurídica y los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad y la intervención del escribano para garantizar con su labor el efectivo cumplimiento de estos derechos, resulta a nuestro criterio un objetivo ineludible.

También desde este lugar, venimos señalando reiteradamente los grandes cambios que se han operado en el mundo jurídico en relación a la capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos. Estos cambios inciden en nuestro quehacer cotidiano. Es necesario comprender que se encuentra vigente, hoy en nuestro país, un nuevo régimen jurídico que regula la capacidad de las personas para el ejercicio

de sus derechos, el cual modificó profundamente nuestro código civil vigente. Este régimen está conformado por los principios y la normativa contenidos en nuestra Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley 26.061, sobre Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley 26.529/09, sobre Derechos del Paciente, modificada por la Ley 26.742, llamada de muerte digna y la Ley 26.657/10, sobre Salud Mental. Todas estas leyes se vienen publicando y comentando en las páginas de nuestra revista, así como jurisprudencia y doctrina relacionadas

Hemos señalado a través de diferentes artículos, que estas nuevas normas se apartan de parámetros rígidos y promueven el ejercicio autónomo de los derechos en la mayor medida posible. Sostienen que tanto el menor de edad como el mayor sujeto a un régimen de protección, pueden ejercer sus derechos por sí mismos en la medida de que tengan aptitudes suficientes para ello y consagran su derecho a participar en las decisiones que les conciernen, en todos los ámbitos de su vida, a ser oído y a que su opinión sea, al menos, tenida en cuenta. El principio general que se impone es el de capacidad de todas las personas para el ejercicio de sus derechos y las limitaciones configuran excepciones que deben ser específicas y determinadas.

El tema nos posiciona ante la comunidad internacional. Su trascendencia es tal que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), órgano de vigilancia del tratado, en el documento

remitido al Estado Argentino titulado “Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de Argentina” (16/05/12) le solicita que se sirva explicar cómo el proyecto de ley de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación tiene previsto garantizar la capacidad jurídica e igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial y sordociegas, y que tengan a bien explicar qué medidas se han adoptado o se tiene previsto adoptar para reemplazar el concepto de “ adopción de decisiones sustitutiva” (tutela o curatela) por el de “ adopción de decisiones asistida en el ejercicio de la capacidad jurídica” de conformidad con el artículo 12 de la Convención.

Desde estas páginas hemos también bregado por la necesaria reforma integral de nuestro código velezano para dar cabida a los nuevos paradigmas. El actual Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación presentado por la comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento del decreto presidencial 191/2011, propone un cambio sustancial de nuestro régimen jurídico. Se enrola en los lineamientos de la actual evolución de la ciencia jurídica en la materia, aunque debemos plantearnos si recepta cabalmente la magnitud de los cambios operados, tanto a nivel internacional como en nuestras propias leyes especiales. El tema no es menor, se trata, como lo ha señalado el Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, del “derecho humano a la capacidad jurídica”.

La recepción en el proyecto de los nuevos paradigmas señalados es objetos de estudio de nuestro instituto y en este camino acercamos aquí un primer análisis en relación a los derechos de los menores de edad que ampliaremos a otros ámbitos en los próximos números a publicar. Invitamos pues, a todos los colegas y profesionales de diferentes disciplinas a sumar su aporte y a participar de este necesario debate.

Incluimos asimismo en la presente publicación un trabajo basado en uno de los aportes de nuestro instituto a la última jornada notarial iberoamericana, en el cual se analiza la legislación vigente en nuestro país en cuanto al régimen de representación actual de menores e incapaces. Consideramos que su lectura resulta pertinente previo al análisis de los cambios propuestos en la materia por el proyecto de modificación del nuestro código civil. También acompañamos las conclusiones de dicha jornada junto al comentario del delegado nacional en el tema.

Dos fallos de nuestros tribunales son comentados en estas páginas que sin duda sientan jurisprudencia y son pioneros en la aplicación de los nuevos criterios jurídicos para la protección de los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad.

Como es habitual, acercamos a nuestros lectores un trabajo de doctrina extranjera, que en este caso, plantea como una realidad en Cuba la esterilización de las personas con discapacidad intelectual de niveles severo y profundo.

Para finalizar reafirmamos, luego de cuatro años de labor, el compromiso del IDeI con la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas, más allá de la edad, sexo o cualquier otra condición, y con la función social del escribano y de las instituciones que lo representan, como la razón de ser que justifica con mayor vigor su existencia.

DOCTRINA

**DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

**CAPACIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA
PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS
DERECHOS.**

**PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Lic. María Claudia Torrens¹

Not. Alicia B. Rajmil²

SUMARIO

1. Derechos Humanos de los niños: Titularidad y ejercicio. 2.
Convención sobre los derechos del niño y Ley 26.061: El

¹ Profesora Adjunta interina en Introducción al Derecho, JTP por concurso en la residencia minoridad y familia y Profesora Adjunta por extensión de funciones en las Cátedras Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho UNR. Abogada Universidad Nacional de Rosario-Argentina. Licenciada en Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia – España. Diplomatura estudios avanzados Universidad de la Laguna España.

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

reconocimiento de la autonomía progresiva del niño. 3. Autonomía progresiva, interés superior del niño y el derecho a la participación. 4. Nuestro Derecho privado: Capacidad jurídica de los menores de edad en el proyecto de Código Civil. 5. Conclusiones.

RESUMEN

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN), aprobada por nuestro país por ley 23284 e incorporada a nuestra Constitución Nacional (CN) en la reforma del año 1994, ubica a la niña, al niño y al adolescente como sujetos plenos de derecho, con participación en todos los asuntos de su interés de acuerdo a su evolución y madurez y a su aptitud para comprender los actos de los que resultan protagonistas. La ley nacional 26061, sancionada en nuestro país en el año 2005, recepta y sistematiza estos principios.

Se introduce así en nuestro Derecho un concepto nuevo y trascendente: la autonomía progresiva del niño para el ejercicio de sus derechos. Concepto que afecta al régimen de incapacidad jurídica por minoría de edad de nuestro código civil y avanza de manera contundente sobre los fines de la patria potestad y la representación legal de los menores de edad. De esta manera, la infancia cobra protagonismo y fundamentalmente deja de ser para la ley mero objeto de control y protección.

Desde este nuevo paradigma de la convención interpretaremos la normativa diseñada por el actual proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en relación a la capacidad de ejercicio efectivo de sus derechos por parte de las personas menores de edad.

He aquí el propósito del presente trabajo: una aproximación a la condición jurídica de la infancia en nuestro Derecho a la luz de los recientes postulados internacionales y de los diseños actuales de nuestra legislación.

ABSTRACT

As stated in the Convention on the Rights of the Child, passed by Ley 23.284 of our country and added to the National Constitution in its 1994 reform, children and adolescents are full legal subjects who participate in any activity of their interest according to their evolution and maturity, and their capacity to comprehend the acts they take part in. The reception and systematization of this principle is made possible by Ley 26.061, passed in 2005.

A new and transcendent concept is therefore introduced to our country's legal system: the progressive autonomy of children for the full exercise of their rights. This concept is confronted by nonage, stated in our Civil Code, and clashes with the objectives of the legal representation of children by their parents. This way, childhood

becomes a subject of importance and ceases to be a mere object of control and protection to the Law.

Considering the new paradigm developed by the Convention, we shall analyze the normative designed by the existing project of new Civil and Commerce Codes in relation with the capacity of children to fulfill their rights.

The purpose of this dissertation is to account for the concept of childhood within the framework of our Law, in view of recent international postulates and the present designs of our legislation

PALABRAS CLAVES

Convención sobre los derechos del niño – Autonomía Progresiva – Capacidad – Menores de edad – Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (República Argentina).

KEY WORDS

The Convention on the Rights of the Child – progressive autonomy – Legal capacity – Minors – Project Civil and Commercial Code of the Nation (Argentine Republic)

1. Derechos Humanos de los niños: Titularidad y ejercicio.

Los menores de edad son titulares de derechos humanos y tienen el ejercicio de los mismos cuando la edad y su madurez se lo permitan. ¿Por qué debemos formular esta aclaración? Expresamente porque existen teorías y prácticas que niegan esta posibilidad.

Sostenemos que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) otorga al niño la titularidad y ejercicio de los derechos en ella enunciados, fundada esta afirmación, en la interpretación armónica de sus disposiciones, en especial el artículo 5 que reconoce la autonomía en forma progresiva para los niños y el artículo 12³, que determina la participación de los niños en todo asunto de su interés. Desde este lugar es factible resaltar que la CDN ha construido el concepto de niño como sujeto de derecho.

En la práctica concreta, en la vida cotidiana, en la familia, en la escuela, en toda la actividad que despliegan, los niños actúan, participan, opinan, crean, juegan, comparten, se expresan, son protagonistas, aunque muchas veces no les resulte tan fácil. Desde la teoría jurídica decimos, quizás de manera rimbombante, tal como se expresa el lenguaje jurídico:

³ Artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Artículo 12.: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

“ejercen sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades”. La CDN y la ley 26.061 se proponen eliminar obstáculos que lo impidan.

Los Derechos Humanos han sido definidos desde diferentes posiciones filosóficas, jurídicas, políticas e ideológicas. Se los ha proclamado como derechos naturales, que corresponden a todas las personas por el sólo hecho de existir, anteriores a toda norma positiva y a los que deben subordinarse las leyes del Estado, tal como lo describe el iusnaturalismo o como construcciones sociales e históricas desde las teorías críticas o creaciones del derecho positivo, decantadas de una voluntad soberana, desde el positivismo jurídico. También se los ha vulnerado sistemáticamente a través de la historia y se los ha utilizado de modo retórico, en más de una ocasión. Sin embargo, más allá de esta realidad que comprobamos día a día, los Derechos Humanos constituyen hoy el fundamento y el contenido esencial del Estado de Derecho, integran un sistema universal de valores necesario para el desarrollo y bienestar de todas las personas y es deber de los Estados promover y garantizar su protección igualitaria.⁴

En este ámbito podemos afirmar que, desde la protección de los derechos individuales de todas las personas frente al poder de los Estados, se avanzó hacia el reconocimiento de los derechos sociales y colectivos, y en el proceso de especificación de estos derechos, que sustenta las más recientes convenciones internacionales, se consagraron

4 CILLERO BRUÑOL Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en Revista Infancia, ley y democracia, pág 69

derechos específicos de ciertos grupos más vulnerables de personas, como los niños o las personas con discapacidad⁵. En el recorrido normativo de los derechos humanos, la CDN⁶ se inscribe dentro de sus más recientes capítulos, cuando la comunidad jurídica internacional comprende que sólo es posible aspirar a la igualdad de todos los seres humanos reconociendo sus diferencias y garantizando una protección jurídica complementaria para los grupos más vulnerables⁷.

Siguiendo con esta descripción podemos conceptualizar a los Derechos Humanos como aquellos fundados en las necesidades vitales de todas las personas, que en consecuencia conllevan un posicionamiento político beligerante, al fomentar “el despliegue de la libertad, y de la igualdad y unicidad de los seres humanos frente a la organización política, económica y social” persiguiendo “la ampliación del campo de los sujetos de derecho que se consideran legitimados para decidir”⁸

Nuestra Constitución Nacional, reformada en 1994, además de reconocer los derechos fundamentales de todas las personas, incorpora en su artículo 75 inciso 22, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre ellos la CDN, y les otorga jerarquía constitucional.

5 ARÉVALO, Jorge y Alicia B. RAJMIL en Revista del IDeI N°3 año2, pág. 95.

6 La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por nuestro país el 27 de septiembre de 1990 por ley 23849 e incorporada a nuestra Constitución Nacional (CN) en la reforma del año 1994, en el artículo 75 inc. 22. en tanto tratado sobre derechos humanos con jerarquía constitucional

7 ARÉVALO, Jorge y Alicia B. RAJMIL ídem. pág. 91

8JUAN CARLOS GARDELLA, “Sobre las fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos” en Derechos Humanos, Un debate necesario, editado por CEAL Buenos Aires, 1989

2. Convención sobre los derechos del niño: El reconocimiento de la autonomía progresiva del niño.

El día 9 de noviembre de 1989 caía el Muro de Berlín y el día 20 de noviembre de 1989, con la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño, caía otro muro: el que separaba a los menores de edad del Estado de Derecho y de los Derechos Humanos. El dictado de la Convención, tal como lo señalan diversos autores es una revolución y sus notas relevantes resultan: a) El reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho de los menores de edad, en el desdoblamiento de titularidad y ejercicio b) La especial enunciación del art. 5 de la CDN que establece que los derechos son ejercidos por los niños “en consonancia con la evolución de sus facultades” que ha sido denominada autonomía progresiva c) Se instituye la participación del niño como derecho humano, estableciéndose la obligación del Estado, la sociedad y la familia de tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y su madurez” (art. 12, conjuntamente con los art. 13,14,15 y 16⁹, d) Se prioriza el Interés del niño por sobre otros intereses, e) Se establece que la niñez y adolescencia deben constituirse en el eje de las políticas públicas internacionales y estatales .¹⁰

La Convención viene a establecer que la protección de los derechos del niño se realiza en el marco de su reconocimiento como sujeto de

9 JUAN CARLOS GARDELLA, “Sobre las fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos” en Derechos Humanos, Un debate necesario, editado por CEAL Buenos Aires, 1989.-

10 Torrens, María Claudia” Tesis doctoral en preparación”.

derecho en un Estado de Derecho. Se enrola así en la llamada “teoría de la protección integral” y se deja de lado los aspectos más negativos de la llamada “teoría de la situación irregular” que otorgaba la protección a los niños en tanto objeto (tutela negativa)¹¹

La Convención Internacional de los Derechos del Niño define al niño como persona a partir de sus derechos humanos y no de sus carencias. Su derecho a expresar su opinión en todo asunto que le concierna y a que ésta sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y madurez (art 12) y la obligación de impartirle orientación adecuada para que pueda ejercer por si mismos sus derechos (art. 5) se erigen como pilares que sostienen su nueva condición jurídica y la protección del ejercicio igualitario de sus derechos.

En nuestro país la ley 26061, sistematiza legislativamente los derechos de niños, niñas y adolescentes, recepta los conceptos antes desarrollados y los profundiza aún más, especialmente en la definición del principio del interés superior del niño y en cuanto a su derecho a expresar su opinión, a ser escuchado y a participar en todos los asuntos que le incumban.

Dicha ley fue sancionada en nuestro país, el 28/09/2005 y su objeto es la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Constituye una consecuencia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 4º impone a los

¹¹ Son Emilio García Méndez y UNICEF, quienes más han trabajado en la descripción de ésta teoría.-

Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos consagrados.¹²

3. Autonomía progresiva, interés superior del Niño y el derecho a la participación.

3.1. Autonomía progresiva.

La autonomía progresiva del niño para el ejercicio de sus derechos ha sido establecida como el eje de una construcción nueva y trascendente sobre la persona menor de edad. Podemos afirmar que a partir de este postulado se modifica la condición jurídica de la infancia, lo cual se manifiesta en el campo penal, laboral, comercial y demás ramas del Derecho.

Autonomía progresiva, Interés superior del Niño y El derecho a la Participación que analizaremos, se oponen a un rígido régimen de capacidad jurídica circunscrito a una edad determinada de la persona, entendiendo que el desarrollo y la madurez pueden conformar otros criterios a ser tenidos en cuenta para aumentar las posibilidades del ejercicio efectivo de los derechos por parte de los menores de edad. Afirmamos pues, que el paradigma que nos aporta la Convención es el

12 Para profundizar en estos aspectos remitimos a AREVALO, Jorge y RAJMIL Alicia. "Capacidad jurídica de los menores de edad y autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos," En Revista N° 3 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe – 2ª Circunscripción - (IDeI), pág. 106. Año 2010. Graficarte.

reconocimiento del niño como sujeto de derechos con autonomía progresiva para el efectivo ejercicio de ellos, de acuerdo a su desarrollo y madurez. Cuando el menor de edad puede desplegar su autonomía porque su desarrollo y madurez se lo permiten, la titularidad de los derechos debe ser acompañada de su ejercicio. Las nuevas normas atribuyen a la familia y al estado la responsabilidad de acompañar y guiar al niño en ese camino.

El concepto de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos encuentra cabal consagración en el artículo 5, al que ya nos referimos, que impone a los Estados Partes la obligación de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, tutores, familia o personas encargadas, de impartir al niño, conforme a su evolución, la orientación y dirección apropiadas para que éste ejercite por sí mismo los derechos reconocidos por ese tratado internacional. En igual forma el artículo 14 se refiere a los derechos y deberes de los padres y representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho, conforme a la evolución de sus facultades.

La ley 26.061 a lo largo de su articulado desarrolla principios y derechos que reafirman el concepto de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y en su vida cotidiana.

La doctrina a fin de posibilitar la efectividad de los derechos reconocidos a los niños, ha elaborado nuevos conceptos que nuevas leyes vienen también desarrollando. Aída Kemelmajer de Carlucci se refiere a estos nuevos conceptos analizando que “Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; (...) competencia es un

concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión; si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”.¹³

3.2. Interés Superior del Niño.

El Comité de los Derechos del Niño, al emitir sus Observaciones Generales elaborados como respuesta a los informes presentados por los estados signatarios de la CDN, ha reconocido cinco principios fundamentales que sustentan la Convención: El interés Superior del Niño, el derecho a la no discriminación, el principio de efectividad, el reconocimiento del derecho intrínseco a la vida, y el derecho a la participación.

De innegable trascendencia en el tema que abordamos resulta el interés superior del niño: el artículo 3 de la CDN establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como una consideración primordial, se atenderá al

13 KEMELMAJER de LUCCI, Aída, "El Derecho del Niño a su Propio Cuerpo", en "Bioética y Derecho" (Coordinadores: Salvador .D. Bergel y Nelly Minyersky), Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 114.

interés superior del niño. Este artículo ha generado la crítica de parte de la doctrina que ha denunciado su vaguedad conceptual. No obstante se ha considerado que el interés superior del niño es siempre la satisfacción de sus derechos fundamentales y que nunca se puede aducir un interés superior que se ubique por encima de la vigencia efectiva de sus derechos.¹⁴

Por su parte la ley 26061, en su artículo 3 define el concepto de “interés superior del niño” como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías. La misma norma, como parte integrante del concepto expresado, obliga a respetar derechos que se vinculan a la autonomía e intimidad de la vida del niño. Entre ellos, su condición de sujeto de derecho; el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. Y posteriormente aclara que este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde debe desempeñarse.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado en su jurisprudencia una posición de defensa del Interés Superior del Niño¹⁵,

14 CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios”, www.iin.oea.org, consultado el 12/10/09.

15 Recomendamos para otro análisis de los fallos reseñados en este apartado el artículo “INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHO DEL MENOR A SER OIDO. LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO” Dr. DARIEL OSCAR BARBERO, Revista del Instituto de Derecho e Integración, Revista N° 5

desde el fallo 318:1269 –W.E.M. c. O.M.G. – 1995-06-16¹⁶ hasta sus más actuales: S.C. del 2-08-2010¹⁷ y P. de la S., L. del C. c/ P., G E del 10-08-2010¹⁸. Así, en el considerando quinto del fallo S.C., lo define como “pauta de decisión ante un conflicto de intereses” y como “criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor”

En el mismo considerando quinto que analizamos, la Corte resalta su carácter de “parámetro objetivo” al sostener que “El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño”

Nuestra Corte abunda aún más en esta prioridad sosteniendo: “El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto”

Es el voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Eugenio Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay el que pone el punto más alto de elaboración jurisprudencial argentina en el tema de la prioridad del ISN al ubicarlo por

Año 3 Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2^{da} Circunscripción 2011 Rosario, Argentina

16 Publicado en LA LEY (t. 1996-A) sección Jurisprudencia Págs. 257 a 273.

17 Publicado en LA LEY del 22/03/2006, 6, con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto.

18 LA LEY 2010-E, 426, con nota de Néstor E. Solari; Karina A. Bigliardi.

encima del interés aún de los padres. Merece su transcripción detallada “A juicio del Tribunal, esta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquél interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres.”

La Corte no ha dejado dudas en relación a la interpretación del ISN como un parámetro objetivo de aplicación rigurosa en cada caso que se involucre, no ya solamente un derecho sino una necesidad de la infancia.

3.3. Derecho a la participación.

Otro de los elementos fundamentales de la Convención, enumerado como principio por el Comité, es el derecho a la participación. El artículo 12 lo consagra como la potestad del niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y señala que debe tenerse en cuenta dicha opinión en función de su edad y madurez.

La ley 26.061 recepta este principio especialmente en los artículos 2, 3, 24 y 27. Es así que reconoce que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos, que tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, que esa opinión deberá ser tenida en cuenta de

acuerdo a su madurez y desarrollo, y que en los procedimientos judiciales y administrativos la autoridad competente deberá tomar primordialmente en cuenta su opinión al momento de arribar a una decisión que los afecte.

Por su parte la ley 26529 sobre derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud, aprobada en nuestro país en el año 2.009, en su artículo segundo, inciso 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.

La jurisprudencia de nuestro país recepta ya estos conceptos. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Buenos Aires ha entendido que corresponde anular de oficio las sentencias si el tribunal no ha cumplido con el requisito de oír al niño, cualquiera sea su edad, señalando que la intervención del asesor de incapaces no suple el contacto personal entre el juez y el niño.¹⁹

En otra sentencia se ha dicho: "Soy de la opinión de que el derecho del menor a ser oído es bastante más que un mero formalismo (...) El derecho del menor a ser oído no debe llevarse a extremos inconvenientes, como sería tornar a ese sólo elemento en el único factor dirimente de disputas que los involucren. No se trata de establecer en el proceso de familia una dictadura del menor, ni la supremacía absoluta de la voluntad de éste. Pero, en aquellas ocasiones en que se aprecia en el menor

¹⁹ SCBA. LL, 2003-A-425, 02/05/2002.

a un ser juicioso, bien plantado, cuyo juicio no aparece como manipulado o inducido, debe tenerse en cuenta su preferencia, máxime cuando objetivamente aparece ella como la solución más conveniente para sus intereses. En el caso de autos la opinión de los menores adquiere una importancia fundamental en razón de ser ellos, salvo la más pequeña, niños con un grado de madurez y de opinión crítica que hace que su juicio no sea fácilmente influenciado, conforme se constatará en la audiencia respectiva. Los motivos que los niños dieron (...) no se relacionan con caprichos, ni con inducciones o influencias de los mayores (...)"²⁰

4. Nuestro Derecho Privado: Capacidad Jurídica de los menores de edad. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Recientemente la comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, han presentado en la legislatura nacional un proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en el que se persigue “una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”²¹

20 Del voto del Dr. Marcelo J. López Mesa en "V., R. O. c/ R., A. s/ 'Tenencia" Expte. 220-Año 2009CANE. Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut) - Sala A - 15/12/2009. En El Dial Express del 29/1/2010.

21 De los fundamentos de la propia la comisión.

Entre otros cambios sustanciales, el Proyecto modifica el régimen jurídico de la capacidad. Resaltamos que algunas de las propuestas establecidas se corresponden con los nuevos paradigmas que portan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscriptos por nuestro país, entre ellos la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Se proponen nuevos criterios en el tratamiento de temas vinculados con la condición jurídica de las personas menores de edad, como su derecho a ser oído, su participación en los asuntos de su interés y al ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos en relación al derecho a su propio cuerpo. Sin embargo, el proyecto, en partes fundamentales de la regulación propuesta parece referirse más a un cambio terminológico que de contenido.

Haremos entonces, una referencia en concreto sobre el tema de la capacidad de los menores de edad. Sin lugar a dudas los nuevos criterios plasmados en el proyecto son trascendentes. Valoramos un gran avance en la materia en cuanto a la recepción de los principios de la CDN y la recepción de ciertos ejes establecidos para el trato jurídico de los menores de edad por la ley específica 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Pero también observamos cierta falta de claridad y algunas limitaciones que contradicen los principios generales que el mismo proyecto pregona, y los principios establecidos en la citada ley especial 26.061, especialmente en materia patrimonial.

De acuerdo a nuestra interpretación de la reforma que se propone, el punto más disvalioso es aquel que mantiene la relación, tantas veces cuestionada por la doctrina avocada a los derechos del niño, entre capacidad y minoría de edad. Además de continuar con la consabida utilización de eufemismos, para referirse a ciertas instituciones aplicadas a los menores como tantas veces lo ha sostenido Emilio García Méndez.

Pasamos al detalle de los logros y desventajas del proyecto, presentando primeramente un esquema de sus contenidos de acuerdo a nuestra interpretación:

El tema de la capacidad de las personas es tratado en el Capítulo segundo del Título I. En el artículo 22 se regula la capacidad de derecho e inmediatamente se establece la capacidad de ejercicio de los derechos, sentando el principio general “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Sin embargo, esta regla a nuestro entender, es inmediatamente restringida y hasta invertida para los menores de edad: En el artículo 24, se declara a los menores “incapaces de ejercicio” con el eufemismo de la siguiente acotación “cuando no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente con el alcance previsto en la sección 2da.” Decimos eufemismo, porque en dicha sección, en el art. 25, se declara que la persona que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente “puede ejercer por sí los actos que le son permitidos en el ordenamiento jurídico”. De este modo el

ejercicio de los derechos queda reducido al margen de lo permitido en el ordenamiento y no conforme a una regla general que habilite el ejercicio con las debidas excepciones puntuales.

El proyecto establece que son menores de edad las personas que no cuentan con 18 años y dentro de esta categoría ubica a los adolescente que son los que cuentan con más de 13 años.

A los menores en general entonces les son permitidos:

1) El derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne (art. 26)

2) Participar en las decisiones sobre su persona (art. 26)

Si es mayor de 13 años y menor de 16 años

1) Tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física (art. 26).

2) Debe contar con asistencia de sus progenitores para el consentimiento en aquellos casos de “tratamientos invasivos que comprometan su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida” (art. 26)

Si es mayor de 16 años se lo considera “adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo” (art. 26)

Pasamos al detalle de los logros y desventajas del proyecto:

Logros:

I.- El anteproyecto recepciona la terminología más avanzada, incorporada por el derecho internacional de los DDHH, para el tratamiento jurídico de la capacidad de las personas, al que nos hemos referido anteriormente. Así en el artículo 23 del Anteproyecto abandona el término capacidad de obrar o de hecho al referirse a la capacidad de ejercicio de los derechos.

II.- Respecto a la capacidad de derecho, el Anteproyecto en el artículo 22 la precisa, resolviendo un cuestionamiento unánime de la doctrina sobre las dudas que sugería nuestro Código Civil velezano, declarando que la goza “toda persona humana” y que la ley sólo puede “privarla” o “limitarla” “ respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados”.

III.- Asienta en el artículo 23 el principio general de la capacidad de ejercicio, es decir invierte la regla de capacidad hasta hoy vigente, al establecer: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Más allá de que las limitaciones a que se refiere no sólo pueden estar previstas en el código civil, sino también en otras leyes especiales, la norma establece como principio general la capacidad de ejercicio de los derechos por su titular y toda limitación a dicho ejercicio constituye una excepción.

Para los menores de edad, entendemos que esto implica desandar rotundamente lo construido por la ley 17.711, que había impuesto como regla interpretativa de la capacidad del menor adulto: su incapacidad. Dice el vigente art. 55 CC. “Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes autorizan otorgar”²². De este modo esta regla se invierte en el proyecto y es todo un logro, aunque desgraciadamente como señalaremos más adelante, este avance termine deslucido por las restricciones impuestas.

IV.- Regula la responsabilidad parental, desterrando la desacreditada denominación de patria potestad de nuestro Código Civil. Entendemos además, que no sólo es un cambio de nombre sino una renovación de la institución, al imbuirla de importantes principios generales respetuosa de la persona destinataria de las responsabilidades parentales: El artículo 639 le asigna los siguientes principios a) El Interés Superior del Niño; b) La autonomía progresiva, conforme características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Incorpora de este modo, al Código civil, las normas desarrolladas en la CDN, que cuentan con jerarquía constitucional en nuestro país. El avance es fundamental y acorde con los compromisos

22 Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1º de julio de 1968

internacionales y constitucionales asumidos. El resultado del reconocimiento de los mencionados principios es una nueva relación paterna-filial que implica que en todos los actos que realicen los progenitores en ejercicio de su responsabilidad parental, que involucren a la persona o a los bienes del hijo, debe primar el interés superior del niño, se debe promover su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, y respetar y garantizar su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

V.- Adolescente : El artículo 25 proyectado considera menor de edad a la persona que no ha cumplido dieciocho años y abandona la actual división entre menores impúberes y adultos para introducir una nueva categoría: la de “adolescentes”, que son quienes han cumplido 13 años y no han llegado aún a la mayoría de edad.

Esto implica interesantes reconocimientos de derechos, sobre todo en relación a los llamados derechos sobre el propio cuerpo sobre los que el proyecto desarrolla nuevos conceptos que mejoran la calidad de sujetos de derechos de niñas, niños y adolescentes. Reiteramos por considerarlo de suma trascendencia:

a) Se reconoce al adolescente mayor de 16 años, “adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo” (párrafo sexto del artículo 26)

b) Al adolescente menor de 16 años y mayor de 13 se le reconoce la autonomía progresiva entendiéndose que tiene “competencia”, referida a las decisiones en materia de su salud. Así el artículo 26 párrafo cuarto presume

que los adolescentes tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

c) Incorpora el concepto de “asistencia” de sus progenitores y deja de lado el de representación, cuando debe brindar el consentimiento en aquellos casos de “tratamientos invasivos que comprometan su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida”.

De este modo el criterio que elige nuestra legislación es aquel que apela a los nuevos conceptos introducidos por la bioética, tales como la competencia. Concepto que define con más claridad la participación de los menores de edad en relación a los temas que tienen que ver con actos autorreferentes. El proyecto, resuelve las cuestiones vinculadas a la “competencia” de los menores de edad, combinando edad con la gravedad de las decisiones ante las cuales se coloque el menor y establece diversas intervenciones parentales, como hemos transcripto anteriormente.

De todas formas insistimos, pues se requiere suma claridad en este tema, que en todos los casos, aún antes de las edades establecidas, el menor de edad, tendrá derecho a intervenir y a expresar su opinión en las decisiones que afecten su salud aunque no pueda “decidir” por sí mismo. Su opinión deberá ponderarse junto con las demás circunstancias. Esto es así conforme la CDN, la ley 26061 y la ley 26.529, que establece, sin distinguir edades, en el artículo 2 inciso e) que: “...Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión

sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

d) Se establece para el adolescente dos posibilidades de intervenir en juicio 1) conjuntamente con sus padres o con asistencia letrada, regulado en el artículo 677 (párrafo 2do.)

VI.- El reconocimiento de la capacidad de los menores de edad para celebrar contratos de escasa cuantía, que de acuerdo al artículo 684 “se presumen realizados con la conformidad de los progenitores”.

Desventajas /Desaciertos:

Sin embargo, de acuerdo a nuestra interpretación y como dejamos ya establecido, el proyecto se aleja de los avances logrados por la teoría y práctica sobre reconocimiento de los Derechos del Niño en los siguientes puntos neurálgicos:

1) Confundir minoría de edad con incapacidad: Lamentablemente el proyecto reitera la clasificación del menor de edad como “persona incapaz”, conforme lo realiza el código civil velezano del siglo XIX. Así, si bien recepciona los novedosos giros del lenguaje técnico del siglo XXI en esta materia, al hablar de capacidad de ejercicio, reitera la inclusión de los menores de edad en el ámbito de las personas incapaces.

El artículo 24 designa como “persona incapaz de ejercicio”

a) la persona por nacer

b) persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2da de este capítulo.

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

No estamos desconociendo la necesidad de establecer límites en el ejercicio de los derechos en el caso de los menores de edad, pero entendemos que el desafío para un nuevo código, es resaltar que incapacidad y niñez -adolescencia no son isomórficas. En nuestro país son numerosas las posiciones teóricas que avalan esta afirmación. En un importante análisis de la ley 26.061 se ha sostenido: “El sistema de protección integral involucra la satisfacción y/o restitución de derechos mediante el diseño, implementación y ejecución de políticas públicas como una de las tantas formas de proteger y garantizar derechos. Pero también se refiere al modo de ejercer esos derechos”²³. También se ha sostenido, criticando a la regulación tutelar contenida en la ley 10.903, denominada del Patronato de Estado²⁴, “...qué la estimación del niño como objeto de protección, parte de la premisa de su incapacidad para todos los actos de su vida civil”²⁵. García Méndez ha reiterado las dificultades que conlleva para la efectividad de los derechos de los niños la confusión entre incapacidad y

23 NELLY MINYERSKI y MARISA HERRERA , Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” Compilador Emilio García Méndez, Editores del Puerto, 2008 2^{da} edición actualizada Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Pág. 48 (El subrayado es nuestro)

24 Hoy derogada por la ley 26.061

25 MAURICIO LUIS MIZRAHI, La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” Compilador Emilio García Méndez, Editores del Puerto, 2008 2^{da} edición actualizada Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Pág. 82

niñez, sosteniendo que “Del mismo modo que para la mujer, también la incapacidad política de la infancia está precedida por una incapacidad civil, la que a su vez se basa y legitima en un larga serie de incapacidades “naturales”, que el derecho de menores solo se tomó el trabajo de “reconocer” y otorgar estatus “científico”²⁶

La doctrina europea apoya la diferenciación de menores de edad e incapacidad. En la legislación alemana “ en el caso de los niños de 7 años, no se habla de incapacidad civil, sino de capacidad limitada”²⁷ y en particular la doctrina española ha sostenido que “Menor de edad e incapacidad no son conceptos sinónimos sino todo lo contrario”²⁸, Carlos Lasarte Álvarez afirma: “ Así pues, no cabe ya trazar un foso entre mayor de edad (capaz) y menor de edad (íncapaz), sino manifestar que el Derecho positivo ha acabado por reconocer que la adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina”²⁹

26 EMILIO GARCIA MENDEZ, Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia, en EMILIO GARCIA MENDEZ y MARY BELFO (compiladores) Infancia, ley y Democracia en América Latina Editorial Temis De palma, Bogotá Buenos Aires 1998. Pág. 24.

27 AGUSTÍN GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo” t I, 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009 PÁG. 10

28 Es de destacar que antes del dictado de la ley Orgánica 1/1996 que en su art. 2.2. dispone: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”, la posición de parte de la doctrina española en relación a este tema era paradigmática de las posiciones que niegan derechos a los niños ya que aún existiendo en la legislación civil, el principio de interpretación restrictiva de la normas limitativas de la incapacidad y no existiendo normativa que disponga la incapacidad genérica de obrar de los mismos, para imponerla se recurría a diversos y dispersos argumentos normativos. Así se partía para establecer una genérica incapacidad de obrar de los menores de 18 años, del artículo 1.263.1 (por supuesto del CC) que regula el consentimiento, en materia contractual y que establece “no pueden prestar consentimiento los menores de edad no emancipados”.

29 CARLOS LAZARTE ALVAREZ, La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores, en la capacidad de obrar del menor, Exhiobris ediciones, SL Madrid, 2009 Pág 10

En igual sentido, afirma Diez Picazo en relación al Código Civil Español: “Fuera de las coordenadas expuestas, nada se puede afirmar respecto de un principio general de incapacidad de obrar del menor. El Código Civil no contiene ningún precepto que así se pronuncie, sino supuestos concretos y específicos en lo que únicamente se permite la actuación de los menores que tengan una cierta edad bien por sí solos, bien con sus padres o tutor, es decir, éstos no suplen la voluntad del menor”³⁰

Puntualizamos entonces, nuevamente en nuestro país, que una regulación que establezca que incapacidad de ejercicio y minoría de edad son isomórficas, es absolutamente contraria a nuestro sistema legal y constitucional. La Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo rango constitucional ha sido establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, legislación específica para la materia, deberán ser tenidas en cuenta para todo tipo de elaboración legislativa. Nuestro Estado de Derecho, reconoce a la niña, niño y adolescente su calidad de sujeto de derecho, establece el principio del interés superior del niño y exige que los mismos sean oídos y participen en los asuntos de su interés con autonomía progresiva para ejercer los derechos. Esto entraña la obligación de construir instrumentos jurídicos que les permitan ejercer su calidad de sujeto de derecho.

30 DIEZ-PICAZO Y GULLON, Sistema de Derecho Civil, Volumen I tecnos Madrid 2005 pág.384)

Repetimos, entonces, que se trata de tener presente al legislar sobre la capacidad civil, el impacto que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061 imponen sobre instituciones fundamentales que regulan los derechos de niños, niñas y adolescentes, en sus vínculos civiles, comerciales, penales, laborales, familiares e institucionales. Buen ejemplo de este impacto buscado son los últimos párrafos del art. 3 de la ley 26061 que al describir el interés superior del niño establece: “Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.” Y para que no quede ninguna duda agrega: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

2) Advertimos que el proyecto en el artículo 26 establece la representación como el único medio en virtud del cual los menores de edad pueden ejercer derechos. El citado artículo lo expresa así: “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”. No estamos realizando una observación crítica de la representación de un menor de edad, ya que consideramos que la misma constituye un medio idóneo para el desenvolvimiento de derechos. La crítica se detiene sobre la constitución de la representación como el medio a partir del cual se le permitirá ejercer derechos.

La autonomía progresiva reconocida en el art. 5 de la CDN establece que en “consonancia con la evolución de sus facultades” el niño debe ser orientado para ejercer sus derechos. El Comité de Derechos del Niño, órgano encargado por la CDN de supervisar la efectividad de los derechos en ella contenidos, ha sostenido en diversas “Observaciones” que los Estados partes de la CDN deben garantizar que los niños ejerzan sus derechos por sí mismo cuando estén en condiciones de hacerlo. La Observación General N° 5 en el título “MEDIDAS GENERALES DE APLICACIÓN DE ESTA CONVENCION” en el punto 21 sostiene “Algunos Estados han indicado al Comité que la inclusión en su Constitución de garantías de los derechos para todos es suficiente para garantizar el respeto de esos derechos en el caso de los niños. El criterio para saber si es así consiste en determinar si, en el caso de los niños, los derechos aplicables tienen efectividad realmente y se pueden invocar directamente ante los tribunales. El Comité acoge con satisfacción la inclusión de artículos sobre los derechos del niño en las constituciones nacionales, reflejando así los principios clave de la Convención, lo que contribuye a subrayar la idea esencial de la Convención: que los niños, al igual que los adultos, son titulares de los derechos humanos. Sin embargo, esa inclusión no garantiza automáticamente que se respeten los derechos de los niños. A fin de promover la plena aplicación de esos derechos, incluido, cuando proceda, el ejercicio de los derechos por los propios niños, puede ser necesario adoptar disposiciones adicionales, legislativas o de otra índole.”

Debemos reconocer, que el Proyecto analizado, impone importantes límites a la representación, los que son regulados en el Título VII sobre responsabilidad parental. Así, por un lado los principios generales regulados para el desempeño de los responsables parentales, en el artículo 639, ya comentados en el presente trabajo, que necesariamente deben respetarse. De este modo, cuando el menor ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, siempre debe respetarse su derecho a participar, a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez. Por otro lado, se establecen límites muy importantes, en relación a la representación de los adolescentes, como ya lo hemos descrito en el artículo 677.

Sin embargo, permanece intacta nuestra objeción, atento a que ella se sustenta en la redacción del citado art. 26, el que a nuestro entender, dejaría en serias dificultades la efectividad de los derechos de los niños y los supuestos avances que menciona el proyecto. Máxime cuando seguidamente, el mismo artículo aclara que sólo podrán ejercer, aún contando “con edad y grado de madurez suficiente”... “los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Creemos que aquí se borra con el codo lo escrito con la mano y se está invirtiendo la regla general establecida en el artículo 23, porque la persona menor de edad debería (conforme lo establece el artículo 23) poder ejercer por sí sus derechos cuando cuente “con edad y grado de madurez suficiente” con excepción de aquellos actos prohibidos por el ordenamiento general.

Entendemos, entonces que deben corregirse las insistentes formas de determinar una incapacidad general de ejercicio del menor, ya que los límites impuestos podría confundir la pretendida capacidad de ejercicio con la antigua incapacidad de obrar relativa establecida como regla de incapacidad por nuestro vigente art. 55.

Igual criterio sigue el proyecto en lo relativo a la tutela, el artículo 117 establece que: “Quien ejerce la tutela es representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez.” Aplaudimos la participación del menor en estos casos, pero insistimos en que la regla general debe ser la capacidad y la ley debe específicamente establecer las limitaciones y no al revés.

3) Observamos con cautela que, en relación a los derechos personalísimos, se pierde una oportunidad histórica para reconocer su ejercicio por parte de los menores de edad, siempre y cuando su edad y madurez se lo permitan. Partimos de la consideración de que los derechos personalísimos no deben ser ejercidos por representantes generales, atento que sólo pueden ser ejercidos por la propia persona o por quien ella designe en forma individual y para cada situación, con indicación de las directivas que dispone sean cumplidas por el representante.

Reconocemos que en nuestro país, las regulaciones sobre los derechos vinculados a la salud, permiten el consentimiento informado

por representante legal. La ley 26529, en su artículo 5, define al consentimiento informado con las siguientes características: “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:...”

Nuestra primera observación es que este permiso legal se limita a especiales situaciones vinculadas con la salud y no a otros derechos personalísimos y la segunda y más importante observación, es que la positividad de la normativa vigente no encierra una declaración de legitimidad de la misma. Es justamente en el plano de la fundamentación de la ley, donde efectuamos la crítica. El consentimiento informado por un representante legal general, que en tanto tal no ha sido investido de tal potestad por el representado, no siempre refleja el principio del respeto a la dignidad de la persona y de este modo lesiona derechos humanos de jerarquía constitucional, aunque algunas leyes lo contemplen.

En el derecho comparado, el Código Civil Español establece en el artículo 162 que: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados: Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez puedan realizar por sí mismos” y en relación a las cuestiones vinculadas a la Salud. La Ley de Autonomía del paciente establece en el art. 9

apartado 3: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Quando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.”

Nuestra jurisprudencia también ha establecido que no es posible ejercer los derechos personalísimos a través de representantes legales generales en el importante fallo del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 14 de octubre del 2003 denominado “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la R A y otros c.

Ciudad de Buenos Aires” en el que se estableció que “las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad (del voto de la Dra. Conde)”³¹ y en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C que estableció “La disposición de los derechos personalísimos que corresponde a los menores de edad, especialmente cuando se trata de menores de 14 años o sea carentes de discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil) es manifiestamente antijurídica y debe ser prevenida para afianza la protección integral de la niñez, que en nuestro ordenamiento jurídico está ratificada por la incorporación de la CDN a la Constitución Nacional”³². En la ciudad de Rosario, en un significativo fallo, el Dr. Bergia a cargo del Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial novena Nominación ha registrado los matices de las representaciones de menores de edad al establecer: “En principio, los derechos personalísimos solo pueden ser ejercidos por los titulares. Cuando el interesado es mayor de edad, capaz de derecho y capaz de hecho (fundamentalmente en cuanto a la posibilidad de comunicación), no hay duda que debe ser ejercido solo por él. El problema se plantea cuando, como en este caso, el titular es incapaz de derecho por ser

31 LA LEY 2004-B con nota de Andrés Gil Domínguez

32 LALAY 1997-D,100

menor de edad e incapaz de hecho de comunicarse debido a su estado de salud.” “... Para resolver esta cuestión deben distinguirse los tratamientos utilizados en dos categorías diferentes: proporcionados y desproporcionados.... Cuando se trata de medios indudablemente desproporcionados, al igual que en el caso anterior, corresponde al paciente decidir el rechazo a su aplicación. Incluso, tratándose de un menor de edad -y por ello incapaz de derecho- corresponde escuchar su deseo en la medida de su capacidad de entendimiento y siempre preservándolo de sufrimientos innecesarios. Pero cuando el enfermo no está en condiciones de expresar su voluntad, no cabe presumir su deseo de ser sometido a padecimientos crueles y degradantes que no le han de reportar beneficio alguno^{33 34}. No obstante ello, aún presumiendo que

33.- Queda encontrar una solución para aquéllos que no pueden ejercer su libertad por revestir en la categoría de los incapaces de hecho o a quienes el iter mortis los ha sorprendido. Si tuviera el paciente representantes legales o aquellos que en síntesis ejercen la patria potestad, o en ausencia de éstos el defensor de oficio de menores e incapaces o un abogado colegiado designado en las listas especiales, todos ellos están habilitados para ejercer la solicitud, ya que ahora y con las bases sentadas, la misma no es subjetiva o antiintersubjetiva, al contrario, es consensual con parámetros constitucionales e infralegales, concordados, según confrontamos. A pesar de la costosa opción a la que -entendemos razonablemente- deben acceder, no dejemos de recordar que, la medida media de la persona humana quiere vivir pero, asimismo, según compartimos, el mismo patrón puede racionalmente (utilitariamente) volcarse por el mal menor. Todo ello sin perjuicio de la anticipación del interesado a los acontecimientos por voluntad escriturada. No se debería omitir esa decisión si es tan intersubjetiva como la postulada por la oralidad aunque la intersubjetividad probablemente se diluya si pretendemos que en ocasión de poder prestar declaración alguien decida imponerse por la letra. Nos parece más la excepción de la regla que una regla sin excepciones. Machado Pelloni, Fernando M. El médico, el paciente y el derecho a una muerte digna (introducción al análisis liberal restrictivo) J.A. 1999-III Página 805.-

34.- Pero la limitación de las prácticas médicas invasivas no solo puede hallar un obstáculo en la voluntad del paciente, sino que se encuentra también autolimitada en aquellos supuestos en los que constituya un caso de anastasia que no reporte beneficio alguno al enfermo, importando a la vez una interrupción del curso regular de una enfermedad que motiva una serie de perjuicios que degradan el derecho a la dignidad humana. Este tipo de intervenciones puede ser analizada a condición de que sean expresamente solicitadas por el paciente, pero en tanto no puedan justificarse como un instrumento de mejoramiento de la calidad de vida, la aceptación de su

nadie está dispuesto a padecer por el solo hecho de hacerlo, debe reconocérseles a los representantes legales el derecho a solicitar la aplicación de todos los procedimientos que la ciencia médica tenga previstos para el caso, aún cuando los mismos sean desproporcionados”³⁵

Por otro lado, y siempre en el ámbito de los derechos personalísimos, debemos señalar que si bien el proyecto reconoce la actuación por sí de los menores de edad en las decisiones sobre su salud, parece vedarles la posibilidad de otorgar directivas anticipadas al respecto. En su artículo 60 dispone: Directivas médicas anticipadas. “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”. Por su parte, el art. 139 dispone que “La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”.

Criticamos la expresión “plenamente capaz” pues plantea dudas en relación a las personas menores de edad y a las personas con capacidad restringida que conservan por sentencia judicial la aptitud

realización no puede presumirse. Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 de Neuquén 20/3/06.-

35 Fallo N° 2985 del 26 de agosto del 2008 Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial N° 9 de Rosario a cargo del Dr. Marcelo Bergia

para el otorgamiento de estos actos, aspecto este último que no abordaremos en el presente trabajo. Conforme al artículo 26 proyectado: ¿Cuándo debemos considerar “plenamente capaz” a una persona para otorgar directivas médicas anticipadas? ¿A los 13, 16 o 18 años?

Entendemos que la normativa que venimos analizando (CN, CDN, ley 26.601 y en materia de salud art 2 inc. e de la ley 26529) habilitan plenamente al menor de edad para decidir por sí y expresar su voluntad de manera fehaciente a través de directivas anticipadas cuando cuenta con aptitud de discernimiento suficiente. De esta manera su opinión podrá ser ponderada al momento de la decisión junto con las demás circunstancias del caso³⁶.

Entendemos que el campo de los derechos personalísimos, es un lugar de difícil resolución para aquellas situaciones en las que la persona por diversos motivos: enfermedad, edad u otras situaciones particulares no puede ejercer por sí misma dichos derechos. El proyecto en estudio reconoce la autonomía del menor de edad en las cuestiones referidas a su salud, como lo hemos señalado, pero no se expresa puntualmente en cuanto al ejercicio de los demás derechos personalísimos. Resuelve este difícil problema para el Derecho, otorgándoles a los menores de edad, la posibilidad de “participar en las decisiones sobre su persona y en todo lo eferente a sus derechos

³⁶ Sobre directivas anticipadas o actos de autoprotección se puede consultar: LLORENS, Luis Rogelio y Alicia Beatriz RAJMIL en “Derecho de Autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento”. Editorial Astrea. 2010.

personalísimos”, este es un avance. Pero debemos tener presente que “participar” no es igual que “ejercer los derechos por sí mismo”. Entendemos entonces, que el proyecto no propicia el ejercicio autónomo de los derechos personalísimos por los menores de edad. Se pierde así, una hermosa oportunidad de reconocer que sólo cada ser humano tiene la posibilidad de ejercer estos derechos, que no están sujetos a una posible representación general, máxime cuando la madurez del menor de edad puede desplazar jurídicamente el criterio único de la edad.

4) Interpretamos que el proyecto designa un nuevo criterio para otorgar capacidad de ejercicio a los menores. Este criterio está dado por la vinculación de grado de madurez de los mismos y edad. Sin embargo, queremos resaltar que al no especificarse que se entiende por grado de madurez, la primera pierde protagonismo y queda en mera retórica

El “grado de madurez” en particular y para el ejercicio efectivo de un derecho, sólo se menciona como criterio para una situación, aunque verdaderamente importante, la legitimación para demandar al progenitor que falte a la prestación de alimentos se otorga “ al hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada” (artículo 661 inc. b).

5) Los límites a la participación de los menores: Consideramos que el proyecto limita innecesariamente la participación del menor en aspectos especialmente patrimoniales.

Por ejemplo en las siguientes disposiciones:

El artículo 26 dispone: “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 limita el ámbito de ejercicio de derechos a las decisiones sobre su persona. La participación del menor de edad debe garantizarse en todos los asuntos de su interés, relativos a su persona y a sus bienes, de acuerdo a las normas constitucionales e internacionales así como a la ley 26.061, ya analizadas, que reconocen este derecho en todos los ámbitos de su vida.

El art. 646 enumera los deberes de los progenitores y en su inciso c), establece que deben “respetar el derecho del niño y del adolescente a ser oído y a participar de su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos”. Reiteramos que según nuestro criterio el derecho a ser oído y a participar se extiende a todos los actos de la vida del menor.

El artículo 690, por su parte, establece que los progenitores pueden celebrar contratos con terceros, en nombre de los hijos en los límites de su administración y que deben informar al hijo que cuenta con edad y grado de madurez suficiente. Creemos que aquí también se impone el derecho del hijo a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta, no simplemente limitarse a informarle esta decisión.

5. Conclusiones

1.- Consideramos que la CDN, con la jerarquía constitucional otorgada por nuestra Constitución, y la ley 26061 constituyen hoy nuestro derecho vigente e impactan en la condición jurídica de la infancia.

2. Afirmamos que la definición del niño como sujeto de derecho comprende el ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos.-

3.- Sostenemos que reconocer los derechos humanos de los niños torna insoslayable dejar de lado la postura tradicional que asimila niñez a incapacidad.-

4.- Valoramos como trascendentes los avances propuestos por el actual proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pero lamentamos que no se logre cimentar instituciones que permitan efectivizar, de manera contundente, la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos que imponen la normativa constitucional e internacional en el tema

5.- Nuestra diaria tarea como operadores del derecho reclama, mientras tanto, una interpretación jurídica sobre los preceptos velezanos acorde con los criterios expuestos. Esto nos llevará a ignorar disposiciones sin dudas derogadas de hecho por la CIDN y por la ley y a interpretar de manera más flexible el régimen jurídico en general, para dar lugar a la debida participación del menor de edad, cuando las circunstancias y su madurez lo ameriten. Igual interpretación debe guiar el análisis de todo el Derecho Argentino.

6.-Entendemos que la teoría y la práctica jurídica están dando cuenta del nuevo paradigma en relación a la infancia, nítidamente en los casos en que se presentan conflictos de intereses entre el menor y los adultos o entre derechos vinculados al menor, pero creemos que dicha teoría y práctica deben ser ampliadas e impregnar la labor cotidiana, el día a día, por las necesidades de los niños aún en ausencia de conflictos. Ese es el desafío actual.

LA ESTERILIZACIÓN CONTRACEPTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Lic. Pedro Luis LANDESTOY MÉNDEZ¹

SUMARIO: PREFACIO I. SUJETO DE LA ESTERILIZACIÓN. II. EL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL. II.1 Legitimación activa en el procedimiento de esterilización. III. LA AUTORIZACIÓN DEL TRIBUNAL. III.1 Determinación del tribunal competente para autorizar la esterilización. III.2 Determinación de la jurisdicción a la cual someter el procedimiento de esterilización. IV. PAPEL DEL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO DE ESTERILIZACIÓN. V. EL DICTAMEN PERICIAL. VI. CONSIDERACIONES *AD FINEM*

¹ Licenciado en Derecho. Profesor ayudante a tiempo parcial del Departamento de Derecho Civil y Familia - Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana- Cuba.

RESUMEN

En Cuba la esterilización de las personas con discapacidad intelectual de niveles severo y profundo constituye una realidad palpable. Regularmente las mujeres con discapacidad en este grado son sometidas al proceso quirúrgico de esterilización, no tan frecuente en los varones. Pero, contradictoriamente, la figura en cuestión es ajena al Derecho cubano, por lo que se está realizando una práctica que afecta un derecho inherente a la personalidad sin justificación ni amparo legal. Empero, la institución de la esterilización de las personas con discapacidad intelectual puede ser incorporada a nuestro Derecho de tal manera que, sin una modificación normativa, tenga cabida en él un procedimiento judicial que encauce la esterilización de las personas con discapacidad intelectual.

PALABRAS CLAVES

Discapacidad intelectual - esterilización contraceptiva -
representación legal - procedimiento de esterilización

SUMMARY

In Cuba, the sterilization of persons having severe or profound levels of intellectual disability is a tangible reality. Regularly, women with disabilities at this level are subjected to the process of surgical sterilization; not so frequent in men. But, ironically, the image in question lies outside of Cuban law, judging by what is being undertaken a practice that affects an inherent right of the personality without justification or legal protection. However, the institution of sterilization of people with intellectual disabilities can be incorporated into our law in such way that without a legislative amendment it may be possible to allow for a judicial procedure to guide the sterilization of people with intellectual disabilities.

KEY WORDS

Intellectual disability - contraceptive sterilization - legal representation - sterilization procedure.

PREFACIO

De todo el universo de ideas prejuiciadas sobre las personas con discapacidad intelectual el clímax lo constituye todo lo referente al ámbito de su sexualidad. Aquí las posturas asumidas son notablemente discriminatorias, llegando a crear un sentimiento común de erradicar de la vida de la persona con discapacidad intelectual las prácticas sexuales.

Las ciencias psicológicas han negado totalmente estas ideas, que hoy en día resultan absurdas, en contradicción con lo generalizadas que están. En la persona con discapacidad intelectual no hay hipersexualidad de origen orgánico (hormonal), pero tampoco inactividad sexual. En conclusión, la sociedad, disfrazada de una actitud protectora, discrimina a estas personas producto de su ignorancia.

Recientemente fue aprobado el primer tratado internacional de derechos humanos del siglo XXI, la “**Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**”, el cual ha sido ratificado por nuestro país². Esta Convención establece en su artículo 1 que su propósito exclusivo es “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.*”

²Fue aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas. Cuba la firmó el 26 de abril de 2007 y la ratificó el 6 de septiembre de 2007. Desde ahora me referiré a este instrumento jurídico internacional como *la Convención*.

Este artículo, y consecuentemente todo el perfil axiológico de la Convención, nos dice que la persona con discapacidad intelectual tiene derecho a vivir su sexualidad tan plenamente como cualquiera, pues la esfera sexual constituye un factor determinante en el desarrollo de la personalidad y, como tal, parte de la dignidad inherente a todo individuo. Como señala AMOR PAN³:

“La afirmación de que el ser humano es un ser sexuado parece hoy casi trivial y superflua. Y sin embargo hay que insistir en que la sexualidad no es una dimensión secundaria de la vida humana sino que pertenece íntimamente a su constitución, también en el caso de los sujetos con discapacidad intelectual.”

Reconocerle a la persona con discapacidad intelectual su derecho a un desarrollo sexual constituye un postulado convencional, aunque expresamente no está así regulado. La persona con discapacidad intelectual no solamente es capaz de establecer una relación sentimental “seria” con otra persona del sexo contrario, sino que cuando esto se produce, se constata una gran mejoría en su estado vital general.

Así, que tengan una pareja con la cual disfruten de una vida en común, y con la que deben tener un espacio de privacidad, constituye una exigencia actual para los familiares y cuidadores de las personas con discapacidad intelectual.

³AMOR PAN, José Ramón: *Introducción a la bioética*, editorial PPC, Madrid, 2005, p. 268.

Pero la vida en común y la práctica sexual asidua traen consigo otro tema harto polémico: la descendencia. Biológicamente las personas con discapacidad intelectual están perfectamente dotadas para procrear, y consecuentemente una práctica sexual sin el uso de medios de control de la natalidad traería consigo la alta probabilidad de engendrar hijos.

Si bien las personas con esta discapacidad tienen derecho a una vida sexual plena, el problema de tener descendencia constituye un punto más delicado. Tener hijos no debe verse como un derecho sino más como un deber hacia ellos, no se ostenta sobre los hijos un poder o un señorío inmediato y absoluto, no existe un derecho subjetivo al hijo, el hijo es un fin en sí mismo. Como dice SAVATER, “ser padres no es ser propietarios de los hijos ni éstos son un objeto más que se ofrece en el mostrador. Volvamos a los viejos planteamientos kantianos: lo que deben querer los padres es al hijo como fin en sí mismo”⁴

Existe un consenso bastante generalizado de que las personas con discapacidad intelectual no deben tener descendencia, es aquí donde se introduce el tema de la esterilización.

La esterilización es el método por el cual se hace infecundo y estéril a un ser vivo, evitando su reproducción, constituye por lo general una anticoncepción quirúrgica irreversible que surge por la imperfección de los métodos reversibles. Los pacientes deben ser

⁴SAVATER, Fernando: "Vuele la predestinación", *El País*, 16 de Febrero de 1997, p. 3.

conscientes de la posibilidad de fallo⁵ y de la irreversibilidad del método⁶, es así que, acorde con los postulados básicos de la bioética, el proceso permanente de anticoncepción requiere un consentimiento informado en el que se debe informar sobre alternativas, eficacia, riesgos, complicaciones. De esta forma la responsabilidad jurídica primordial exige que el personal autorizado que realiza la operación y el que asesora a la pareja se asegure que la persona que va a ser esterilizada sea legal y socialmente competente y otorgue su consentimiento bien considerado, informado y voluntario, sin estar bajo presión de ninguna especie.

En el plano jurídico-penal la esterilización involuntaria constituye una acción delictiva tipificada por casi todas las legislaciones, generalmente bajo el acápite de delito de lesiones, protegiendo como bien jurídico la integridad física.

En cambio, muchas legislaciones⁷ han admitido la práctica de la esterilización de las personas con discapacidad, lo cual la doctrina⁸ ha

⁵Tiene una mortalidad de 1,5 por cada 100.000 intervenciones. Las tasas de fracaso son para la femenina del 0,2% y para la masculina entre 0,1 y 0,15%. Los fracasos son más frecuentes en las mujeres menos de 35 años y fuera de la lactancia. Pueden darse embarazos ectópicos tras la oclusión tubárica siendo más frecuente tras dos años a partir de la esterilización, con mayor incidencia si fueron electrocoagulaciones de oclusión mecánica.

⁶Si bien la esterilización masculina (vasectomía) no es totalmente irreversible, la reversión solo ha conseguido hasta un 50% de gestaciones disminuyendo a medida que transcurre el tiempo llegando a ser del 30% a los 10 años.

⁷En el Derecho anglosajón, por la vía jurisdiccional, admitan la esterilización involuntaria de los incapacitados: Australia, Estados Unidos y el Reino Unido. En el sistema romano-francés la admiten: Alemania (§ 1905 del BGB), Argentina (Ley 26.130 de 2006), Chile (Resolución Exenta N° 2326 de 2000) y España (artículo 156 del Código Penal).

⁸*Vid.* AMOR PAN, J.R.: *Introducción...*, *cit.*, pp. 291-297; GAFO, J.: “La esterilización”, en *Razón y Fe*, N° 202, 1980, pp. 160-170; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R.: “Los disminuidos mentales,

aceptado como moral y jurídicamente aceptable. Pero no en cualquier circunstancia, sino como *ultima ratio*, por lo que se puede constatar que la esterilización de personas con discapacidad intelectual no constituye *per se* una afrenta a su dignidad ni un proceder anticonvencional. Pero para que esa afirmación sea legítima es necesario dotar a ese proceder de garantías suficientes que eviten una vulneración de los más elementales derechos de esas personas, así como la aplicación de políticas de dudoso contenido ético y que este proceder no sea una imposición tranquilizadora de los padres, cuidadores y de la sociedad en general, pues como bien expresa DÍEZ-PICAZO: “no es legítimo limitar la capacidad de una persona para proteger los intereses de otra”⁹.

En Cuba no existe legislación que regule la esterilización de las personas con discapacidad intelectual y tampoco existe jurisprudencia al respecto; por lo que podemos afirmar que este proceder es ajeno a nuestro Derecho. Sin embargo, esta situación no impide que sea posible introducirlo pues, si bien no existe una regulación expresa, las instituciones, principios e incluso normativas vigentes pueden acoger y garantizar la esterilización en cuestión.

la esterilización terapéutica y el derecho sobre el propio cuerpo”, en *Derecho privado. Libro Homenaje a Alberto Bueres*, coordinado por Oscar J. Ameal y Dora Mariana Gesualdi, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 247-272; LETE DEL RÍO, José Manuel: “La esterilización del deficiente psíquico”, en *Actualidad Civil*, Nº 1, 2002, p. 115; SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: *La esterilización de incapaces en el derecho español*, Fundación Paideia, A Coruña, 1996, *passim*; *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, editorial Dykinson, Madrid, 1998, *passim*.

⁹DÍEZ-PICAZO, Luis: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit. pos. ASTUDILLO POLO, Francisco: “El derecho a la integridad física y la esterilización de las personas discapaces: Comentarios a la sentencia 215/1994 del Tribunal Constitucional” en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 2, Nº 4, 1995. p. 515.

Es así que, tras un análisis del tema por legislaciones foráneas, puede definirse que la esterilización involuntaria de las personas con discapacidad intelectual es legítima cuando esta se realiza sobre éstas con el consentimiento de su representante legal. Pero este consentimiento no basta sino que tiene que ser autorizado por una resolución judicial, la cual ha de tomar como criterio supremo el de interés superior de la persona con discapacidad y del niño (potencial hijo), para lo que necesita el dictamen favorable de peritos titulares, y del Fiscal.

Sobre la base de esta propuesta analizaremos el ordenamiento jurídico patrio para ver qué tan viable puede ser desde la *lege data*.

I. SUJETO DE LA ESTERILIZACIÓN

Resulta prudente comenzar este análisis con el cuestionamiento de quién puede ser esterilizado sin su consentimiento expreso y autónomo. Pues el título de esta investigación y, consecuentemente su contenido, habla de personas con discapacidad intelectual mientras que las legislaciones foráneas y prácticamente toda la bibliografía consultada se refieren a personas incapaces¹⁰.

¹⁰ La Ley de Procedimientos cubana distingue entre peritos titulares de los no titulares, los primeros Término por demás muy impreciso y ambiguo, por lo que prefiero hablar de personas incapacitadas.

Una delimitación conceptual se vuelve urgente, pues creo que ni todas las personas con discapacidad intelectual deben ser esterilizadas, ni tampoco deben serlo todas las incapacitadas.

LUCKASSON ha definido la discapacidad intelectual como: “una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y la conducta adaptativa tal como se ha manifestado en habilidades prácticas, sociales y conceptuales. Esta discapacidad comienza antes de los 18 años.”¹¹ En nuestros predios, PÉREZ GONZÁLEZ la ha definido como “...Trastorno Orgánico Crónico, pues una vez concluido el desarrollo es irreversible, solo que tiene algunas especificidades, en especial que se trata de un déficit global de la personalidad, sobre todo de la inteligencia, causado no por un deterioro, sino por no desarrollo de ésta.”¹²

Por su parte, si bien la incapacidad es entendida como la definiría GETE ALONSO Y CALERA: “una limitación sobrevenida de la capacidad de obrar de la persona (...) Supone una restricción al libre desarrollo de la personalidad y al ejercicio de los derechos que afecta, en

¹¹LUCKASSON, R. *et al*, “Mental Retardation. Definition, classification and systems of supports (10th ed.). Washington, DC: American Association on Mental Retardation”. [Traducción al castellano de M A Verdugo y C. Jenaro (en prensa). Madrid: Alianza Editorial]. *Cit. pos.* VERDUGO ALONSO, Miguel Angel: “Análisis de la definición de discapacidad intelectual”, artículo digital disponible en http://www.usal.es/~inico/investigacion/invesinico/AAMR_2002.pdf, consultado el 4 de enero de 2009.

¹²PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto: “Psiquiatría Forense”, en *Temas de Medicina Legal para Estudiantes de Derecho*, editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 202

especial a los principios de igualdad y al de libertad”¹³. En el mundo jurídico la capacidad de obrar constituye una presunción *iuris tantum*, es decir se presume plenamente capaz a toda persona siempre que no haya sido declarada incapacitada por un tribunal. CIFUENTES refuerza esta tesis de diferenciación entre la patología que produce una incapacidad natural y la declaración judicial de incapacidad que le da a la persona ese estatus: “Sin la sentencia de interdicción que compruebe la demencia y la declare, por mas insana que este la persona conserva la capacidad de hecho.”¹⁴

De ahí se deduce que si bien los estudios médico-psicológicos de la discapacidad intelectual determinan una ausencia natural de cualidades propias de las personas y necesarias para el desarrollo independiente de sus actividades vitales y para la conformación de una voluntad autónoma, esto no conduce *in continenti* a la incapacidad jurídica de la persona con discapacidad. La discapacidad intelectual es

¹³GETE ALONSO, María del Carmen: *Manual de Derecho Civil*, dirigido por Luis Puig I Ferriol, tomo 1, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 155 y ss. *Cit. pos.* PÉREZ GALLARDO, L B: “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por José Pérez de Vargas Muñoz, editorial La Ley, Madrid, 2006. p. 306.

¹⁴ CIFUENTES, Santos: *Elementos de derecho civil. Parte general*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1999. p. 195.

El Tribunal Supremo Popular a través de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo ha reforzado lo anterior:

Sentencia N° 727 de 20 de octubre del 2004: Segundo Considerando, que “(...) *la única prueba con valor por sí para justificar la incapacidad legal de una persona por razón de enajenación mental, no es otra que la declaración judicial llevada a efecto en el procedimiento especial establecido en la mencionada Ley (de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (...))*”.

Sentencia N° 714 de 3 de octubre del 2003. Cuarto Considerando, que “(...) *la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, ello determina que mientras una persona no éste declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la aludida declaración judicial, todos los actos en que inter venga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna (...)*”.

una situación fáctica: nos encontramos con una persona que, en principio, con arreglo a Derecho, goza de capacidad de obrar, pues es mayor de edad. Y, sin embargo, adolece de una serie de deficiencias que le impiden gobernarse de manera adecuada. La incapacitación, por su parte aparece cuando se declara judicialmente ese estado.

Esto trae como conclusión que solamente los niveles severo y profundo de discapacidad intelectual deberían entrar en el campo de la esterilización involuntaria. En primer lugar producto de su imposibilidad de asumir una paternidad responsable, a lo que hay que añadir que son los niveles cuya profundidad del defecto crea una incapacidad natural análoga a la exigida por los artículos 31 del Código Civil¹⁵ y 586 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE)¹⁶.

La previa incapacitación por parte del tribunal competente considero debe ser un requisito *sine qua non* para el procedimiento de esterilización involuntaria. En primer lugar porque el anterior procedimiento de incapacitación refuerza el actual ofreciendo un estudio de las potencialidades y capacidades propias de la persona en cuestión, afianzando así las garantías que busca el procedimiento.

¹⁵Artículo 31: “Carecen de capacidad para realizar actos jurídicos:...

b) los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes.”

¹⁶Artículo 586: “Para la declaración de incapacidad de una persona, por razón de enajenación mental o sordomudez, para ejercitar por sí las acciones y derechos de que sea titular, se formulará solicitud con expresión del nombre, estado civil, domicilio o residencia actual del presunto incapaz, enfermedad que sufre, bienes suyos conocidos que deban ser objeto de protección judicial y parentesco con el mismo solicitante, acompañándose certificado del médico de asistencia.”

Parafraseando a ALBALADEJO es garantía de que nadie sea esterilizado si no corresponde legalmente¹⁷.

En segundo lugar si el consentimiento que revisa y avala el Tribunal tiene que ser brindado por el representante legal, entonces la persona a la que se le solicita la esterilización tiene que tener una incapacitación judicialmente declarada pues de no ser así no tendría representante legal.

Ahora bien, la incapacitación no es suficiente para que la persona sea esterilizada, pues este estado jurídico legal puede ser declarado por diversas causas, no necesariamente análogas a las de esterilización involuntaria.

Tradicionalmente las causas de incapacitación por enfermedad o discapacidad se agrupan en causas físicas y causas psíquicas. En el citado artículo 586 de nuestra ley ritual, la sordomudez es la única causa física mientras que las causas psíquicas se agrupan bajo el infortunado término “enajenación mental”.

Está claro que las causas físicas de incapacitación no tienen cabida dentro de las causas para una esterilización involuntaria; no existen motivos médicos ni psicológicos que demuestren que un sordomudo o un sordociego no puedan asumir una paternidad responsable o que un embarazo pueda crear más trastornos en ellos que

¹⁷Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, editorial Bosch, Barcelona, 2002. p. 265

en la media poblacional. En relación con las causas psíquicas el análisis tampoco es homogéneo.

Según PÉREZ GONZÁLEZ se considerarán indudablemente incapacitados a personas que funcionan en el nivel psicótico, esto significa que existe una desorganización de la personalidad y de la captación de la realidad, la que es borrada o sustituida por percepciones e ideas que determinan la conducta, en lugar de las habituales capacidades, informaciones, afectos y motivaciones propias de una persona¹⁸.

Dentro de esta categoría considero que solamente podrán ser esterilizados sin su consentimiento aquellas personas que su padecimiento sea crónico o continuo, descartando aquellas que presenten intervalos lúcidos, porque si es así tendrá que ser ésta quien dará o no su consentimiento autónomo¹⁹.

En resumen puede decirse que en relación con el tema tratado podrán ser esterilizadas las personas con discapacidad intelectual que hayan sido declaradas incapacitadas por el tribunal competente, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos sustantivos que se analizarán a continuación.

¹⁸Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, E.: *op. cit.* p. 189

¹⁹Este requisito es exigido en el parágrafo 1905 del BGB: “(...) 2. *el representado vaya a permanecer indefinidamente incapacitado para consentir.*”

II. EL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL

En la bioética, el consentimiento informado es un requisito indispensable para toda práctica médica, pero la esterilización es un caso extremo porque constituye una intervención riesgosa con resultados, generalmente, irreversibles.

La problemática mayor del proceder que se analiza es que el sometido a la esterilización no es capaz de emitir un consentimiento informado válido. Es entonces donde la mayoría de las legislaciones al respecto reconocen que este papel corresponde al representante legal del incapacitado.

Si revisamos brevemente la doctrina del consentimiento subrogado en dos de los más importantes códigos internacionales de ética de la investigación biomédica²⁰: la Declaración de Helsinki y el Convenio de Oviedo; veremos que al reconocer el principio general de la validez de un consentimiento subrogado en el caso de sujetos

²⁰No incluyo aquí el Código de Nuremberg de 1947 pues no hace mención de la posibilidad de un consentimiento subrogado y no analiza el problema de la posibilidad de la participación de pacientes incompetentes como sujetos de proyectos de investigación biomédica. Este Código establece en su artículo 1 que para participar en una investigación biomédica “*El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; que debe estar en una situación tal que pueda ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor coercitivo o coactivo; y que debe tener el suficiente conocimiento y comprensión del asunto en sus distintos aspectos para que pueda tomar una decisión consciente.*” Código de Nuremberg de 1947, tomado de <http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf> , consultado el 21 de febrero de 2009

incompetentes, estos códigos siempre sitúan al representante legal como encargado del mismo.

La primera Declaración de Helsinki, firmada en 1964, establece con claridad la posibilidad del consentimiento subrogado sólo cuando la investigación tiene un potencial beneficio para el sujeto. Así en su artículo 27 establece: *“Cuando el individuo potencial sea incapaz, el médico debe pedir el consentimiento informado del representante legal. (...)”*²¹.

Un código más recientemente publicado, el Convenio de Oviedo de 1997, establece en su artículo 6.3: *“Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley”*²².

En nuestros predios, la Ley N° 41 de 1983 o Ley de la Salud Pública refrenda el consentimiento subrogado por parte del representante legal, en su artículo 18 cuando dispone: *“Los métodos de diagnóstico que impliquen riesgos, se realizan con la aprobación de los pacientes,*

²¹Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial de 1964. Tomado de <http://www.wma.net/s/policy/pdf/17c.pdf>. En la revisión de 1989, la Declaración continuó ratificando el papel del representante legal: *“En caso de incompetencia legal, el consentimiento informado debe ser obtenido del representante legal de acuerdo a la legislación de cada país.”* (Declaración de Helsinki, Sección 1. Principios Básicos, N° 11).

²²Convenio de Oviedo, relativo a los Derechos Humanos y la biomedicina, de 4 abril 1997. Tomado de <http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>, consultado el 21 de febrero de 2009

excepto en los menores de edad o incapacidad mental, en cuyos supuestos se requiere la autorización del padre, madre, tutor, o representante legal en su caso”.

Al amparo del Código de Familia vigente la única institución representativa regulada para las personas incapacitadas es la tutela, afianzado por el hecho de que en Cuba no es frecuente incapacitar a los menores de edad. Es por ello que al hablar del consentimiento subrogado para la esterilización de personas incapacitadas en la Cuba actual, se debe descansar prácticamente de forma exclusiva en la tutela.

VALDÉS DÍAZ la define a través de su papel de servicio: “la tutela se yergue como institución protectora de los incapacitados, al servicio de sus intereses y necesidades, concebida como auténtica potestad, no como derecho subjetivo del titular del cargo tutelar.”²³

De esta definición se puede extraer que, como consecuencia de la propia esencia de la figura, debe presumirse que su actuación es, en todo momento, en beneficio de su representado. Claro que sería una presunción *iuris tantum* pero lo cierto es que esta le va a brindar un matiz especial al procedimiento del que estamos hablando.

Es sobre la base de lo expuesto que creo que el papel del tribunal no es otorgar el consentimiento en sí, sino velar porque este consentimiento cumpla con todos los imperativos legales y éticos. Pero

²³VALDÉS DÍAZ, C del C: “Comentarios al artículo 32”, en *Comentarios al Código Civil cubano. Disposiciones preliminares, Libro I - Relación jurídica*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo (inédito).

definitivamente el consentimiento para la esterilización debe corresponder al representante legal, en este caso el tutor, pues él es, tal y como establece el artículo 137²⁴ del Código de Familia, el encargado de la defensa de los derechos y la protección de la persona.

Su ejercicio tradicionalmente es fiscalizado, lo que no significa que se rompa la presunción de que se hablaba anteriormente. Así, los sistemas de tutela constituyen una forma de protección que se le brinda al incapacitado contra el arbitrio desmedido del tutor.

En la codificación decimonónica y alguna influencia posterior esta fiscalización fue asumida por el sistema de tutela de familia, en la que la función tutelar se encomienda al grupo familiar del pupilo. Esta institución es conocida como Consejo de Familia o Consejo de Tutela, así, estas instituciones perviven en el *Code* napoleónico y en algunas legislaciones latinoamericanas como la venezolana.

En la actualidad es frecuente el sistema de tutela de autoridad, en la que el tutor se encuentra bajo la vigilancia, supervisión y control de la autoridad pública ya sea el ministerio fiscal o la autoridad judicial. A decir de DÍEZ-PICAZO y de GULLÓN, refiriéndose a la reforma operada por Ley de 23 de octubre de 1983:

²⁴Artículo 137: “La tutela se constituirá judicialmente y tiene por objeto: (...)

2. *la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados.*”

“(…) uno de los pilares de la reforma de 1983 es la sustitución de la tutela de familia por la tutela de autoridad. Como consecuencia de este cambio de orientación, todo el sistema de controles y autorizaciones que en el Código civil corresponderían al Consejo de Familia, pasan a la autoridad judicial.”²⁵

Hoy el sistema de tutela de autoridad está consagrado en casi todas las legislaciones contemporáneas o reformadas, incluyendo la nuestra (Cfr. arts. 153.5, 154, 155, 156 y 158, todos del Código de Familia), lo que justifica legalmente la pretensión que persigue esta investigación.

III. LA AUTORIZACIÓN DEL TRIBUNAL

El último de los requisitos sustantivos que el Derecho comparado y la doctrina exigen para la práctica legítima de la esterilización de las personas con discapacidad intelectual es la autorización del Tribunal al consentimiento del representante legal.

Su análisis deberá perfilarse en dos cuestiones fundamentales: el por qué debe ser el órgano judicial el que brinde la autorización y si le es posible hacerlo en Cuba al amparo de la ley vigente.

²⁵DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil Volumen I*, editorial Tecnos, Madrid, 2005. p. 259

La esterilización de una persona judicialmente incapacitada resulta una cuestión de legitimación ontológica que sólo un órgano judicial puede autorizar el consentimiento para dicha esterilización. Resultaría muy peligroso concederle esta potestad a un órgano administrativo, pues es el órgano jurisdiccional judicial el único que presenta como nota distintiva la independencia y sumisión exclusiva a la ley.

Estas dos notas que engloban el principio de independencia²⁶, consagrado en el artículo 122 de la Constitución, constituyen la garantía fundamental para los ciudadanos de que los tribunales no están sometidos a ninguna influencia y por lo tanto defenderán sus legítimos derechos conforme, no solamente a la ley positivada, sino al principio de legalidad.

El órgano administrativo tiene por su naturaleza una estructura jerárquica y por ende de subordinación²⁷ mientras que el juez al aplicar la ley no tiene superiores, no hay jerarquía, cada juez dentro de su competencia ejerce su potestad solamente vinculado a la ley. Mientras

²⁶Para MONTERO AROCA (*Derecho Jurisdiccional I – Parte General*, 7ª edición, tirant lo blanch, Valencia, 1997, p 110) “(l)as declaraciones de independencia (...) significan, aunque pueda parecer una contradicción, que los jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el cumplimiento de su función quedan sometidos única y exclusivamente a la ley.” Así también lo considera PÉREZ ROYO (*Curso de Derecho Constitucional*, 4ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 614), para quien “(e)l juez es independiente, porque está únicamente sometido a la ley, esto es a fin de que pueda aplicar imparcialmente la ley.”

²⁷“La jerarquía es una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción.” (GORDILLO, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1 - *Parte General*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, p. XII-21)

un órgano administrativo tiene que cumplir directrices trazadas por órganos superiores, los jueces pueden abstraerse de doctrinas o políticas metalegales, así la autoridad judicial excluye la posibilidad de políticas gubernamentales generales para esterilizar a incapaces, pues sólo un juez tiene la máxima independencia, imparcialidad y garantías constitucionales²⁸. La autorización judicial al consentimiento subrogado para la esterilización purifica esta práctica de todo matiz eugenésico.

²⁸ Así lo ha expuesto el Tribunal Constitucional español en el tercer fundamento de Derecho de la citada Sentencia 215 de 1994:

“...la esterilización de deficientes psíquicos (...) prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de la parte legítima por el Juez, es decir por la única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia. (...) dotada de independencia e imparcialidad reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión (...)

(...) la intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, no para que tenga que otorgarse, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás.”

La Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado de forma análoga en la Sentencia T-492 de 2006:

“No obstante, para actos que restrinjan o limiten de manera especial los derechos fundamentales de dichas personas incapaces, la misma ley civil considera que la sola decisión de los representantes legales o guardadores de los incapaces no es suficiente, exigiendo además la previa licencia judicial. (...)

Sin duda, una restricción grave de derechos fundamentales, es la que proviene de una intervención quirúrgica de esterilización definitiva de una mujer; acto que, respecto de mujeres incapaces, por razones que devienen de los mismos postulados constitucionales de protección a los más débiles, debe ser previamente autorizado por el juez dentro de un proceso en el que se demuestre la necesidad y la utilidad concreta de la medida en el caso particular.

Lo anterior, a juicio de la Corte, obedece a la necesidad de estudiar en cada caso concreto la situación de la mujer incapaz que pretende ser esterilizada en forma definitiva, a fin de determinar especialmente dos asuntos: primero, su nivel de autonomía, y segundo, la medida o medidas de protección alternas o complementarias que se acomodan a su particular situación personal, familiar y social. Ciertamente, como se desprende de los antecedentes jurisprudenciales en los cuales el mismo asunto de la esterilización de mujeres incapaces se ha planteado, no siempre los niveles de autonomía de las personas con incapacidades psíquicas son iguales, ni siempre son irreversibles. Tales incapacidades admiten grados, pudiendo ser más o menos leves, y comprometiendo en mayor o menor medida la posibilidad de un comportamiento autónomo en el manejo de la propia sexualidad y en la posibilidad de optar por la maternidad.”

Un argumento contrario lo encontramos en un Fallo argentino (Expte Nº 114.460/2009 – “G., N. T. y C., A. E. s/ Autorización” – CNCIV – SALA J – 12/05/2011):

Por su parte determinar si sobre la base de la *lege data* los tribunales serían los órganos encargados de brindar esta autorización constituye una cuestión elemental. La misma Ley Nº 82 que rige la práctica judicial en nuestro país sitúa en su artículo 4 inciso c, como uno de los principales objetivos de la actividad de los tribunales: “...amparar la vida, la libertad, la dignidad, las relaciones familiares, el honor, el patrimonio, y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”. Queda claro entonces que si lo que se quiere proteger es el derecho a la integridad física de la persona con discapacidad intelectual es el tribunal el órgano que debe pronunciarse.

Pero, como ya se ha expuesto, la *ratio* fundamental que justifica que el consentimiento ofrecido por el representante legal tenga que estar autorizado por el Tribunal competente está en el sistema de tutela de autoridad consagrado en el Código de Familia.

“Los jueces no pueden declarar otras incapacidades que las establecidas taxativamente por la ley ya que no existen incapacidades cuando la ley expresamente no las sanciona, resultando improcedente llegar a ellas por vía de interpretación analógica, por cuanto las disposiciones tendientes a limitar la capacidad jurídica de las personas deben interpretarse restrictivamente, toda vez que en el fondo afectan derechos de la personalidad, entre ellos el de la libertad.”

(...) La autorización judicial peticionada resulta improcedente. La decisión de limitar la procreación es un derecho personalísimo en orden a la procreación responsable, que tiende a la protección de la propia salud y del bienestar del grupo familiar, en el que se debe respetar la decisión personal, el proyecto de vida de cada persona y su situación (...)

De acuerdo a los preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobada por la ley 26.378 así como en la Ley Nacional 26.657 de Salud Mental se impone a los operadores la necesidad de optar por la medida menos restrictiva de la libertad y de la capacidad de la persona y el mayor respeto a su dignidad y autonomía, correspondiendo aplicar el principio pro homine que impone dar preeminencia a la hermenéutica que más derechos acuerde al ser humano.”

Sobre la base de esta fiscalización de la actividad del tutor, existen actos que este no puede realizar sin la autorización expresa del Tribunal. Estos actos son aquellos que por su naturaleza traen aparejado un potencial riesgo tanto para la persona como para el patrimonio del declarado judicialmente incapaz. Por lo que resulta lógico que un acto de tanta trascendencia como el consentimiento subrogado para esterilizar deba estar contenido dentro de esta lista.

Lamentablemente en el artículo 155 del Código de Familia²⁹, contentivo de los actos antes expresados, no aparece el consentimiento para proceder a médicos que impliquen un menoscabo de la integridad física o riesgo potencial a la salud de la persona judicialmente incapacitada, cuando este no sea un caso de carácter urgente. Por su parte en el Anteproyecto no se hacen cambios sustanciales al respecto.

Empero, no creo que esta omisión descarte la posibilidad de la autorización judicial al consentimiento subrogado de esterilización. La propia esencia de la tutela permite que el Tribunal conozca y se pronuncie tantas veces como crea conveniente, protegiendo así a la persona judicialmente incapacitada sometida a ella. En virtud de esto

²⁹Artículo 155: “El tutor necesitará autorización del Tribunal para:

1. *solicitar el auxilio de las autoridades al efecto de internar al tutelado en establecimiento asistencial o de reeducación;*
2. *realizar actos de dominio o cualquier otro acto que pueda comprometer el patrimonio del tutelado;*
3. *repudiar donaciones y herencias o aceptarlas, así como para dividir éstas u otros bienes que el tutelado poseyere en común con otros;*
4. *hacer inversiones y reparaciones mayores en los bienes del menor o persona judicialmente incapacitada; transigir o allanarse a demandas que se establezcan contra el menor o persona judicialmente incapacitada.”*

viene la obligación impuesta al tutor de rendir cuentas de su gestión ante el Tribunal cada vez que este lo disponga (Cfr. art. 158 del Código de Familia).

Esto trae como conclusión que, si bien el Tribunal puede sustanciar el control del consentimiento subrogado del representante y consecuentemente autorizarlo o no, esta tarea será facultativa, dependerá exclusivamente del interés del tutor de someter su decisión a un pronunciamiento judicial, nunca podrá imponerse preceptivamente al amparo de la ley vigente. Por esa razón creo que el Anteproyecto sí debería incluir en el artículo correspondiente el consentimiento subrogado para casos extremos entre las actuaciones del tutor que deben ser sometidas preceptivamente a autorización judicial.

Establecida entonces la necesidad de la autorización judicial para que el consentimiento dado por el representante legal sea legítimo, cabe dilucidar ahora qué requisitos procesales son necesarios para dotar a esta autorización judicial de máximas garantías procedimentales.

III.1 Determinación de la jurisdicción a la cual someter el procedimiento de esterilización.

Este epígrafe sea, tal vez, el esclarecedor por excelencia de todas las demás cuestiones procesales. Valorar a qué jurisdicción debe someterse el procedimiento afianzará las conclusiones expuestas en relación con la competencia, tomará partido en lo referido a cómo el

representante legal deberá iniciar el procedimiento y nos brindará las herramientas para dilucidar el correcto papel del Fiscal dentro de éste.

Tradicionalmente se ha conocido la jurisdicción contenciosa y la voluntaria como partes integrantes de la jurisdicción civil, siendo esta la función de conocimiento, investigación y decisión de las pretensiones sobre derechos civiles y de familia, conforme con el sistema de procedimiento establecido por la Ley.

Creo que la presunción de que el representante actúa en beneficio del incapacitado da una respuesta categórica a la jurisdicción voluntaria como cauce propicio para el procedimiento de esterilización.

Según COBAS, HURTADO Y OJEDA, doctrinalmente los criterios distintivos de la jurisdicción voluntaria se resumen a cuatro aspectos, a saber: el fin del proceso, la inexistencia de contienda, la naturaleza propia y que las decisiones carecen de la autoridad de cosa juzgada.³⁰

El fin que caracteriza los actos de jurisdicción voluntaria es la tutela o protección de los derechos de los particulares en ciertos casos en los que se considera necesario por no estar en condiciones de defenderse por sí mismos y existir el peligro de que sus derechos sean lesionados. Por su parte, el fin del procedimiento de esterilización es

³⁰*Vid.* COBAS COBIELLA, María Elena, Antonio Luis HURTADO PÉREZ y Nancy OJEDA RODRÍGUEZ: “La Jurisdicción Voluntaria” en *Revista Jurídica* No. 19, de abril-junio de 1988, Año VI. pp. 226-227.

fiscalizar el actuar del tutor en protección a los derechos personalísimos del incapacitado.

La inexistencia de contienda entre las partes explica que: mientras en la jurisdicción contenciosa lo que se somete a la jurisdicción del juez es un conflicto de intereses que se desea solucionar, en la jurisdicción voluntaria lo que se lleva al juez es un pedido de realización de un acto que la ley considera necesario para dar vida a una nueva relación jurídica o producir un determinado efecto jurídico; o sea, en la primera hay presencia de *litis* y en la segunda no.

Esta inexistencia de *litis* se explica en el procedimiento de esterilización producto de la presunción antes expuesta en relación con el representante. Éste actúa teniendo en cuenta en todo momento el mayor beneficio del incapacitado, su educación y formación integral, de acuerdo con su personalidad y su integración a la sociedad (Cfr. arts. 137 y 153 del Código de Familia), lo que presume y pronostica la inexistencia de contradicción entre ambas personas.

Esto no significa que no pueda existir contradicción sino que esta constituye la excepción y no la regla, más como una contradicción en potencia pero no en acto, tal y como lo explica CARNELUTTI, la diferencia entre proceso contencioso y proceso voluntario se funda en la distinción entre conflicto actual y conflicto potencial de intereses: “La prevención de la *litis* es el fin específico del proceso voluntario, el cual

es para el proceso contencioso lo que la higiene para la curación de las enfermedades.”³¹

En relación con la naturaleza propia, dentro de la jurisdicción voluntaria están incluidas actuaciones muy diversas, completamente heterogéneas y que responden a diferentes naturalezas jurídicas. Lo que permite que dentro de esta jurisdicción se ventilen asuntos de distinta índole, amparando así el procedimiento de esterilización.

Finalmente el acto de jurisdicción voluntaria produce sólo cosa juzgada formal, no material. La resolución emitida en esta jurisdicción formalmente no resulta ya discutible, no es directamente atacable; pero el Tribunal puede volver a conocer el mismo asunto en la vía contenciosa. Lo que justifica que de existir oposición, por ejemplo del Fiscal, la autorización judicial del consentimiento emitida por un auto puede volver a juzgarse en un proceso ordinario.

Este análisis valida que el cauce procesal idóneo para el procedimiento de esterilización es el expediente de jurisdicción voluntaria. Es en esta jurisdicción donde se reflejan de forma más clara las características del procedimiento de esterilización.

Sin embargo, el objetivo de este capítulo es crear el procedimiento de esterilización desde la *lege data*. Por lo que el cuestionamiento que se impone es si en nuestro Derecho el

³¹Vid. CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil. Volumen I*, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 45.

procedimiento analizado puede tramitarse por un expediente de jurisdicción voluntaria.

De una lectura inicial de la Ley ritual cubana puede decirse que esta opción no es posible. El procedimiento supletorio es el ordinario, en sede de jurisdicción contenciosa, según establece el artículo 223 de la normativa en cuestión³². Así, podría concluirse que los procedimientos de jurisdicción voluntaria constituyen un sistema de *numerus clausus*, restringidos a aquellos regulados taxativamente en la ley procesal cubana.

Sin embargo, un análisis más profundo podría darnos otra conclusión. La LPCALE regula en el Título II del Libro Quinto cuatro procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria, a saber: el expediente de incapacidad, la administración de bienes de ausentes, el expediente de consignación y las informaciones para perpetua memoria. Mas el Título I del mismo Libro contiene 8 artículos que informan acerca de las características y principios propios de la jurisdicción voluntaria.

Introduciendo el tema el artículo 578 establece que *“Corresponden a la jurisdicción voluntaria los procedimientos que tengan por objeto hacer constar hechos o realizar actos que, sin estar empeñada ni promoverse cuestión entre partes, haya producido o deban producir efectos jurídicos, y de los cuales no se derive perjuicio*

³²Artículo 223: *“Se tramitarán en proceso ordinario: (...)*

3. Las demandas para la decisión de las cuales no establezcan otro procedimiento.”

a persona determinada.” Lo que conduce a preguntarse bajo qué sustento se afirma que la jurisdicción voluntaria es un sistema de *numerus clausus*.

Claramente las normas generales contenidas en los artículos del 578 al 585 pueden ser aplicadas a los casos que reúnan las características expresadas en el artículo expuesto y tengan inexorablemente que ser resueltos por esa vía, lo que no significa que los particulares conformen un procedimiento de naturaleza constitutiva, cautelar o ejecutiva, al margen de los preceptos legales existentes. Desde la doctrina española, ALMAGRO y TOMÉ³³ explican que:

“(…) cuando de la naturaleza estricta de las normas jurídicas aplicables, resulte necesaria la intervención judicial sin estar “empeñada contienda”, la actividad judicial se rija por estas normas generales (referida a la jurisdicción voluntaria N.A.). Pero, en estos supuestos, no se estaría en presencia de una generalización de los casos, sino de una aplicación analógica de las normas para integrar su contenido.

Las normas generales se entienden, pues, aplicables supletoriamente, según los casos y cuando ello sea posible, a los supuestos contemplados por la LEC, a los supuestos que expresamente resulten de

³³ALMAGRO NOSETE, J. y J. TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho procesal*, tomo II - *Proceso civil. Parte 2*, Trivium, Madrid, 1994, pp. 516-517.

otras leyes o cuerpos legales y también, a los que requieran inequívocamente de la intervención judicial en forma de jurisdicción voluntaria y no tengan asignado procedimiento.”

Esto explica que en nuestro Derecho se procesen por la jurisdicción voluntaria el establecimiento de la tutela, la adopción, la declaración judicial de presunción de muerte y el expediente de utilidad y necesidad, por solo nombrar algunos procedimientos ausentes del mencionado Título II del Libro Quinto de la LPCALE. Estos procedimientos son clasificados por ARELLANO GARCÍA³⁴ como innominados por no aparecer regulados en la ley.

Como conclusión puede decirse que de *lege data* es admisible que el procedimiento de esterilización se procese mediante un expediente de jurisdicción voluntaria.

Pero cómo se sustancia entonces este hecho con la supletoriedad expresa del proceso ordinario. La respuesta es de carácter terminológico, pues el citado precepto 223 se refiere claramente a “las demandas”, empleándolo en sentido técnico, lo que no corresponde con la pretensión del tutor que inicia el procedimiento. Este lo hace, no ejercitando un derecho de acción sino un derecho de petición.

³⁴ARELLANO GARCÍA, Carlos: “*Procedimientos Civiles Especiales*”, editorial Porrúa S.A, México, 1987, p. 283.

Aun cuando ya se concluyó que el cauce procesal adecuado para la autorización judicial de la esterilización de las personas incapacitadas es el expediente de jurisdicción voluntaria, algunos elementos característicos de esta jurisdicción hacen que sea muy probable que el asunto se tramite también por la jurisdicción contenciosa. Esto puede darse a través de dos formas: que haya oposición durante el procedimiento voluntario o que el asunto vuelva a presentarse ante los tribunales luego de que el auto adquiera firmeza. Así, la posibilidad de que el procedimiento de esterilización pueda realizarse también por la jurisdicción contenciosa, obliga a que en los sucesivos epígrafes, si bien se parta de analizar los componentes procesales desde la jurisdicción voluntaria, se haga una referencia a su comportamiento en esta jurisdicción.

III.2 Determinación del tribunal competente para autorizar la esterilización.

La competencia es definida por CARNELUTTI como “la pertenencia a un oficio, a un oficial o a un encargado, de la potestad respecto de una *litis* o de un negocio determinado; naturalmente, tal pertenencia es un requisito de validez del acto procesal, en que la potestad encuentra su desarrollo.”³⁵

Esta definición explica la importancia de determinar cuál tribunal será el competente para conocer y autorizar la esterilización del

³⁵CARNELUTTI, F.: *op. cit.* volumen I. p. 209

incapacitado. Si se analizan las distintas posturas que adoptan los ordenamientos al respecto, tenemos que la jurisprudencia inglesa exponía que solamente podía ser autorizada la esterilización por la *High Court*³⁶, equivalente al Tribunal Supremo Popular; mientras que Alemania y España lo situaban en la primera instancia, solo que el primero a través de los Tribunales de Familia mientras que el segundo en los jueces civiles.

En relación con el criterio de competencia vertical o jerárquica, no cabe dudas que el Tribunal que conoce del procedimiento de esterilización en la jurisdicción voluntaria es el Tribunal Municipal Popular, así lo establece el artículo 5 de la ley ritual³⁷.

Sin embargo, en la vía contenciosa la determinación de la competencia no es tan obvia. En nuestro Derecho, una primera respuesta sería que el foro competente es el Tribunal Provincial correspondiente, pues al amparo del artículo 6 de la LPCALE³⁸ es en esta instancia donde está la competencia residual que permite conocer de todos los asuntos civiles que no estén atribuidos a otro Tribunal. Es así que, al no existir atribución expresa del procedimiento de esterilización a otro Tribunal debería procesarse por los Tribunales Provinciales Populares.

³⁶Sentencia del caso *Re B* de 1987

³⁷Artículo 5: “*Los Tribunales Municipales Populares conocen, en materia civil, de: (...)*”

4. *los actos de jurisdicción voluntaria que no sean en negocios de comercio;*”

³⁸Artículo 6: “*Los Tribunales Provinciales Populares conocen, en materia civil de: (...)*”

7. *los demás asuntos civiles que no estén atribuidos por esta Ley a otro Tribunal.*”

Pero si esta solución puede resultar lógica, en mi opinión es producto de un razonamiento elemental. Una interpretación más rigurosa puede darnos otra respuesta.

El citado artículo 5 de la LPCALE en su acápite 2³⁹, establece que los Tribunales Municipales Populares conocen de los procesos que se deriven de la aplicación del Código de Familia, excepto la nulidad del matrimonio y la suspensión de la patria potestad. De esta forma creo que el procedimiento de esterilización debe ser ventilado en esta instancia, pues el sustento legal que tiene es la fiscalización del ejercicio de la tutela por el sistema de autoridad que establece el mencionado Código.

Por esta misma razón creo que la sección de este Tribunal que debe conocer de este asunto, tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, es la de Familia⁴⁰.

En cuanto al criterio de competencia horizontal o territorial, el artículo 11.8 de la LPCALE⁴¹ sitúa en primer orden, de acuerdo con el

³⁹Artículo 5: “Los Tribunales Municipales Populares conocen, en materia civil, de: (...)”

2. *los procesos sobre el estado civil de las personas y los que se susciten por la aplicación del Código de Familia, salvo los que se señalan en el apartado 3) del artículo 6 de esta ley;*”

⁴⁰Creadas por la Instrucción N° 187/2007 del Tribunal Supremo Popular y hechas extensivas a todos los Tribunales municipales por el Acuerdo N° 4/2010 del mismo órgano.

⁴¹Artículo 11: “Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, la competencia para conocer de los asuntos civiles por razón del lugar se determina de acuerdo con las reglas siguientes: (...)”

8. *en las consignaciones, el Tribunal del lugar donde debe hacerse el pago; en las diligencias de depósito, reconocimiento o avalúo de bienes, el Tribunal del lugar donde estos se encuentran; en las diligencias de reconocimiento de naves o sus cargamentos y otras análogas, el del puerto de arribada o de descarga; y en las demás diligencias de jurisdicción voluntaria, el del lugar donde se hallan las cosas, o en su defecto, el del domicilio del promovente;*”

principio dispositivo, el escogido por el representante legal y supletoriamente el Tribunal del domicilio de aquel.

No obstante, es necesario reflexionar sobre este tema. En primer lugar, el principio dispositivo no puede ser tan absoluto para el procedimiento de esterilización, el límite fundamental a la autonomía de la voluntad en cuestión de la competencia territorial está en la intervención del Fiscal, al cual no puede obligar la voluntad del interesado⁴²; de forma que en el procedimiento de esterilización no puede regir el principio dispositivo en tema de competencia.

Por su parte, la determinación del domicilio del promovente como criterio de atribución de la competencia puede traer interpretaciones encontradas. Podría interpretarse que el Tribunal competente sería el del domicilio del representante legal, pues este es el solicitante y materialmente el promovente, lo cual no me parece una postura acertada. Me parece lógico afirmar que el Tribunal Municipal competente es el del domicilio de la persona judicialmente incapacitada, ya que el representante solicita a nombre de su tutelado siendo este el promovente formal. Así lo establece *mutatis mutandi* el artículo 52.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española⁴³.

⁴²GIMENO GAMARRA (“Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria”, en *Annuario de Derecho Civil*, tomo VI, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953, fascículo I, p. 40) señala que el Tribunal Supremo español declaró, en Sentencia de 5 de enero de 1935, que, en términos generales, la sumisión no cabe en los negocios de jurisdicción voluntaria

⁴³Artículo 52: “No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes: (...)”

Contrario sensu, un sector de la doctrina española propugna una solución diferente. Al respecto COMPTE MASANCH⁴⁴ expresa que: “Dada la previa declaración judicial de incapacidad, y por lo tanto, la existencia de expediente judicial que ha resuelto tal extremo, es lógico afirmar que el Juez competente será el que en su día entendió de la incapacidad, esto es, aquel en cuyo Juzgado se tramitó el Juicio de Menor Cuantía relativo a la incapacidad por ser este donde obran los datos relevantes referentes al incapaz.”

Esta postura, a mi juicio, no tiene sentido pues, si bien el procedimiento analizado guarda relación con el expediente de incapacidad, en realidad se trata de dos cuestiones diferentes entre las cuales puede transcurrir un lapso importante⁴⁵.

En cuanto a la vía excepcional por la jurisdicción contenciosa puede sostenerse que el Tribunal competente es también el del domicilio de la persona incapacitada pues, al amparo del artículo 11.5 de la LPCALE⁴⁶, el Tribunal competente es el del domicilio del

5. *En los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, persona judicialmente incapacitadas o declarados pródigos, será competente el Tribunal del lugar en que éstos residan.*”

⁴⁴COMPTE MASANCH, Teresa: “Algunas cuestiones sustantivas y procesales que suscita la esterilización de incapaces conforme al artículo 428 del Código Penal”, en *Memoria elevada al Gobierno de SM presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Leopoldo Torres Boursault*, Madrid, 1990, p. 278.

⁴⁵*Apud.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “El consentimiento y la esterilización de los incapaces”, en *Cuadernos de política criminal*, Nº 44, 1991, p. 346; Seoane, J.A.: *La esterilización de incapaces...*, *cit.*, pp. 80-84.

⁴⁶Artículo 11: “Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, la competencia para conocer de los asuntos civiles por razón del lugar se determina de acuerdo con las reglas siguientes: (...)”

demandado, si es conocido; y en otro caso, el del demandante. En este caso, de existir demanda, el demandado sería el Fiscal.

Por tanto, y en conclusión, cabe decir que el Tribunal competente para la autorización judicial del consentimiento subrogado de esterilización es la sección de Familia del Tribunal Municipal Popular del domicilio de la persona judicialmente incapacitada a la que se le solicita la esterilización.

III.3 Solicitud de la autorización judicial. Legitimación activa en el procedimiento.

El tema de la solicitud, o más bien de quién la realiza, es uno de los puntos medulares del procedimiento de esterilización. La doctrina⁴⁷ y la jurisprudencia⁴⁸ española han señalado con acierto que junto con la autorización judicial constituyen el mayor freno a la aplicación de políticas eugenésicas y que a la vez estas garantías actúan como un sistema de frenos y contrapesos⁴⁹.

9. *en los procesos en que se ejercitan acciones referentes a las relaciones de familia, estado civil, patria potestad, tutela y filiación, es competente el Tribunal del domicilio del demandado, si es conocido; y en otro caso, el del demandante;*²

⁴⁷Vid. SEOANE, J.A.: *La esterilización de incapaces...*, cit. p. 71

⁴⁸Nuevamente cito el tercer fundamento de Derecho de la citada Sentencia 215 de 1994:

"...la solicitud de quienes ostentan la representación legal del incapaz, sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial (...)

En suma, pues, la necesaria iniciativa de los representantes legales del incapaz, asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos."

⁴⁹La solicitud por el representante impide que la esterilización se realice por motivos eugenésicos y la autorización judicial que se realice por intereses espurios de los representantes.

De esto se deduce que la única persona que debe hacer la solicitud de la autorización judicial para la esterilización de una persona judicialmente incapacitada es su representante legal, esto tiene amparo legal en el artículo 151 del Código de Familia⁵⁰, que informa que el tutor representará al menor o a la persona judicialmente incapacitada en todos los actos civiles o administrativos.

Así, partiendo del principio dispositivo material, se deduce que el procedimiento siempre se iniciará a instancia de parte interesada y nunca de oficio, lo que impide la esterilización forzosa como política gubernamental. Tampoco debe permitirse que el procedimiento sea iniciado por una institución de Derecho Público, actuando como tal, pues lo que se intenta impedir es un programa eugenésico encubierto.

En este sentido, cabría analizar la posibilidad de separación entre la representación ordinaria y la representación legitimada para solicitar la esterilización que establece el parágrafo 1900 del BGB, relativo a la representación desempeñada por una asociación o por una autoridad. Me parece que dicha separación no es necesaria pues, aun cuando la persona que ejerce la representación legal sea un ente de Derecho Público, en el ejercicio de la potestad representativa está actuando como ente privado y como tal es que solicita la autorización judicial al consentimiento subrogado que quiere brindar para la esterilización de su tutelado.

⁵⁰Artículo 151: “El tutor representa al menor o persona judicialmente incapacitada en todos los actos civiles o administrativos, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley, el tutelado pueda ejecutar por sí mismo.”

Ahora bien, al plantear la doctrina y jurisprudencia analizada que es solamente el representante legal quien debe hacer la solicitud para el inicio del procedimiento de esterilización, cabe cuestionarse si lo realiza a su nombre o a nombre de su representado. O sea, cabe dilucidar si la legitimación activa la tiene el representante legal o la persona judicialmente incapacitada.

Por regla general, la legitimación viene determinada por la titularidad de los derechos o intereses que en cada procedimiento se tratan de proteger. Los titulares de estos derechos son los que normalmente están legitimados para promoverlo.

Así, podría analizarse que, si lo que persigue el procedimiento es un control del ejercicio de la potestad del representante legal, la legitimación activa debería estar en el representante pues es el titular del derecho/deber que intenta proteger.

Sin embargo, partiendo de la misma teoría de la representación, no caben dudas de que el representante actúa siempre a nombre y por cuenta del representado. Por lo que, si bien el objeto del procedimiento en cuestión es controlar el ejercicio de la tutela, la *ratio esendi* de esta figura no es otra que ejercitar los derechos del pupilo.

Resulta entonces lógico afirmar que la legitimación activa corresponde a la persona que va a ser sometida a la esterilización, pues es ella la titular del derecho a la integridad física que se trata de proteger

y a nombre de la cual se brinda el consentimiento informado, solamente que al carecer de la capacidad procesal debe actuar por medio de su representante legal en virtud del artículo 63 *in fine* de la LPCALE. Por lo que si bien la solicitud para el procedimiento la realiza materialmente el representante, formalmente la realiza la persona judicialmente incapacitada.

En lo que se refiere a la postulación, en el procedimiento de estilización, no debe ser preceptiva la intervención de abogado, por ser un expediente de jurisdicción voluntaria y al amparo del acápite 3 del artículo 66 de la LPCALE⁵¹. Respecto a este precepto, PÉREZ GUTIÉRREZ señala que: “(a)parentemente dicha formulación de “avanzada” permitiría una mejor comunicación solicitante-Tribunal, pero atemperar lo interesado a los requisitos *ex lege*, implicaría una oralidad e intermediación del juez no previstas en nuestra jurisdicción civil”, y continúa señalando que “...aunque con menor rigor que el proceso contencioso no deja por eso de estar investida de formalidades la jurisdicción voluntaria y ello trae como consecuencia la necesaria presencia de abogados que garanticen un resultado eficaz.”⁵²

⁵¹Artículo 66: “...*No obstante, no será necesaria la dirección letrada: (...)*
1. *en los actos de jurisdicción voluntaria.*”

⁵²PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne: “Algunas precisiones sobre la jurisdicción voluntaria en Cuba”, en *Los asuntos no contenciosos en sede notarial en Iberoamérica*, Nelly Fernández del Castillo y Jorge Gutiérrez Díaz (coordinadores), Gaceta Notarial, Lima, 2009, p. 46.

IV. PAPEL DEL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO DE ESTERILIZACIÓN

La intervención del Fiscal en el procedimiento de esterilización está refrendado en Cuba desde la misma Constitución, la que en su artículo 127 establece que: *“La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado.”*

Este mandato constitucional se desarrolla en la Ley No. 83 de la Fiscalía General de la República, definiendo en su artículo 8, inciso g que entre las funciones de la Fiscalía se encuentra ejercer en representación del Estado las acciones judiciales que correspondan conforme con la legislación vigente, en función del interés social y en su caso, en representación de menores, ausentes e incapaces.

Ya se había analizado que el Fiscal no representa al incapacitado en el procedimiento en cuestión, pues esa labor la realiza su representante legal bajo la presunción de la ausencia de contradicción de intereses. Tampoco está legitimado para promover el procedimiento y, partiendo del criterio de la jurisdicción voluntaria, no constituye parte procesal. Pero al ser defensor máximo de la legalidad y representante del Estado en asuntos de marcado interés social es deducible que el

papel del Fiscal en el procedimiento de esterilización es el de asesor del órgano jurisdiccional y garante tanto del procedimiento como de los derechos del incapacitado⁵³.

CARNELUTTI⁵⁴, en relación con la intervención del Fiscal en los procesos civiles en general, ilustra lo antes expuesto: “Cierto es que la razón que determina la institución del Ministerio Público se encuentra en los intereses públicos que las diversas normas jurídicas tienen el deber de tutelar. El Ministerio Público obra para la tutela de intereses internos (...), por ello, si bien desde el punto de vista de lo que hace, el Ministerio Público se aproxima a la parte y se contrapone al juez, se acerca por el contrario al juez y se contrapone a la parte, bajo el aspecto del por qué actúa, puesto que, al igual que el juez, el Ministerio Público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar, sino un deber que cumplir”.

Por mandato expreso de la Ley ritual⁵⁵, el Tribunal está obligado a notificarle al Fiscal la promoción del procedimiento realizada por el representante legal. Esto ocurre pues claramente estamos ante un acto de marcado interés social, que requiere un estricto control del cumplimiento de todas las garantías sustantivas y procesales. Ante la ausencia de contraparte y la situación de indefensión del incapacitado

⁵³El fundamento procesal de la función antes enunciada se encuentra en el contenido de los artículos 583 y 584 de la LPCALE.

⁵⁴CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1954. pp. 51-52.

⁵⁵Artículo 583: “*Se notificará al fiscal la promoción de todo expediente de jurisdicción voluntaria al efecto de las facultades a que se refiere el artículo siguiente, o ejercitar éstas en cualquier otro caso en que lo estime procedente por razón de las atribuciones que le confiere la ley.*”

resulta necesario una verificación y confirmación de la presunción de mayor interés del incapacitado.

Para cumplir con lo anterior la ley⁵⁶ establece que el Fiscal deberá emitir un dictamen escrito además de ser oído en la audiencia. Para esto el Fiscal practica inspecciones oculares, solicita peritajes, realiza entrevistas y verificaciones que resulten necesarias para fundamentar los hechos que presenta al Tribunal o para comprobar lo solicitado por el promovente.

En el procedimiento de esterilización, el Fiscal constituye un sujeto procesal velador de la buena marcha de este, que con su reconocida autoridad estatal puede contribuir con extrema valía a la plena realización de la justicia que se busca, que no es otra cosa que la búsqueda de la única verdad existente, por encima de las disquisiciones teórico-doctrinales, que es el interés supremo del incapacitado y del potencial niño.

La Fiscalía General del Estado español reafirma que: “Si es ineliminable que el Fiscal sea oído, su dictamen deberá tender siempre a defender los derechos que todo deficiente tiene a la integración social y al pleno desarrollo de su personalidad en todas las esferas de la interrelación humana, incluida la sexualidad, para que pueda situarse en un plano de igualdad con las demás personas. Desde esta perspectiva, la

⁵⁶Artículo 584 (de la LPCALE): “*Se oirá al Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos y cuando se refiera a personas o bienes cuya protección o defensa compete a su autoridad. El Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente.*”

medida de esterilización cumple su verdadera finalidad, y el Ministerio Fiscal se opondrá a que la automatización esterilizadora pueda fundarse en intereses contrarios o distintos a los del incapaz. El criterio de mayor interés y bienestar legitimador de las esterilizaciones deberá tenerse siempre en cuenta como norma limitadora y garantista.”⁵⁷

En conclusión, la audiencia del Fiscal es un requisito indispensable para la autorización del consentimiento subrogado para la esterilización de los incapacitados, si bien su contenido no vincula necesariamente al Tribunal, el que podrá apartarse de lo que el Fiscal sostenga.

V. EL DICTAMEN PERICIAL

El perito titular es un profesional dotado de conocimientos especializados y reconocidos, a través de sus estudios superiores, que suministra información u opinión fundada a los tribunales de justicia sobre los puntos que son materia de su dictamen. Un dictamen pericial permite llevar a conocimiento del Tribunal datos de hecho que pueden ser aprehendidos sólo o, cuando menos, de modo preponderante por quien esté versado o formado en una determinada rama del saber, sea científica, artística, técnica, o en una concreta práctica.

⁵⁷Circular de la Fiscalía General del Estado de 31 de enero de 1991. *Cit. pos.* SEOANE, J.A.: La esterilización de los incapaces... *op. cit.* pp. 93-94.

De esta forma, el dictamen pericial constituye uno de los requisitos que más contribuirá a la formación de la decisión judicial ya que versará sobre: la constatación de la existencia de la deficiencia psíquica y la determinación de su gravedad, su permanencia e irreversibilidad, la comprensión del significado de la procreación y del significado de la maternidad o paternidad, además de la apreciación de la oportunidad de la adopción de la medida esterilizadora y de sus consecuencias las circunstancias vertebrales, tanto de la solicitud inicialmente interpuesta por el representante legal como de la posterior autorización o denegación por parte del Tribunal.

Sustentada en lo expresado, COMPTE MASANCH⁵⁸ indica pormenorizadamente cuál debe ser el contenido del dictamen:

“1º. Fundamentación clínica de la incapacidad psíquica plenamente para realizar la tutela de la descendencia, estimándose legítima cualquier causa patógena de la minusvalía psíquica con inclusión de dictamen psiquiátrico y psicomático de carácter médico-legal que puntualice y concrete exclusivamente la minusvalía psíquica para la tutela de menores.

2º. Fundamentación clínica del riesgo que una potencial gestación y paternidad comporta para la salud y estabilidad psicoanímica y/o adaptación social del

⁵⁸COMPTE MASANCH, T.: *op. cit.* p. 279.

incapaz con inclusión, pues, de dictamen psiquiátrico-social.

3º. Fundamentación clínica de la necesidad de utilizar la técnica de la esterilización quirúrgica por contradicción y/o imposibilidad operatoria de emplear otros medios anticonceptivos alternativos y por estar en situación de fertilidad, que incluirán dictamen ginecológico en que se concrete la utilización técnica de la esterilización temporal (OTR) por contraindicación de otros métodos.

4º. Información a los padres y al incapaz de las características de la intervención, así como de su finalidad y potenciales riesgos.”

De la opinión de la fiscal barcelonesa se puede señalar que los peritos habrán de ser doctores en Medicina, opinión sustentada también por la jurisprudencia británica, quien especifica que habrán de ser un especialista en Psiquiatría infantil y adolescente y un especialista en Obstetricia y Ginecología.

Esta opinión es muy comprensible pero en mi opinión muy limitada. Nada obsta para que conjuntamente con el de los dos facultativos expresados se solicite dictámenes de psicólogos, defectólogos, trabajadores sociales que estén encargados de la atención

constante o periódica de la persona con discapacidad intelectual incapacitada.

Así, es conveniente el dictamen de los dos facultativos a fin de constatar las cuestiones eminentemente clínicas; y de que estos sean distintos del médico de asistencia para tener un criterio científico más neutral y certero. Pero también los dictámenes de los profesionales sociales que interactúan con la persona con discapacidad intelectual para que se pormenoricen las características y circunstancias específicas e individuales tanto de este como de su medio social.

A este requisito ayuda que la Instrucción No. 187 de 2007 dispone que los tribunales de familia hayan de contar con un equipo asesor multidisciplinario, integrado al menos por psicólogos, trabajadores sociales y educadores.

En relación con la ley procesal toda la actividad pericial se sustenta en los artículos del 301 al 315 los que, a pesar de ser regulados para el procedimiento ordinario, son supletorios para el procedimiento voluntario.

Al igual que expresábamos en relación con el Fiscal, y amparado en el artículo 315 de la LPCALE, el dictamen pericial no tiene carácter vinculante para el Tribunal, pero será requisito *sine qua non* en el procedimiento de esterilización.

VI. CONSIDERACIONES *AD FINEM*

Desde el Derecho, la principal implicación de la esterilización de las personas con discapacidad intelectual es el atentado contra su derecho a la integridad física, el que protege la conservación del organismo y sus funciones frente a intromisiones externas sin el consentimiento del titular. La imposibilidad de la persona con discapacidad intelectual de brindar un consentimiento informado válido trae como consecuencia que la esterilización practicada a ésta sea involuntaria y, consecuentemente perturbe su integridad física, debiendo así ser protegida desde el Derecho.

La esterilización contraceptiva es un mal menor en salvaguarda de la plena realización personal de la persona con discapacidad intelectual y protección de terceros (potencial descendencia), pero esta práctica no debe ser utilizada en cualquier circunstancia, sino como última *ratio* es decir, como método anticonceptivo empleado únicamente cuando otro no pueda ser utilizado o no ofrezca garantías.

La ausencia de un procedimiento de esterilización en nuestro Derecho, crea un clima desfavorable para la implementación de la Convención recién ratificada por Cuba. Pero para introducir un modelo procesal que controle y autorice el consentimiento subrogado para esterilizar a una persona con discapacidad intelectual en nuestro Derecho no es necesaria una modificación o adición normativa,

solamente necesita una voluntad política que garantice las condiciones analizadas en este trabajo.

Cuba constituye para muchas partes del mundo un ejemplo en el trato dado a las personas con discapacidad intelectual y sus políticas sociales al respecto no son solamente plausibles sino además admirables. Es por eso que la práctica de la esterilización sin el amparo del Derecho constituye una antítesis con esta realidad.

Se hace necesaria la puesta en marcha del procedimiento propuesto para adecuar nuestra legislación a la realidad social de nuestro país en relación al tema tratado.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, editorial Bosch, Barcelona, 2002; **ALMAGRO NOSETE**, José y José **TOMÉ PAULE**: *Instituciones de Derecho procesal. Tomo II. Proceso civil. Parte 2*, editorial Trivium, Madrid; **AMOR PAN**, José Ramón: *Introducción a la bioética*, editorial PPC, Madrid, 2005; **ARELLANO GARCÍA**, Carlos: “*Procedimientos Civiles Especiales*”, editorial Porrúa S.A, México, 1987; **ASTUDILLO POLO**, Francisco: “El derecho a la integridad física y la esterilización de las personas discapaces: Comentarios a la sentencia 215/1994 del Tribunal Constitucional” en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 2, Nº 4, 1995; **CARNELUTTI**, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil. Volumen I*, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960; *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1954; **CIFUENTES**, Santos: *Elementos de derecho civil. Parte general*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1999; **COBAS COBIELLA**, María Elena, Antonio Luis **HURTADO PÉREZ** y Nancy **OJEDA RODRÍGUEZ**: “La Jurisdicción Voluntaria” en *Revista Jurídica No. 19*, de abril-junio de 1988, Año VI; **COMPTE MASANCH**, Teresa: “Algunas cuestiones sustantivas y procesales que suscita la esterilización de incapaces conforme al artículo 428 del Código Penal”, en *Memoria elevada al Gobierno de SM presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Leopoldo Torres Boursault*, Madrid, 1990; **DIEZ-PICAZO**, Luis y Antonio **GULLÓN**:

Sistema de Derecho Civil Volumen I, editorial Tecnos, Madrid, 2005; **GAFO**, Javier: “La esterilización”, en *Razón y Fe*, Nº 202, 1980; **GIMENO GAMARRA**, Rafael: “Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo VI, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953, fascículo I; **GORDILLO**, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1 - *Parte General*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003; **KEMELMAJER DE CARLUCCI**, Aída R.: “Los disminuidos mentales, la esterilización terapéutica y el derecho sobre el propio cuerpo”, en *Derecho privado. Libro Homenaje a Alberto Bueres*, coordinado por Oscar J. Ameal y Dora Mariana Gesualdi, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001; **LETE DEL RÍO**, José Manuel: “La esterilización del deficiente psíquico”, en *Actualidad Civil*, Nº 1, 2002; **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, Jacobo: “El consentimiento y la esterilización de los incapaces”, en *Cuadernos de política criminal*, Nº 44, 1991; **MONTERO AROCA**, Juan *et al.*: *Derecho Jurisdiccional I – Parte General*, 7ª edición, tirant lo blanch, Valencia, 1997; **PÉREZ GALLARDO**, Leonardo B.: “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por José Pérez de Vargas Muñoz, editorial La Ley, Madrid, 2006; **PÉREZ GONZÁLEZ**, Ernesto: “Psiquiatría Forense”, en *Temas de Medicina Legal para Estudiantes de Derecho*, editorial Félix Varela, La Habana, 2004; **PÉREZ GUTIÉRREZ**, Ivonne: “Algunas precisiones sobre la jurisdicción voluntaria en Cuba”, en *Los asuntos no contenciosos en sede notarial en Iberoamérica*, Nelly Fernández del Castillo y Jorge Gutiérrez Díaz (coordinadores), Gaceta

Notarial, Lima, 2009; **PÉREZ ROYO**, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, 4^{ta} edición, Marcial Pons, Madrid, 1997; **SAVATER**, Fernando: "Vuele la predestinación", *El País*, 16 de Febrero de 1997; **SEOANE RODRÍGUEZ**, José Antonio: *La esterilización de incapaces en el derecho español*, Fundación Paideia, A Coruña, 1996; *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, editorial Dykinson, Madrid, 1998; **VALDÉS DÍAZ**, Caridad del C.: "Comentarios al artículo 32", en *Comentarios al Código Civil cubano. Disposiciones preliminares, Libro I - Relación jurídica*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo (inédito); **VERDUGO ALONSO**, Miguel Ángel: "Análisis de la definición de discapacidad intelectual", artículo digital disponible en http://www.usal.es/~inico/investigacion/invesinico/AAMR_2002.pdf consultado el 4 de enero de 2009

Fuentes legales

Constitución de la República de Cuba, editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004; *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Boletín Oficial del Estado N° 96 del día 21 de abril de 2008; *Código Civil de Alemania* (BGB) comentado, en vigor desde el 1^{ro} de enero de 1900, edición a cargo de Emilio EIRANOVA ENCINAS, Marcial Pons, Madrid, 1998; *Código Civil de la República de Cuba*, Ley N° 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988; *Código de Familia de la República de Cuba*, Ley N° 1289/1975 de 14 de febrero, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Publicación de Legislaciones Volumen VI, editora del Ministerio de

Justicia, La Habana, 1975; *Proyecto de Código de Familia* (última versión, 8 de marzo de 2007), versión digital; *Código Penal del Reino de España*, Ley Orgánica 15 de 2003, en www.ruidos.org/Normas/Codigo_Penal.htm; *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley N° 7 de 19 de agosto de 1977, editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2003; *Ley de los Tribunales Populares*, Ley N° 82 de 11 de julio de 1997, en PRIETO VALDÉS, M. y L. PÉREZ HERNÁNDEZ: *Selección legislativa de derecho constitucional cubano*, editorial Félix Varela, La Habana, 2002; *Ley de la Fiscalía General de la República*, Ley N° 83 de 11 de julio de 1997, en PRIETO VALDÉS, M. y L. PÉREZ HERNÁNDEZ: *Selección legislativa de derecho constitucional cubano*, editorial Félix Varela, La Habana, 2002; *Ley de la Salud Pública*, Ley N° 41 de 13 de julio de 1983, Ministerio de Salud Pública, 1988; *Ley 26.130 de 28 de agosto de 2006*, “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica”, en CECCHETTO, S., P. URBANDT y M.C. BOSTIANCIC: “Esterilización quirúrgica humana y legislación argentina: Aspectos biomédicos, jurídicos y éticos”, en *Acta Bioethica* N° 13, 2007. p. 188; *Resolución Exenta N° 2326 de 2000*, “Fija las directrices para los servicios de salud sobre la esterilización femenina y masculina”, en [http://www.leychile.cl/N?i=178647&f=2001-02-20&p=](http://www.leychile.cl/N?i=178647&f=2001-02-20&p=;); *Decreto Supremo N° 570 de 2000 del Ministerio de Salud*, “Reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan”, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=173059&buscar=Decreto+Supremo+N%C2%B0+570+de+Ministerio+de+salud>; *Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007*, del Consejo de

Gobierno del Tribunal Supremo Popular, Gaceta Oficial de la República Extraordinaria, martes 15 de enero de 2008.

Resoluciones judiciales

In re Guardianship of Hayes with the Washington Supreme Court, 1980, versión digital; *Fallo G., N. T. y C., A. E. s/ Autorización de 12 mayo de 2011* de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, Buenos Aires, consultado el 3 de septiembre de 2011 en www.elDial.com-AA6C10; *Sentencia 215/1994 de 14 de julio* del Tribunal Constitucional del Reino de España, *Boletín Oficial del Estado*, Nº 179, de 18 de agosto de 1994; *Sentencia T-492 de 2006* de la Corte Constitucional de Colombia, versión digital; *Sentencia de 4 de abril de 2000* de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, versión digital; *Re B* with the High Court, 1987, versión digital

LA REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES Y MAYORES DE EDAD INCAPACES.¹

Not. E. Jorge Arévalo²

Not. Mónica Rosana De Dios³

Not. Alicia Beatriz Rajmil⁴

Not. Luis Rogelio Llorens⁵

SUMARIO: 1. Introducción. Nuevos paradigmas. 2. Representación legal de los menores de edad. a) la menor edad y el ejercicio de los derechos en nuestro código civil. Ley 26.579. b)

¹ Sobre la base de la primera parte del trabajo presentado por el Instituto de Derecho e Integración en la Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Madrid, España, del 28 al 30 de mayo de 2012. Colaboradora del presente trabajo la Dra. Erika Bramatti.

² Notario titular de Registro de Contratos públicos de la ciudad de Rosario. Docente de la Facultad Católica de Derecho. Secretario del Instituto de Derecho e Integración.

³ Abogada. Notaria. Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Miembro pleno del Instituto de Derecho e Integración

⁴ 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

⁵ Notario titular de Registro de la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires. Miembro Honorario del Instituto de Derecho e Integración.

Representación legal del menor de edad en nuestro régimen tradicional: Actos dispositivos. Administración. Asistencia. Excepciones. Capacidad laboral. Emancipación. Alimentos. Actos dispositivos. c) Convención Internacional de los Derechos del Niño. d) ley 26.061. e) Regulación de la tutela en el régimen legal argentino. Concepto. Funciones. Caracteres. Clases de tutores. Intervención notarial: nombramiento de tutores en testamento o acto notarial. Derecho Comparado. 3. Representación legal de las personas declaradas “incapaces”. a) Curatela. Régimen de sustitución de la voluntad del sujeto por su representante legal. b) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sistema de apoyos en la toma de decisiones. c) ley 26.657. Derecho a la protección de la salud mental. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

RESUMEN.

La representación legal es el instituto previsto por el Código Civil argentino para suplir la incapacidad jurídica que restringe a determinadas personas el pleno ejercicio de sus derechos por sí mismas, suplantando la voluntad de la persona considerada “incapaz” quien no tiene participación alguna. Se regla la actuación de quién, sometido al contralor jurisdiccional, sustituye al representado, dirige su persona, administra y dispone de sus bienes.

Los padres, en ejercicio de la patria potestad, son los representantes legales de los menores de edad, la tutela es el régimen jurídico establecido para los menores que carecen de representantes legales y la curatela es el establecido para los adultos considerados “incapaces” por nuestra ley.

Principios, dotados de rango constitucional, modifican las normas tradicionales de nuestro derecho que relegaban al “incapaz” a la categoría de un mero receptor de decisiones tomadas por otros.

Por tanto la representación que proviene de la patria potestad como la que se sostiene en la tutela o curatela, deberían propender a facilitar el ejercicio de los derechos por el propio representado, respetar su autonomía y su voluntad y permitir su participación en los asuntos de su interés de acuerdo a sus reales aptitudes.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad mental deberían así ser valoradas con criterio restrictivo, si en la práctica se valoraran los principios superiores. Habrían entonces de respetar en la mayor medida posible la autonomía de su voluntad y el ejercicio de sus derechos. La representación legal en este caso tendría por primordial objetivo el apoyo en el ejercicio de los derechos y no la sustitución de la voluntad. A partir de las nuevas normas no debería negarse la participación del presunto incapaz, ni durante el desarrollo del proceso ni en la designación y actuación de su curador.

El mundo jurídico, no obstante encontrarse inveteradamente en la situación de receptor tardío ante las trascendentes mutaciones sociales, ha cambiado radicalmente desde la sanción de nuestro código civil y en el ámbito de los derechos personalísimos se impone hoy una nueva lectura del Derecho Privado a la luz de los principios constitucionales (libertad, igualdad y dignidad), ubicados actualmente en la cúspide del sistema jurídico, y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por nuestro país, supremacía consagrada por la propia Constitución Nacional Argentina (art. 31 y 75 inc. 22). Así lo exige el Estado Constitucional de Derecho. La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), incorporada con rango constitucional en el artículo 75 inc 22 de nuestra Constitución Nacional, la ley 26.061, sobre Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) aprobada por ley 26378, la ley 26.529 (modificada por la ley 26742), sobre Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Historia clínica y consentimiento informado y la ley 26.657, sobre Salud Mental, han introducido sustanciales cambios en nuestro régimen tradicional de representación de menores e incapaces y conforman un nuevo sistema jurídico sobre capacidad de las personas.

El respeto a la voluntad de las personas en situación de vulnerabilidad, el apoyo en el ejercicio de sus derechos, la capacidad como regla general y el derecho de los menores de edad y de las

personas con discapacidad a participar en todo asunto de su interés, introducen nuevos paradigmas en el Derecho de nuestro país y en la labor notarial. Esta es la realidad, más allá de que se impone sin dudas una profunda reforma que adecue la práctica y armonice la legislación vigente en nuestro país. Un reciente proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación avanza tibiamente en ese sentido.

PALABRAS CLAVES

Representación legal - Menores de edad - Personas declaradas incapaces - Convenciones Internacionales - Derechos Humanos - Nuevos paradigmas en salud mental.

ABSTRACT

The legal representation is the institute foreseen by the Argentinean Civil Code to substitute the legal inability that limits full exercise of some people's rights, replacing the so-called "incapable" person's will, considered as someone who does not have any participation. It is regulated the performance of the person, who judged by jurisdictional comptroller, replaces the represented, supervises his legal entity, manages and arrange his assets.

The parents, in the course of the parental custody, are the legal representatives of minors, the guardianship is the established legal

regime for minors that lack legal representatives, and the tutorship is the established regime for adults considered “incapable” by our law.

Principles, gifted with constitutional status, modify the traditional rules of our law that subdued the “incapable” to the category of a mere receiver of the decisions made by others.

Thus the representation that comes from the parental custody, like the one that is sustained in guardianship or tutorship, should be prone to facilitate the exercise of the rights of the represented, respect his autonomy and will, and have him take part in the matters of his interest, according to his real competence.

The restrictions in the capacity to act of the people with mental disability should be valued with limited criteria, if in practice superior principles would be valued. The autonomy of his will and the exercise of his rights should have to be respected, to the greatest extent. In this case, the legal representation would have as a main goal the support in the exercise of the rights and not the substitution of the will. The involvement of the alleged incapable should not be denied, taking into account the new rules, either during the development of the process, or in the designation and performance of his guardian.

The legal world, despite being deeply rooted in the situation of late receiver given the significant social mutations, has radically changed since the sanction of our civil code and, in the area of the personal rights, a new interpretation of the Private Right is being imposed in the

light of the constitutional principles (freedom, equality and dignity), currently at the pinnacle of the legal system, and of the International Human Rights Treaties ratified by our country, supremacy established by the National Constitution of Argentina (art. 31 and 75 subsection 22). This is how it is demanded by the Constitutional State Rights, the International Convention of Children's Rights (ICCR), incorporated with constitutional status in the article 75 subsection 22 of our National Constitution, law 26.061, for the Integral Protection of the Rights of Children and Adolescents, the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) passed by law 26.378, law 26.529 (modified by law 26.742) on Patients' Rights with their relationship with the professionals and health institutions. Medical history and informed consent and law 26.657 on Mental Health have introduced substantial changes to our traditional regime of the incapable and minors' representation, and constitute a new legal system on people's capability.

The respect to the will of the people in situation of vulnerability, the support in the exercise of their rights, the capacity as a general rule, and the right of minors and of people with disability to participate in every matter of interest, introduce new paradigms in the law of our country and in the notarial labor. This is the reality, behind the fact that undoubtedly a deep reform is imposing, which could adapt the practice and reconcile the current legislation in our country. A recent reform bill of the National Civil and Commercial Code is mildly moving forward in that sense.

KEY WORDS

Legal representation. Minors - People declared incapable - International Conventions. Human Rights - New paradigms in mental health.

1. Introducción. Nuevos paradigmas.

La representación legal es el instituto previsto por nuestro código civil para suplir la incapacidad jurídica que restringe a determinadas personas el pleno ejercicio de sus derechos por sí mismas. Se regla la actuación de quién, sometido al contralor jurisdiccional, sustituye al representado, dirige su persona, administra y dispone de sus bienes. La representación legal estatuida por nuestro Código Civil se ha concebido teniendo en miras la suplantación de la voluntad de la persona considerada incapaz.

Consideramos que el término “incapaz”, además de carecer de precisión conceptual, debe ser cuestionado a la luz de la legislación vigente. Una simple consulta al Diccionario de la Lengua Española (21 Edición tomo II, página 1151), nos enseña el significado de la expresión incapaz en sus diversas acepciones: “Que no tiene capacidad o aptitud para una cosa, falta de talento, que no tiene cumplida personalidad para actos civiles, o que carece de aptitud legal para una cosa determinada”. De lo cual colegimos que todo sujeto, como ser único e irrepetible, está dotado de ciertas cualidades innatas y las que alcanza a desarrollar a lo largo de su existencia, en desmedro de otras; difícilmente –salvo quien

padezca patologías muy severas- pueda encontrarse una persona desprovista de toda aptitud.

La representación legal se diferencia fundamentalmente de la representación voluntaria, en que la primera ignora totalmente la voluntad del representado, tanto en lo que refiera a la actuación del representante como así también respecto a su intención de realizar el acto, sus instrucciones al respecto o su disenso.⁶ Nuestro código establece las pautas de su ejercicio, sus alcances y sus límites.⁷

Para hablar de representación legal debemos reseñar el régimen de capacidad jurídica de las personas. Nuestro CC contempla una distinción referida a la capacidad como aptitud para ser titular de un derecho, denominada capacidad de derecho, y la vinculada con el ejercicio de ese derecho, llamada capacidad de hecho.⁸ En principio, todas las personas, sean mayores o menores para la ley, potencialmente pueden ser titulares de derechos, por lo tanto gozan de capacidad de derecho. La denominada incapacidad de derecho absoluta o general ha quedado derogada hace mucho tiempo como categoría en el ordenamiento jurídico; solamente se admiten, con carácter excepcional, algunas incapacidades de derecho siempre que fueren susceptibles de ser caracterizadas como relativas o especiales; tales incapacidades encuentran su fundamento en el resguardo del orden público.

⁶ Ver D'ANTONIO, Hugo Daniel, "Derecho de Menores", 3ª edición, Astrea., página 114.

⁷ LAMBER, Rubén Augusto. Coordinador Natalio Pedro Etchegaray. "Derecho Civil Aplicado" T.3. página 81. Astrea.

⁸ D'ANTONIO, Hugo Daniel, ob. cit, página 81.

Es en el campo de la capacidad de hecho o de obrar donde la ley distingue entre sujetos capaces e incapaces para el efectivo ejercicio por sí mismos de aquellos derechos de los que resultan titulares y regula la actuación en su caso de sus representantes legales.

El art. 54 CC argentino establece que son incapaces absolutos: 1 Las personas por nacer; 2 Los menores impúberes; 3. los dementes; 4. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Por su parte la ley 17711 modificó el artículo 55 estableciendo que los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar. El art 56 luego aclara que pueden adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley. Para las personas por nacer los son sus padres o en su caso curadores que se les designe, para los menores sus padres o tutores y para los dementes o sordomudos los curadores que se les nombre (art. 57 CC). Y el mismo Código puntualiza más adelante que la representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil (art. 62 CC).

Sin embargo, se habla de una nueva mirada jurídica que, reconociendo las diferencias entre los seres humanos, rescata y otorga relevancia a la voluntad expresada por los menores de edad y las

personas con discapacidad, voluntad ignorada hasta hace poco tiempo por el derecho.⁹

Los más modernos instrumentos internacionales garantes de los derechos humanos postulan que las personas en situación de vulnerabilidad deben ejercer por sí, en la mayor medida posible, los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico aplicable.¹⁰ La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), a las que luego nos referiremos, despejan toda duda sobre el derecho de los menores de edad y de las personas con discapacidad a participar en todos los asuntos de su interés.

El concepto de autonomía progresiva y graduada de acuerdo a la real aptitud de discernimiento del sujeto para el acto concreto a otorgar, se opone al tradicional régimen jurídico de incapacidad y representación legal sustitutiva de nuestro código civil. Nos encontramos frente a dos sistemas antagónicos que coexisten en nuestro ordenamiento legal, en detrimento del valor seguridad jurídica.

La Constitución Nacional Argentina, reformada en 1994, incorpora los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,

⁹ CALO, Emanuele, "BIOÉTICA. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad", Ediciones La Rocca, Pág.285. Afirma también que no se podría hablar de derechos de la personalidad sin considerar la autonomía de juicio de la persona humana.

¹⁰ En el ámbito internacional, desde la protección de los derechos individuales de todas las personas frente al poder de los Estados, se avanzó hacia el reconocimiento de los derechos sociales y colectivos, y en el proceso de especificación de estos derechos, que sustenta las más recientes convenciones internacionales, se consagraron derechos específicos de ciertos grupos más vulnerables de personas, como los niños o las personas con discapacidad.

entre ellos la Convención Internacional de los Derechos del Niño, dotándolos de jerarquía constitucional.

Es digno de destacar el artículo 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna que se refiere a las medidas de acción positiva o, como algunos las han llamado, de discriminación inversa. Son aquellas que deben garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.¹¹ En ella encontramos el reconocimiento constitucional de que las personas en situación de vulnerabilidad, deben contar con las mismas oportunidades y el mismo trato en el ejercicio de sus derechos que las demás personas. Nuestra Carta Magna enlaza la capacidad de hecho con el principio de igualdad. El principio de igualdad se vincula hoy de manera inescindible con el ejercicio pleno de los derechos y la capacidad jurídica de las personas.

La constitución y los tratados internacionales a ella incorporados se ubican actualmente en la cúspide del sistema jurídico argentino, supremacía consagrada por la propia Carta Magna. El artículo 31 dispone que: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” El artículo 75

¹¹ Ver DABOVE, María Isolina y Dariel BARBERO. “Igualdad y No Discriminación en los Actos de Autoprotección. Nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables”. Revista N° 1 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe- 2ª Circunscripción- 2009.

inciso 22 establece que “...los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”

Estamos convencidos de que el régimen de representación de las personas en situación de vulnerabilidad se encuentra en nuestro país profundamente modificado por las normas ya citadas. Nuestra Constitución Nacional, la legislación vigente y la más moderna doctrina y jurisprudencia y, especialmente, la realidad social, dan cuenta de que el actual momento histórico amerita una sustancial modificación del código velezano, que nuestros legisladores están analizando, pero mientras tanto, el operador jurídico (particularmente el notario) debe realizar una interpretación armónica de las normas vigentes. Ese contexto normativo impone al notario la adecuación de los actos que autoriza cotidianamente en el ejercicio de su función a los nuevos postulados, obrando siempre con la prudencia necesaria que la seguridad jurídica reclama. Analizaremos entonces, nuestro régimen tradicional de representación legal de menores e incapaces y los nuevos postulados en la materia con miras a una interpretación armónica de la legislación vigente.

2. Representación legal de los menores de edad.

a) La menor edad y el ejercicio de los derechos en el Código Civil Argentino. Ley 26.579.

El Código Civil Argentino (C.C.A.) establece un régimen de incapacidad en protección de los menores de edad, ya que hasta los 18 años presume que no pueden dirigir por sí mismos sus personas, ni administrar y disponer de sus bienes. Esta incapacidad del menor de edad en el ejercicio de sus derechos es suplida por la ley acudiendo a la representación de su persona.

La ley nacional 26579, sancionada por el Congreso de la Nación el 2 de diciembre de 2009 y promulgada el 21 de diciembre del mismo año, modificó nuestro código civil que establecía la mayoría de edad legal a los 21 años y redujo a 18 años cumplidos la edad en que las personas alcanzan su plena capacidad jurídica.¹² Adecuó de esta manera nuestro régimen interno a la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹³ y a la ley 26061¹⁴, por lo menos en cuanto al límite de edad establecido para ser considerado niño o adulto ya que ambos

¹² Art. 126 CC.: “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.”

¹³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. La República Argentina lo aprobó a través de la ley nacional 23849, sancionada el 27-09-1990, promulgada de hecho el 16-10-1990 y publicada el 22-10-1990. Fue incorporada a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22) otorgándosele jerarquía constitucional

¹⁴Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28/09/2005; promulgada el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005

instrumentos consideran que toda persona es niño hasta los 18 años de edad. Sin embargo, mantiene una pauta rígida para evaluar la aptitud de las personas para el pleno ejercicio de sus derechos y el régimen sustitutivo de representación, en el cual resulta irrelevante la voluntad del representado. Nuestro código civil continúa así en franca contradicción respecto de los ordenamientos a los cuales pretende adecuarse, al ignorar el principio de autonomía progresiva del niño que claramente reconocen la CIDN y la ley 26061, a pesar de que se alude a la “capacidad progresiva” del niño en los fundamentos de la ley.

En el régimen legal así instituido la regla general en materia de minoridad es la incapacidad y la representación del menor por sus padres o tutores, quienes en general lo suplen en todos los actos de la vida civil sin su participación (artículos 274¹⁵, 411¹⁶ C.C.A.). El CCA divide a los menores en impúberes y adultos, según hayan alcanzado o no la edad de 14 años (art. 127 C.C.). Establece la absoluta incapacidad de los menores impúberes (art. 54 inc. 2 y art.1041 C.C.) y respecto de los menores adultos, sólo les reconoce aptitud para celebrar aquellos actos expresamente permitidos (art. 55 C.C.). El artículo 55, modificado por la ley 17.711 ratifica así el principio de que en materia de minoridad la incapacidad es la regla y la capacidad la excepción, ya que varía radicalmente el sentido del artículo reemplazado que sostenía que

¹⁵ Art 274 CC: “ Los padres sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código”

¹⁶ Art 411: “El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad”.

los menores adultos eran incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos.

Analizaremos a continuación brevemente, dentro del marco de nuestro sistema tradicional, la actuación del representante legal en los actos concretos que involucran a los menores de edad y las limitaciones y excepciones al principio general señalado

b) Representación legal del menor de edad en nuestro régimen tradicional: Actos dispositivos. Administración. Asistencia. Excepciones. Capacidad laboral. Emancipación. Alimentos.

Actos dispositivos.

El CCA establece que los padres o tutores pueden disponer de los bienes de titularidad de los menores con autorización judicial. Nuestro código impone a este principio ciertas limitaciones para mayor protección de los derechos del menor (arts. 297 parr. final según ley 23264, 264, quáter c, 434, 438 C.C.), sin embargo la opinión del interesado carece de relevancia.

Entre estas limitaciones podemos señalar la prohibición de contratar con los menores (dejando a salvo la posibilidad de que los padres efectúen donaciones a sus hijos, conforme lo recordamos más adelante). Los padres o tutores ni aún con autorización judicial están

facultados a comprar los bienes de propiedad de los menores, constituirse en cesionario de sus derechos, hacer con ellos partición privada de herencias (279 y 297 CC), limitaciones que se acentúan en el caso de los tutores (art. 450 y concordantes del CC). Nos referiremos luego al tratamiento de la tutela, basta por ahora señalar que con respecto a la actuación del tutor y a los fines y contenidos de su función, nuestro código es más explícito y exigente.

Los padres no pueden donar bienes de sus hijos que estén bajo su patria potestad, sin expresa autorización judicial (Art. 1807 inc. 3). Pero el inciso 7 del mismo artículo induce a confusión al establecer que no pueden donar los hijos de familia sin licencia de los padres. Se confunde aquí asistencia con representación legal. El tutor no puede ni con autorización judicial donar bienes de sus pupilos salvo en los casos determinados por ley (art 1807 inc.4 y 450 inc 5 CC).

Los padres pueden donar bienes a sus hijos, sin requerir venia judicial, según lo autoriza el artículo 1805. Se daría un caso de autocontratación permitida siempre que se trate de una donación lisa y llana sin perjuicio para el menor. En este caso los padres actúan por sí cuando donan y en representación legal de sus hijos al aceptar la donación. No resulta necesaria en este caso la venia judicial.

Administración:

Los padres y tutores también ejercen la administración de los bienes de sus hijos o pupilos, sin necesidad de autorización judicial. (293 y 294 1ª parte). Actúan también aquí en su nombre y sin su participación. No debe confundirse con el usufructo de los bienes de los hijos que corresponde a los padres, por todo el tiempo que dure la patria potestad, derecho que éstos ejercen en nombre propio.

Asistencia:

Nuestro código admite en determinados casos la intervención del menor de edad con la asistencia complementaria del representante legal. En estos supuestos quien realiza el acto es el menor pero su consentimiento queda perfeccionado por la autorización prestada por su representante legal¹⁷. Ejemplos: artículos 275 (salida de los menores de cualquier edad de la casa paterna, autorización para trabajar), 264 quáter inc. 3, 4 y 5 (ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; salir de la República; estar en juicio). Debemos puntualizar que en tales casos los padres actúan por sí, no lo hacen en ejercicio de la representación legal ya que no suplen la voluntad del menor si no que la complementan. Por ello, la actuación del tutor en la generalidad de estos casos requiere autorización judicial. En esas

¹⁷ D'ANTONIO, Hugo Daniel, ob. cit., página 118.

situaciones puntuales podemos observar cierta flexibilización al rígido sistema instituido.

Excepciones.

Como excepción a la regla general nuestro Código Civil permite a los menores de edad ejercer por sí mismos ciertos actos, sin necesidad de contar con la autorización de sus representantes legales. Entre ellos, estar en juicio cuando sean demandados criminalmente, reconocer hijos extramatrimoniales a partir de los 14 años (art. 286), aptitud laboral para el menor que haya adquirido título habilitante (arts. 128 y 275), adquirir la posesión a partir de los 10 años (art. 2392), desempeño de mandato (art. 1897). Por supuesto otorgar poder para todos los casos en que pueda actuar por sí mismo. Se trataría en estos casos de una representación voluntaria.

La capacidad para testar encuentra dos disposiciones incongruentes en el CCA. El artículo 3614 establece: “No pueden testar los menores de 18 años de uno u otro sexo”. Con lo que ahora se requeriría la mayoría de edad. Pero el art. 286, modificado por la ley 23264 dice: “El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar”. La doctrina mayoritaria considera que prevalece el primero sobre el segundo. Sin embargo, consideramos lo contrario. En primer lugar el art 286 en su actual redacción es posterior

al art. 3614 (ley 23264) y ha subsistido en la reforma reciente de la ley 26579. En segundo lugar no vemos razón para permitirle reconocer hijos y estar en juicio cuando sea demandado criminalmente, y vedarle el derecho a expresar su voluntad en un testamento. Se trata de un acto personalísimo, en el cual su voluntad debe ser respetada. A lo apuntado se suma la circunstancia ya referida de que actualmente toda persona alcanza la mayoría de edad al cumplir los 18 años.

Capacidad laboral:

Con respecto a la capacidad laboral de las personas, luego de la reforma legislativa introducida por la ley nacional 26579, coincide con la capacidad civil, ambas se adquieren a los 18 años de edad.

Resulta entonces que a partir de los 18 años toda persona puede disponer libremente de sus bienes, siendo irrelevante su origen y el del dinero con el cual los obtenga. Estas cuestiones adquieren singular importancia en sede notarial, cuando debemos autorizar actos que involucran bienes de menores obtenidos con el producido de su trabajo.

Atento a la reforma introducida por la ley 26579 se impone reinterpretar lo reglado de manera coherente con la normativa laboral. Para ello debemos tener presente que la ley 26.390, sobre prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, no admite el

trabajo de los menores de 16 años. Por lo tanto podemos resumir la capacidad de las personas en el ámbito laboral de la siguiente manera:

a) A partir de los 18 años de edad tienen plena capacidad laboral en coincidencia con la actual capacidad civil;

b) Entre los 16 y 18 años de edad:

1) el menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización así como administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con el producido de su trabajo (art 128 CC);

2) Aunque no tenga título habilitante, puede ejercer oficio, profesión o industria con autorización de sus padres (art 275 CC) Cuando el menor ejerciere algún empleo, profesión o industria, la ley presume la autorización de los padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria (art 283 CC).

Por su parte la legislación laboral determina que las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos. (Art. 32 LCT). En estos casos también están facultados para estar en juicio laboral por acciones vinculadas al contrato o relación laboral y hacerse representar por

mandatarios (art. 33 LCT, relaciona el art. 27 de la ley 26061 en cuanto a las garantías mínimas de procedimiento)

Con respecto los bienes provenientes del producido de su trabajo, no encontramos previsión explícita con respecto a su administración y disposición, para estos casos. Únicamente el artículo 287 inc. 1 del CC determina que los padres no tienen el usufructo sobre dichos bienes. La legislación laboral otorga esta potestad a las personas recién desde los 18 años, precepto que nada aporta dentro del actual contexto normativo, ya que luego de la reforma de la ley 26579 son mayores de edad para la ley civil. (art. 34 LCT).

Abocado el legislador argentino a reformar los artículos 128 y 275 de nuestro código, podría haber establecido pautas claras al respecto. No existe unanimidad de criterios. Por nuestra parte entendemos que ante la carencia de disposición expresa y la necesidad de proteger la seguridad del tráfico negocial, en este caso el criterio debe ser restrictivo, pero sin olvidar la necesaria participación del menor de edad cuando las circunstancias lo ameriten.

De todas formas debe explicitarse siempre el origen del dinero haciendo mención y adjuntando todas las constancias que puedan certificar tal circunstancia, cuando proviene del trabajo del menor de edad.

c) Está prohibido el trabajo del menor de 16 años. Con las excepciones de la LCT (art 182 y 182 bis.)

Emancipación.

La ley 26579 ha eliminado de nuestro CC la emancipación por habilitación de edad, que permitía a los padres o tutores, en este caso con venia judicial, autorizar a sus hijos o pupilos, para todos los actos de la vida civil, a partir de los 18 años y con su consentimiento. También desaparece la habilitación para ejercer el comercio por expresa derogación de los artículos 10 a 12 del Código de Comercio Argentino. No obstante, queda subsistente la emancipación por matrimonio, la que amerita algunas breves observaciones.

El artículo 166 del código, modificado por la ley sancionada, reforma lo ya reformado, al establecer como impedimento matrimonial en su inc. 5º: “tener menos de 18 años cumplidos”. En sus fundamentos se alude a la necesidad de unificar la edad habilitante para contraer matrimonio y considera discriminatorio la diferencia establecida por el código civil, esto es 16 años para la mujer y 18 para el varón. Parece ignorar el legislador que la edad para contraer matrimonio ya fue unificada en 18 años para ambos sexos por la ley nacional 26.449. De todas formas lo sustancial es que actualmente a los 18 años las personas de ambos sexos pueden contraer matrimonio sin necesidad de contar con autorización alguna.

La armónica interpretación de las disposiciones que se modifican y las que quedan vigentes en su anterior redacción, revela sin dudas incongruencias que afectan al sistema legislativo vigente. Esto es así porque el artículo 166 del CC señala a la minoría de edad como un impedimento matrimonial y el 167, que no ha sido modificado, determina que sólo podrá celebrarse matrimonio válido en dicho supuesto con la dispensa judicial, la que se otorgará con carácter excepcional si el interés de los menores lo exigiese y previa audiencia personal con los menores y sus representantes legales. Resulta irrelevante la previa autorización de los padres o representantes legales que exige el artículo 168 y los extremos contemplados en el 169 del CCA. Más allá de la existencia o no de autorización, los contrayentes menores de edad sólo podrán casarse si el juez otorga la venia. Y en tal caso se emanciparán sin que pueda sancionárselos con la privación de la administración y disposición de sus bienes recibidos a título gratuito, según reza el art. 131CCA.

Alimentos

El artículo 265 CCA, modificado por la ley 26579, establece que la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que el primero cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. Claro que esta disposición no modifica su calidad de persona mayor de edad, por lo que la administración y disposición de lo recibido

en tal carácter estará en manos del hijo y no de los padres. Si otorgan ante el escribano, por ejemplo, un poder para accionar por alimentos los hacen por sí mismos. Ese apoderamiento no constituye un supuesto de representación legal, se trataría de un acto enmarcado por la representación voluntaria.

c) Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Este pacto internacional, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. La República Argentina lo aprobó a través de la ley nacional 23849 del año 1990 y fue incorporada a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (art 75 inc. 22) otorgándosele jerarquía constitucional.

El nuevo paradigma y los postulados de la convención ubican al niño y al adolescente como sujetos plenos de derecho, con participación en todos los asuntos de su interés de acuerdo a su evolución y madurez.

La CIDN, introduce el concepto de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de los niños, criterio antitético a la idea de incapacidad jurídica por minoría de edad sostenida por nuestro código civil. Para la convención no existen parámetros rígidos, los niños deben ir ejerciendo por sí mismos sus derechos en la medida que su madurez, desarrollo y aptitud de discernimiento se lo permitan.

El concepto de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos encuentra cabal consagración en el artículo 5 de la CIDN que impone a los Estados Partes la obligación de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, tutores, familia o personas encargadas, de impartir al niño, conforme a su evolución, la orientación y dirección apropiadas para que éste ejercite por sí mismo los derechos reconocidos por ese tratado internacional. En igual forma el artículo 14 se refiere a los derechos y deberes de los padres y representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho, conforme a la evolución de sus facultades.

El artículo 12 reconoce el derecho del niño a exteriorizar su opinión “en todos los asuntos” que lo afecten y que ella sea tomada en cuenta en función de su edad y madurez. Sin dudas, esa regla resulta medular cuando el escribano debe instrumentar actos jurídicos que comprometen intereses de menores de edad.

Se enmarca dentro de la Doctrina de la Protección Integral que considera que la infancia es una sola y a ella corresponden todos los derechos de los que gozan los adultos, más una protección complementaria para que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones con las demás personas, reconociendo su situación de vulnerabilidad. Se opone a la Doctrina de la Situación Irregular, consagrada a partir de nuestra Ley de Patronato 10903, sancionada el 29 de setiembre de 1919, norma que se reprodujo en toda América y que teniendo en miras la protección a la infancia, la privó de todos y cada uno de sus derechos.

d) Ley 26.061.

Fue sancionada el 28/09/2005 y su objeto es la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Constituye una consecuencia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 4º impone a los Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos consagrados.

Esta ley profundiza los principios de la convención especialmente en cuanto a la autonomía progresiva del niño y en su derecho a participar en toda decisión que lo afecte.

En su artículo 3 define el concepto de “interés superior del niño” como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías. La misma norma, como parte integrante del concepto expresado, obliga a respetar derechos que se vinculan a la autonomía e intimidad de la vida del niño. Entre ellos, su condición de sujeto de derecho; el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. Y posteriormente aclara que este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde debe desempeñarse.

Como vimos, la representación legal de los menores de edad en todos los actos de la vida civil, se otorga a los padres en el ejercicio de la patria potestad. Por lo tanto a estas pautas debe adecuarse tal representación en toda circunstancia y “cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse”.

El artículo 2 de la ley proclama que los niños, niñas o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifieste, en todos los ámbitos

Los artículos 18 a 31 desarrollan principios y derechos que reafirman el concepto de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y en su vida cotidiana. Entre ellos, el derecho a la libertad -que comprende el de expresar su opinión en todos los ámbitos de la vida cotidiana y en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos. Resulta de esta normativa que ignorar el derecho del niño a expresar su opinión en todos los ámbitos de su vida cotidiana significa conculcar su libertad, principio incorporado a nuestra Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22) con el rango de derecho fundamental de todas las personas.

Los artículos 24 y 27 de la ley desarrollan especialmente el derecho del niño a expresar su opinión.

El artículo 24, en su primer inciso, declara que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan

interés. La segunda parte de la norma establece que esa opinión deberá ser tenida en cuenta de acuerdo a la madurez y desarrollo del niño. Derechos que se extienden a todos los ámbitos, entre ellos el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, etc. Esta mención es realizada a título ejemplificativo, y ratifica el criterio tendiente a otorgar al menor participación en cualquier asunto concerniente a su persona y por cierto creemos que ello incluye los intereses personales y patrimoniales involucrados en la instrumentación de un acto notarial.

El artículo 27, por su parte, se refiere a los procedimientos judiciales y administrativos y consagra el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos ante la autoridad competente y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte. Aquí no se establecen límites de ninguna naturaleza.

Por lo tanto, cuando se solicita, en instancia judicial, autorización para transferir, por ejemplo, un inmueble cuya titularidad corresponda a un menor de edad, el juez, conforme con esta normativa, insoslayablemente deberá escuchar al niño y considerar su opinión antes de conceder la venia pertinente. En ejercicio de nuestra función notarial, debemos verificar este extremo cuando ante nosotros comparece el representante legal del menor a otorgar una escritura en su nombre, con la venia correspondiente. Si se hubiera omitido la participación del menor en sede judicial, dicha falencia podrá ser

subsanaada a través de la concurrencia del interesado al acto escriturario donde constará que se ha recabado su opinión.

Esta ley sin dudas, consolida el status de los menores de edad como sujetos de derecho, colocándolos en un rango superior al de simples representados (meros objetos) conforme el modelo imperante en el Código Civil.¹⁸

Diversas leyes provinciales implementan estas normas en sus jurisdicciones, especialmente en lo referente a las políticas públicas para la infancia. En nuestra provincia de Santa Fe, por ejemplo, se ha sancionado recientemente la ley 12.967, que ratifica los postulados de la ley nacional y organiza el funcionamiento de los organismos que deben efectivizar las medidas de protección.

La ley nacional 26529 (modificada por la reciente ley 26742) en materia de salud recepta de manera clara estos postulados al reconocer en su artículo 2 inciso c) 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.

¹⁸ SOLARI, Néstor E., ob.cit., puntos I y III.

**e) Regulación en el régimen legal argentino de la tutela.
Concepto. Funciones. Caracteres. Clases de tutores. Intervención
notarial: nombramiento de tutores en testamento o acto notarial.
Derecho Comparado.**

Concepto:

Analizaremos a continuación el régimen de tutela del Código Civil Argentino, dentro del cual se prevé que los padres pueden designar tutores para sus hijos menores de edad en testamento o escritura pública. Esta es prácticamente la única participación notarial en el tema. Por otro lado advertimos también aquí la falta de participación del principal interesado, el menor tutelado, por lo cual es de aplicación todos los conceptos que vertimos en general en relación al tema de capacidad y representación.

El art. 377 de nuestro Código Civil define a la tutela en la forma que aquí reproducimos: “es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”.

De la definición transcrita resulta que la tutela, institución sustitutiva de la persona y bienes de los menores de edad, ha sido prevista para, que en su caso, supla las funciones asignadas prioritariamente a la patria potestad. Su aplicación se halla condicionada al presupuesto de que el menor carezca de padre y madre, o teniendo a uno de ellos o a ambos, éstos hayan sido privados de la

patria potestad, o se los haya suspendido en su ejercicio. También puede acaecer que se requiera el nombramiento de tutor al hijo sometido a patria potestad cuando se verifican ciertos supuestos que tornarían, a criterio del legislador, inconveniente la representación de aquél por su padre o madre. Son los casos de tutela especial previstos en el art. 397 del Código Civil.

Tanto en los casos de privación de la patria potestad, como en los de suspensión de su ejercicio (arts. 307 a 309, Código Civil), se prevé que los menores “quedarán bajo el patronato del Estado nacional o provincial” (art. 310, Código Civil). Esta norma fue originalmente introducida por la ley 10.903 e impone la obligación a los órganos administrativos de ejecución del patronato de pedir judicialmente el nombramiento de tutor a los menores que carecieren de él (art. 491, Código Civil). Pero idéntica imposición –dotada de mayor vigor– atañe a los parientes en el caso de menores huérfanos (art. 378, Código Civil), y tratándose de los parientes a quienes la ley llama para ejercer la tutela (art. 390), la omisión de esta obligación les acarreará la privación del derecho de ejercerla (art. 378 in fine). Finalmente, también pesa sobre los herederos del tutor fallecido, la obligación de denunciar al juez la vacancia de la tutela (art. 456, Código Civil).

Funciones:

La tutela de menores satisface tres requerimientos fundamentales: a) cuidado de la persona del menor: salvo las hipótesis de tutelas especiales en que los menores continúan bajo la autoridad y protección de sus padres, el tutor suple la carencia de éstos. De allí que el menor debe a su tutor el mismo respeto y obediencia que a sus padres (art. 415). El tutor debe atender las necesidades inherentes a la educación y alimentos del menor con los cuidados de un padre (art. 412 1º parte). Ello conlleva la asunción por parte del tutor del deber de guarda de su pupilo y, con el mismo alcance que los padres, resulta responsable por los daños que el menor cause a terceros (Art. 433 y 1117, Código Civil); b) administración de los bienes del menor: El tutor debe administrar los intereses de su pupilo como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes (art. 413, Código Civil); c) representación del menor: al igual que la patria potestad, la institución de la tutela de menores atiende al requerimiento de la representación jurídica del incapaz (art. 57, inc. 2, Código Civil). Desde este punto de vista, el tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles (art. 411, Código Civil).

Caracteres:

La tutela de menores es una función supletoria –o potestad subsidiaria-¹⁹ de la patria potestad, salvo en los casos en que corresponde la designación de tutor al menor de edad por existir oposición de intereses entre él y sus padres o por haber bienes excluidos de la administración de ellos. Además de supletoria, la tutela es una función de guarda y representación de los menores de edad, conforme lo explicado (Art. 57, inc.2º, 380 y 411, Código Civil).

Respecto del tutor, la tutela es una función de índole personalísima –derecho y deber personalísimo en los términos del art. 498, Código Civil. Surge este carácter del art. 379 del Código Civil, en cuanto dispone que la tutela es un cargo personal, que no pasa a los herederos.²⁰ Ello no impide, de todos modos, que el tutor pueda hacerse representar por mandatario para la ejecución de ciertos actos, e incluso contratar auxiliares para ejercer la administración de los bienes del pupilo.²¹ En tales supuestos no delega la función, sino que encomienda a otro la ejecución de determinados actos, permaneciendo incólume su responsabilidad. En síntesis, como se ha dicho, la

¹⁹ Conf. Belluscio, Manual, t. II, p. 319, N° 573; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.835.

²⁰ Sin perjuicio de lo cual, los herederos del tutor están obligados, a tenor de lo dispuesto en el art. 456, a poner en conocimiento del juez del lugar el fallecimiento de aquél “y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan respecto a los bienes y persona del menor”, lo que cierto sector de la doctrina enseña que se funda en los principios de la gestión de negocios (Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 456, N° 12); en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.835.

²¹ Cfr. Machado, Exposición y comentario del Código Civil Argentino, T.II, p.69; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.836.

indelegabilidad de la función no implica que el tutor deba realizar personalmente cada gestión propia o derivada de su cargo.

El mismo art. 379 del Código Civil, añade que la tutela es una función obligatoria y, en principio, inexcusable: “La tutela es un cargo personal...del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente”. La excusa deberá ser razonablemente apreciada por el juez,²² y no se restringe a los casos de inhabilidad general²³, sino que debe comprender todos los supuestos en que, según prudente apreciación no sería conveniente a los intereses del menor la representación por determinada persona a quien la tutela se defiere.²⁴

La tutela es, además, función unipersonal. Así lo determina expresamente el art. 386 del Código Civil: “La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido a los padres nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos: y si lo hicieren el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos”. El nombramiento de varios tutores vale como indicación del orden sucesivo en que habrán de actuar esas personas, pero no implica la designación de una

²² A diferencia de otras legislaciones en que se prevén expresamente las causales de excusación. Así, Código Civil Francés (art.427 y ss.), italiano (arts. 351 y 352), alemán (arts. 1786 y 1889), español (arts. 244 y 245), etc.; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 836.

²³ Machado, Exposición y comentario del Código Civil Argentino, T.I, p. 653; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 836.

²⁴ Belluscio, Manual, T.II,p.319,nº573; Borda, Tratado. Familia, T. II, nº996, b.; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.836.

tutela conjunta.²⁵ Tampoco se ha previsto, en nuestro derecho positivo, al llamado tutor subrogado o protutor con funciones de vigilancia y control de las responsabilidades del tutor. De todos modos, la regla del art. 386 sufre limitaciones en los casos de los incs. 7º y 8º del art. 397 del Código Civil, supuestos que admiten la designación un tutor especial, sin perjuicio de la tutela general del menor, cuando éste tuviese bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor, o cuando hubiese negocios, o se tratasen de objetos que exijan conocimientos especiales o una administración distinta.

Entre los caracteres de la tutela se destaca el ser una función controlada. Dispone el art. 381 del Código Civil que “la tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores”. Este y el juez que hubo de discernir la tutela, son los órganos de control del ejercicio de la tutela. El primero obrando como representante promiscuo de los incapaces (art. 59), y el segundo como titular del patronato del Estado al que quedan sujetos los menores que carecen de padres o cuyos padres han perdido la patria potestad o su ejercicio. De allí que se prevea la intervención del Ministerio de Menores en los actos “en que se interesen las personas o bienes de los menores o incapaces” (art. 494) y que la gestión de la tutela esté sujeta al permanente control judicial art. 404 y concs., Código Civil).

²⁵ Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 386, nº2; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo2, p. 836.

Como ya hemos dicho, en nuestro derecho no existe el tutor subrogado ni el protutor, ni tampoco el Consejo de Familia, que en la legislación francesa está constituido por una suerte de asamblea de parientes e incluso allegados al menor, presidida por el juez de paz, que organiza la tutela, designa al tutor y lo excluye o sustituye ejerciendo las funciones de control de su gestión.²⁶

Clases de tutores.

Se distinguen los modos de darse la tutela, expresión que tiene poca claridad. En realidad se alude a la potestad o poder de designar tutor a los menores. Debe entenderse que “la tutela se da, o por los padres, o por la ley, o por el juez” (art. 382). Lo cual podría traducirse así: el tutor es designado o por los padres, o ministerio legis, o judicialmente. A la tutela dada por los padres se la llama tutela testamentaria porque el tutor es designado en el testamento de aquéllos (conforme lo indica el Código Civil- “.por escritura pública para que tenga efecto después de su fallecimiento”); a la tutela que en defecto de la testamentaria, da la ley previendo quiénes están llamados a ejercerla, tutela legal. Para el caso de que no existiese ninguna de las personas previstas en la ley, se atribuye al juez la facultad de designar tutor al

²⁶ Para una reseña sobre las funciones del Consejo de Familia, ver Carbonnier, Derecho Civil, T.I, vol.II, p.512 y ss., n° 224. Ver, también, Martínez, La tutela en el derecho argentino, p.8 y ss., n°3; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 837.

menor. A esta tutela se la denomina tutela dativa. Restan los casos de tutelas especiales (art. 397).

Tutela testamentaria

Del conjunto de disposiciones del Código Civil se colige que tanto los padres matrimoniales, como los extramatrimoniales y el adoptante pueden designar tutor para sus hijos. Cuando viven padre y madre, la facultad la tiene “el que últimamente muera de ambos” (art. 383), lo que implica que la mentada facultad recae en el supérstite. Es un corolario del ejercicio de la patria potestad, y por eso esta tutela no puede darse por otros parientes a los menores, aun cuando los instituyesen en su testamento.²⁷

Es lógico que sólo pueda designar tutor, el supérstite de ambos padres. Como gráficamente lo dice Busso, “es menester que se haya producido el fallecimiento del otro progenitor, pues la tutela sólo se abre por muerte de ambos padres. Al tiempo de morir el primero de ellos los hijos quedan bajo la patria potestad del sobreviviente”.²⁸ Lo cual, obviamente, no impedirá que uno de los padres hiciese la designación del tutor aun en vida del otro. Pero dicha designación estaría supeditada a la condición de que le sobreviva. Si no fuere así, el prefallecimiento del progenitor que hizo la designación le haría perder

²⁷ CCiv 2ª Cap, 8/6/18, JA, 1-880, fallo en el que se resolvió que “el tío no tiene facultad para designar tutor especial para sus sobrinos menores de edad, instituidos herederos”; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.841.

²⁸ Busso, Código Civil anotado, t.II, comentario al art. 383, n°15; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 841.

eficacia, por cuanto la patria potestad corresponde al otro de pleno derecho, de modo que éste la ejerce con exclusividad.²⁹

Una excepción a este principio estaría dada en el caso de que al fallecimiento del progenitor que hizo la designación del tutor, el otro estuviese privado de la patria potestad. En tal supuesto como el hijo quedaría ipso jure carente de representante legal y sería menester conferirle tutor, debería aceptarse la designación hecha por el premuerto.³⁰ Es una solución razonable, sobre todo porque la pérdida de la patria potestad para el supérstite es irreversible. Sin embargo, esta solución no cabría en el caso de mera suspensión de la patria potestad o de su ejercicio, si al tiempo del fallecimiento del progenitor que hizo la designación, el otro pudiese recobrar aquélla o su ejercicio.

Forma de la designación de tutor:

El tutor puede ser designado mediante testamento o por escritura pública. Si se trata de designación testamentaria, ésta puede hacerse en cualquiera de las formas autorizadas para testar (testamento ológrafo, por acto público o cerrado).

²⁹ La limitación a la viuda que no contrajo nuevas nupcias a que alude el art. 383 ha quedado derogada ya con la ley 11.357 (art.3º, inc.1º); en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.842.

³⁰ Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 383, nº 17 y 18; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 842.

En caso de revocación del testamento, el art. 3828 del Código Civil dispone, después de la reforma de la ley 17.711, que subsisten las disposiciones del testamento revocado que no fueren incompatibles con las del nuevo testamento. De tal modo que, si en testamento revocatorio el testador nada dispuso respecto de la designación de tutor efectuada en el anterior, la designación subsistirá, salvo que de las circunstancias del caso resultase que es incompatible esa subsistencia por la naturaleza de las nuevas cláusulas testamentarias.³¹ En tanto, se juzga que la revocación del testamento ex lege por matrimonio del testador (art. 3826) no deja sin efecto la designación de tutor hecha en él. Se tiene en cuenta que la razón legal para la revocación en el caso, se ciñe a motivos estrictamente patrimoniales.³²

Si la designación de tutor se hace por escritura pública que no contiene el testamento del progenitor que la realiza, rigen las normas generales que hacen a la validez formal del instrumento (art. 997 y ss., Código Civil). Por supuesto que en este caso, al igual que en el del testamento, nos encontramos ante un acto de última voluntad, por cuanto la eficacia de la designación de tutor queda deferida al fallecimiento del padre o madre que designa tutor al hijo (cfr. Art. 497, Código Civil). Por ende, esa designación es eminentemente revocable, fuere hecha en testamento o por escritura pública.

³¹ Comp. antes de la reforma, Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 383, n° 23; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.843.

³² Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 383, n°24; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.843.

Si el testamento o la escritura donde se realizó la designación de tutor fuese nula por defecto de forma, dicha designación carecería de valor. Y esto es así, sin perjuicio de que el juez pudiese eventualmente tener en cuenta la voluntad expresada en el acto anulado, como elemento ilustrativo para la designación de tutor.³³

Cláusulas y modalidades:

El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquier cláusula o condición no prohibida (art. 384). En cuanto a lo primero, se debe interpretar que la designación de tutor no está sujeta a formulas sacramentales o solemnes. En cuanto a lo segundo, se alude a condiciones permitidas, por ejemplo, imponer al tutor la obligación de rendir cuentas periódicamente y no sólo al finalizar la tutela, o la obligación de proveer recaudos especiales para la obligación del pupilo, etc.³⁴

El art. 385 dispone que son prohibidas y se tendrán por no escritas, las cláusulas “que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, o de dar cuenta de su administración todas las veces que se le ordena por éste Código, o lo autoricen a entrar en la posesión de los bienes antes de hacer el inventario”. Estas obligaciones del tutor

³³ CCiv 2ª Cap, 16/6/32, JA, 47-961. Ver Borda, Tratado. Familia, T.II, n°1011; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 843.

³⁴ Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario a los arts. 384 y 385, n°2; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 844.

que expresamente disponen los arts. 408, 417, 459, 460 y concs. Del Código Civil, atienden al interés del menor y por lo tanto no pueden ser ignoradas en ningún caso. Si, por hipótesis, la designación de tutor contuviese tales excepciones, se tendrán éstas por no escritas, y consiguientemente, el nombramiento valdría sin perjuicio de la nulidad de las cláusulas.³⁵

La designación de tutor hecha por el padre o madre en su testamento o en escritura pública debe ser confirmada judicialmente. Ello implica que el nombramiento no habilita de pleno derecho al designado para hacerse cargo de sus funciones propias. “La tutela dada por los padres debe ser confirmada por el juez... y entonces –dispone el art. 388- se discernirá el cargo de tutor nombrado”.

La exigencia de la confirmación del nombramiento deja ver que se defiere al juez un control de legitimidad y de mérito de la designación hecha por los padres. Control de legitimidad, en cuanto a la forma de aquélla y en el examen de habilidad personal del designado. Control de mérito en lo relativo a la conveniencia de que sea él el que asuma la guarda y representación del menor. “Como la tutela ha sido instituida en beneficio de los menores, el hecho de que el Código Civil haya otorgado prevalencia a la acordada por los padres sobre la legítima y la dativa, no significa en modo alguno que esa prevalencia sea imperativa y

³⁵ Conf. Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario a los arts. 384 y 385, n°2.; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.844.

por ello no puedan los jueces negarse a confirmarla, cuando los intereses del incapaz así lo aconsejen.”³⁶

Tutela legal:

Establece el art. 389 del Código Civil, conforme a la reforma introducida por la ley 23.264, que “La tutela legal tiene lugar cuando los padres no ha nombrado tutor a sus hijos o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela, o dejan de ser tutores”.

Se destaca en primer lugar el carácter subsidiario de esta tutela, ya que opera a falta de una designación de tutor efectuada por los padres a través de testamento o escritura pública.

La reforma ha variado la denominación clásica de esta tutela, conocida como legítima por cuanto estaba reservada a los hijos legítimos (art. 395, Código Civil, derogado por ley 23.264).

Las personas llamadas por la ley reconocen con el menor vínculo de parentesco y son los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del mismo, sin distinción de sexo (art. 390, cfr. Ley 23.264).

La ley 23.264 introdujo la figura del tío entre las personas llamadas, lo cual propiciáramos desde largo tiempo atrás señalando que es sumamente frecuente que los tíos sean los más dispuestos a recoger

³⁶ CCiv 2ª Cap, 19/10/48, LL, 52-700; en E. A- Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.845.

al menor huérfano y otorgarle un hogar, donde por lo general ya existen otros niños que, al parentesco con el pupilo, agregan una edad similar.³⁷ La intervención jurisdiccional, contrariamente a lo que ocurre en la tutela testamentaria, se dirige a ponderar estrictamente la idoneidad del pariente llamado por la ley, con lo que el orden establecido en la norma respectiva no es vinculante para el juez.

Es así como el art. 391 del Código Civil (cfr. Ley 23.264) señala que el juez confirmará o dará la tutela legal a la persona que por su solvencia y reputación fuese la más idónea para ejercerla, teniendo en cuenta los intereses del menor.

Esta función del órgano jurisdiccional reviste tal trascendencia que esta especie de la tutela constituye en realidad una tutela legal-dativa.

La conclusión del juez deberá estar precedida de la opinión del representante del Ministerio de Menores, parte formal en el juicio.

Planteándose el problema sobre la eventual prioridad de algunos de los parientes mencionados en el art. 390 del Código Civil respecto de otros allí comprendidos, se ha resuelto que con anterioridad a la vigencia de la ley 23.264 se otorgaba preferencia a los abuelos y la línea paterna sobre la materna, mientras que en el sistema actual dicha enunciación legal no adquiere un orden forzoso, debiéndose ponderar

³⁷ D'Antonio, Derecho de Menores, 1ª ed., Buenos Aires, 1973, p.104; en María J. Méndez Costa y Daniel H. D'Antonio, Tratado de Derecho de Familia, Tomo III, p.415.

especialmente el interés del menor, la idoneidad del tutor y, en supuesto de guarda preexistente, los beneficios que aportaría no innovar.³⁸ Sin perjuicio de destacar que los presupuestos mencionados en el fallo citado siempre fueron ponderados judicialmente para discernir la tutela legal, y que no se da lugar a la opinión del menor, aparece correcta la interpretación sobre la diferencia existente entre la actual regulación normativa y su antecedente, en tanto el texto originario del art. 390 hace mención a un orden de llamada, y su nota el codificador alude a los antecedentes relacionados a un orden derivado de la proximidad en el parentesco.

Tutela dativa.

Es la tutela deferida por el juez a falta de tutela testamentaria o de parientes llamados por la ley para desempeñarse como tutores legales. Igualmente procede esta tutela cuando dichos parientes son incapaces, inidóneos o hayan dimitido o sido removidos del cargo (art. 392, Código Civil).

Pese a su ubicación legal, que la muestra como remanente de las otras especies de tutela, la dativa constituye una manifestación trascendente de la naturaleza protectoria de la institución.

³⁸ Cám. Apel. Civ. y Com. De Concordia, Sala 3ª, Zeus del 16-12-98, n° 6073; en María J. Méndez Costa y Daniel H. D'Antonio, Tratado de Derecho de Familia, Tomo III, p. 415.

El art. 393 del Código Civil consagra una serie de restricciones legales, tipificantes de incapacidades de derecho que impiden proveer la tutela a allegados al juez, salvo que se tratase de menores sin recursos o de parientes de los mismos jueces. Igualmente se impide la designación de una misma persona en varias tutelas de menores de diferentes familias, salvo que se tratase de filántropos reconocidos.

Tutelas especiales

A diferencia de la tutela general –que puede ser dada por los padres, por la ley o por el juez- puede ocurrir que sea necesario designar un tutor al menor para negocios o actos especiales. En tales casos, la representación jurídica general del menor, sea por vía del ejercicio normal de la patria potestad o del tutor general con que aquél cuenta está satisfecha. Se trata, simplemente, de proveerle un representante especial. Este representante especial coexiste con el general, aunque limitado específicamente a los actos para los cuales ha sido designado.

Así establece el art. 397 del Código Civil que “los jueces darán a los menores, tutores especiales, en los casos siguientes: a) cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; b) cuando el padre o madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos; c) cuando los hijos adquieren bienes cuya administración no corresponde a sus padres; d) cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor

general o especial; e) cuando sus intereses estuvieren en oposición con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor común, o con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador; f) cuando adquirieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, o de no ser administrados por su tutor; g) cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor y h) cuando hubiese negocios, o se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, o una administración distinta.

Derecho Comparado

Tal como hemos expresado precedentemente, nuestro Código Civil reserva la denominación de tutor para los menores y la de curador para los incapaces mayores de edad. Es también el sistema seguido por el Código Brasileño (arts. 406 y 446) y el peruano (arts. 565 y ss.). En cambio, en el derecho francés, alemán, español, italiano, suizo, mejicano, venezolano, entre otros, la tutela se aplica tanto a los menores como a los incapaces mayores de edad.³⁹

Si bien, aunque con ligeras variantes, tanto la opinión doctrinal como la legislativa es unánime en entender la institución de la Tutela como protección, representación y asistencia del sometido a ella, la

³⁹ Borda, Guillermo A. Manual de Derecho de Familia, p.460, Ed. Perrot, Bs. As. Año 1993.

diversidad surge cuando se trata de determinar su modo de organización.

Se pueden distinguir dos direcciones principales, a las que, en general, se adscriben las distintas legislaciones. Una, la tutela de familia, de la que es patrón el Código de Napoleón, que distingue un tutor, un protutor y un consejo de familia presidido por el juez de paz. Sistema seguido por varios Códigos latinos (Francia, España, Portugal (1867), Italia (1865), Bélgica, etc.) y algunos hispanoamericanos. Otra, la tutela llamada de autoridad, propia del Derecho germano, en la que el se encuentra está sometido a organismos judiciales especializados, y a la vigilancia de organismos locales de carácter público. Adscritos a este sistema, podemos señalar a Alemania, Italia (1942), Suiza, Austria, México, Uruguay, nuestro país, etc. Ninguno de los dos sistemas suele desplegarse en toda su pureza. Normalmente, se da intervención a la familia en el sistema de tutela de autoridad, y a la autoridad (judicial o administrativa) en el de tutela de familia. Una suerte de simbiosis.

El derecho inglés, lo mismo que el norteamericano, no puede - por sus especiales características- ser encuadrado en ninguno de estos dos sistemas, aunque quizá constituya el más genuino sistema de tutela de autoridad.

En España se pierde el sistema romano (al adoptar la dualidad de los conceptos de tutela y curatela), que es sustituido en los Fueros, concretamente en aquellos de influencia germánica, por una sola institución de guarda que ejercen los próximos parientes, bien

colectivamente o delegando en uno de ellos. El Código Civil Español se adscribe al sistema de tutela de familia, siguiendo a su modelo el Código napoleónico, y adopta sus figuras del protutor y consejo de familia, unifica la antigua distinción de tutela y curatela en una sola institución de guarda, reduce las funciones de la autoridad judicial, que pasan al consejo de familia, el cual adopta el papel de pieza central del engranaje tutelar.

De este modo el organismo tutelar se estructura en esta forma: tutor, protutor, consejo de familia y una cierta intervención de la autoridad judicial. El primero y el último ya existían en el antiguo Derecho, y los otros dos son de reciente creación.⁴⁰

Si bien hay que tener presente que algunas CCAA cuentan con instituciones propias de derecho civil (Aragón, Baleares, Cataluña, ciertas zonas de Extremadura, Galicia, Navarra y la mayoría del territorio del país Vasco) y por tanto han sancionado sus respectivas leyes de tutela, sólo nos referiremos al Derecho Civil común.

En efecto, el tutor, que puede ser conceptuado como aquella persona o personas (físicas o jurídicas), que nombradas por la autoridad judicial y bajo la vigilancia y control de ésta y del Ministerio Fiscal,

⁴⁰ Ediciones Rialp S.A., Gran Enciclopedia Rialp, 1991, "Tutela I. Derecho Civil", Canal Social. Enciclopedia GER, consultado en fecha 8/02/2012, URL: http://canalsocial.net/ger/ficha_GER.asp?id=5148&cat=derecho

tienen como misión el cuidado y educación de los menores o incapacitados sometidos a tutela, su representación en todos aquellos actos que no puedan realizar por sí solos, y la administración de su patrimonio o, en su caso, sus funciones se limitan a las administraciones. Es una institución permanente, de actuación habitual o continua y de ámbito general.

El *Curado* es el término reservado para designar aquella o aquellas personas (físicas o jurídicas), que bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, tienen como misión la asistencia a menores emancipados, o a los incapacitados y a los pródigos, en todos aquellos actos o negocios que, por determinación de la Ley o de la correspondiente sentencia judicial, no puedan realizar por sí solos (arts. 216, 286 y ss., todos del Código Civil).

Es una función permanente, pero a diferencia del tutor su ejercicio se practica en forma intermitente, solo supone asistencia para determinados actos y carece de efectos personales.

El *Defensor judicial* es aquella persona (física o jurídica), distinta del tutor y del curador, nombrada por la autoridad judicial para que, bajo el control y salvaguarda de ésta y de la vigilancia del Ministerio Fiscal, represente y ampare, en ciertos casos y con el ejercicio de las facultades que se le hayan conferido, los intereses de los menores o incapacitados (art. 299 del Código Civil). Cumple una función supletoria de la tutela o de la curatela, y por lo tanto reviste carácter temporal y/o transitorio.

Posee enorme trascendencia práctica la figura del *guardador de hecho* y puede definirse como aquella situación transitoria en la que una persona, sin título que la habilite para ello asume la protección de la persona y bienes de un menor o de un presunto incapaz, bajo el posterior control y vigilancia de la autoridad judicial" (arts. 303 y ss. del Código Civil).⁴¹

En los derechos forales, encontramos vigente la figura del *protutor*, como órgano fiscalizador de la tutela, arts. 69 a 72 de la Ley Catalana 39/1991 y 18.1 de la Compilación Aragonesa, órgano que es posible instituir en Derecho común a tenor del art. 223 del Código Civil.

El artículo 223 del Código Civil señala que “Los padres podrán, en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. El artículo 224 del citado código establece: “Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”.

⁴¹ Aragonés Aragonés, Rosa, magistrada española, “Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y Fianza”, Derecho y Cambio Social, consultado en fecha 7/02/2012, URL: http://www.derechocambiosocial.com/revista022/constitucion_de_la_tutela.pdf

Se configura lo que se denominaba la tutela testamentaria entendida como la máxima concesión hecha en la reforma a la intervención de la familia en la nueva regulación de las instituciones de guarda y protección.

De esta forma, los padres que no hayan sido privados de la patria potestad al tiempo de la designación, en cuyo caso será ineficaz (cfr. Art. 226 C.C.), están facultados para designar individualmente, en sus respectivos testamentos- o en el caso de ciertos Derechos forales, en el testamento mancomunado conjuntamente- a la persona que consideren más capacitada para ejercer como tutor de su hijo menor o incapacitado o incapaz susceptible de incapacitación, así como para establecer otras disposiciones relacionadas con el ejercicio de la tutela (órganos de fiscalización y cualquier otra referente a la persona o bienes tutelados, (cfr. Art. 223 CC).⁴²

En lo que respecta a la función notarial, lo más frecuente es que se haga el nombramiento de tutor en ocasión de otorgar testamento; sin embargo, resulta posible el otorgamiento un documento independiente en el que se efectúe el referido nombramiento única y exclusivamente.⁴³

⁴² Álvarez Lata, Natalia, “Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento”, cita a Lete del Río, J.M. “Nombramiento de tutor”, A.C. Nr. 16, 1999, p. 411; Ordás, Alonso M. “Comentario al art. 223”, en Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo “Comentarios al Código Civil, p. 340, consultado en fecha 8/02/2012, URL: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2184/1/AD-6-5.pdf>

⁴³ Despacho Web Edición Especial Notarios, Portal de la Notaría de Alarcón, ¿Cómo es el nombramiento de tutor por los padres? Nombramiento de tutor a los hijos, consultado en fecha 8/02/2012, URL: <http://www.dwnotarios.es/>

Por su parte, el Código Civil Alemán regula en forma separada la tutela de los menores y la de los incapacitados, si bien respecto de esta última, a semejanza del Código Civil Argentino en lo referido a la curatela, se remite con carácter general a las prescripciones de la primera.

La vigilancia de la actividad del tutor (y protutor si lo hay), está encomendada a un Tribunal de Tutelas, que es un órgano del Estado que se asiste de una dependencia administrativa: El Consejo Comunal de Huérfanos.

El Tribunal de Tutelas puede crear un Consejo de Familia (arts. 1.858 a 1.881 BGB), lo que constituye exponente de una especie de tutela de familia, aunque muy matizada, ya que el presidente de ese Consejo de Familia, es el juez de tutelas.

Por lo que respecta a la constitución de la tutela, el tribunal debe instituir la tutela de oficio y nombrar tutor y eventual protutor y Consejo de Familia (cuando proceda), asimismo, aceptará o no las excusas alegadas.

El tutor debe realizar un inventario y presentarlo al tribunal. Si resulta insuficiente, se ordenará que lo elabore un funcionario o un notario. El tribunal puede pedir garantías o fianza.

El consejo comunal de huérfanos propone las personas aptas para el cargo de tutor, protutor y miembro del Consejo de Familia.

En el Derecho Francés, a partir de la Reforma de 1964, se abandonó el sistema de tutela de familia y se lo reemplazó por un sistema mixto: de autoridad y de familia.

La función de juez tutelar la desempeña el Juez de Primera Instancia del domicilio del sujeto a tutela, correspondiendo algunas funciones al "Tribunal de Grande Instancia".

Existen dos casos excepcionales de tutela: Si la tutela queda vacante, en virtud del Decreto número 74-930 de 6 de febrero de 1974, corresponderá al Estado, que la confiere al prefecto, y cuando se trate de menores, al director del establecimiento o al notario competente en el lugar de jurisdicción del tribunal encargado del caso. El fiscal tiene como misión elaborar una lista de personas físicas y jurídicas que aceptarían estar encargadas de ejercer la tutela del Estado. Se confeccionan dos listas: una para la tutela de la persona y otra para los bienes de los menores y de los incapacitados.

Dentro del sistema de tutela ordinaria, aparte de la tutela encomendada completamente al Estado, la organización de la tutela se caracteriza por ser el resultado de combinar los órganos estatales y los lazos familiares. Así, la designación de tutor no corresponde directamente al juez, sino al Consejo de Familia.⁴⁴

⁴⁴ Aragonés Aragonés, Rosa, magistrada española, "Constitución de la tutela. Nombramiento de Tutor. Inventario y Fianza", Derecho y Cambio Social, consultado en fecha 7/02/2012, URL: http://www.derechocambiosocial.com/revista022/constitucion_de_la_tutela.pdf

Conforme el artículo 390 del Código Civil, (Ley Nro. 64-1230 de 14 de diciembre de 1964. Art. 1 Diario Oficial de 15 de diciembre de 1964 en vigor el 15 de junio de 1965; Ley Nro. 202-305 de 4 de marzo de 2002 art. 8.I Diario Oficial de 5 de marzo de 2002; Orden Nro. 2005-759 de 4 de julio de 2005 art. 17 VI Diario Oficial de 6 de julio de 2005 en vigor el 1 de julio de 2006), *“La tutela se abrirá cuando ambos padres hayan fallecido o se encuentren privados del ejercicio de la patria potestad. Se abrirá, también, respecto de un hijo que no tuviera padre ni madre. Lo dispuesto más arriba se aplicará sin perjuicio de las leyes particulares que rigen el servicio de ayuda social a la infancia”*.

El artículo 391 establece que *“En caso de administración legal bajo control judicial, el Juge des tutelles podrá, en cualquier momento, bien de oficio, bien a petición de parientes por consanguinidad o afinidad o del ministerio público, decidir abrir la tutela después de haber oído o llamado, salvo urgencia, al administrador legal. Éste no podrá hacer, a partir de la demanda y hasta la sentencia firme, salvo en caso de urgencia, ningún acto que requiera la autorización del consejo de familia si la tutela estuviera abierta.*

El Juge des tutelles podrá también decidir, pero sólo por causa grave, abrir la tutela en el caso de administración legal pura y simple. En ambos casos, si la tutela estuviera abierta, el Juge des tutelles convocará el consejo de familia que podrá bien nombrar tutor al administrador legal, bien designar otro tutor”.⁴⁵

⁴⁵ Legifrance.gouv.fr, “Sección I: De los casos en que procede la administración legal o la tutela”, consultado en fecha 14/02/2012, URL: <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp.&c=41&r=1695.art6047>

3. Representación legal de las personas declaradas “incapaces”.

a) Curatela. Régimen de sustitución de la voluntad del sujeto por su representante legal.

Las nuevas normas en la materia cuestionan la legalidad del régimen tradicional del CCA. Creemos que ninguna persona actualmente en la República Argentina puede ser sometida a un régimen de incapacidad absoluta ya que, como veremos, la regla debe ser la capacidad. Para fundamentar este concepto analizaremos en primer lugar las normas de nuestro código civil.

La curatela es el instituto previsto en nuestro código civil para las personas dementes y sordomudas que no saben darse a entender por escrito y funciona mediante la designación por el juez de un representante que sustituye al incapaz y que lo representa en todos los actos de la vida civil, sin su participación⁴⁶. Se trata de un régimen rígido que niega toda actuación del presunto insano.

La primera flexibilización a este régimen fue la “inhabilitación” introducida en el código civil por el artículo 152 bis. (D.L. 17.711/1968). Se refiere a los supuestos de embriaguez habitual, uso de estupefacientes, de aquellas personas que se encuentran disminuidas en sus facultades mentales sin llegar a la demencia y de los considerados

⁴⁶ LLORENS, Luis Rogelio y Alicia B.RAJMIL. “Derecho de Autoprotección”.Pág. 8. Astrea

pródigos. En estos casos la misión del curador que se designa no radica en el reemplazo del sujeto vulnerable sino en asistirlo mediante la validación de los actos, actuando conjuntamente.

En nuestro código para que una persona sea considerada “demente”, y por lo tanto incapaz de administrar sus bienes o de dirigir su persona, debe así ser declarada en juicio (art.140 CC), previa verificación tanto de la “enfermedad mental” como de la falta de “aptitud” para esas tareas (art. 141 CC). La ley establece quiénes pueden pedir la declaración de demencia (art. 144 CC) pero no prevé la intervención del propio interesado, con lo que desde el inicio se le resta participación y protagonismo.

El juez nombra al curador del interdicto según un orden imperativo establecido por nuestra ley, prescindiendo de su participación (arts. 476, 477 y 478 CC).

En todos los casos en que los padres puedan designar tutor a sus hijos menores de edad, podrán también por testamento designar curador a sus hijos mayores de edad dementes o sordomudos (art. 479), pero no se prevé la designación del curador para sí mismo.

Podemos observar que este régimen legal se aparta ostensiblemente de los actuales conceptos de la ciencia jurídica, de la medicina y de otras disciplinas sobre las necesidades y los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad.⁴⁷ Veamos

⁴⁷ LLORENS, Luis Rogelio y Alicia RAJMIL. Ob. cit. Pág. 8 y 9.

a continuación las nuevas normas en la materia que se encuentran vigentes en nuestro país.

b) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sistema de apoyos en la toma de decisiones.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. Incorporada al derecho argentino por ley 26378 en el año 2008.

El propósito de la convención es promover, proteger y garantizar a las personas con discapacidad, el disfrute pleno y en igualdad de condiciones que las demás, de los derechos humanos. La convención plantea la temática desde el Derecho y no como históricamente se abordó desde el bienestar social.

La convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos tales como barreras físicas y actitudes imperantes que impiden su participación en la sociedad. En tal sentido podríamos decir que el régimen de nuestro código civil, constituye una auténtica barrera u obstáculo jurídico. Las discapacidades incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y

sensoriales tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo.

En el artículo 3 se proclaman los principios generales entre ellos: el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y a la igualdad de oportunidades.

En el artículo 4 los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

En el artículo 7 se establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. Y que Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

El art. 12 establece con claridad meridiana que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, asimismo consagra la obligación de los Estados Partes de proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad y salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Estas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Resulta evidente que la Convención nos habla del efectivo ejercicio de los derechos y no solo de su titularidad. Establece un sistema de apoyos para facilitar y acompañar a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, en oposición al régimen de nuestro CC de sustitución de su voluntad por la del representante legal. El curador o representante de la persona sometida a un régimen que limite su capacidad de obrar tiene, a partir de la sanción de estas normas, la obligación de facilitar el ejercicio de los derechos de su representado, de respetar y hacer cumplir su voluntad, de brindarle los apoyos necesarios a fin de que ejerza por sí sus derechos de acuerdo a sus reales posibilidades. La diferencia entre el sistema jurídico resumido en este punto y la estructura civilista decimonónica resulta abismal.

c) Ley 26657. Derecho a la protección de la salud mental.

La ley 26.657 fue sancionada por el Congreso de la Nación Argentina a fines del año 2010, y constituye un avance trascendente en la protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. Tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce sus derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Bs As (art 1°)

En su art 2° hace referencia a diversos instrumentos internacionales aunque no menciona a la CDPD. Si bien este tratado no cuenta aún con rango constitucional ha sido reconocido por nuestro país por ley 26.378 y consideramos que es de aplicación prioritaria en el ámbito de las personas con padecimiento mental. Entendemos también que se equivoca el legislador al continuar hablando de “incapacidad” y que debería haber regulado un sistema de apoyos para el ejercicio de los derechos de las personas con padecimiento mental, en sintonía con los principios establecidos por la CDPD. Pero más allá de estas y otras críticas que podamos formular, se trata de un progreso importante en el reconocimiento de la autonomía y el respeto a la voluntad del paciente con padecimiento mental.

Parte de la presunción de capacidad de todas las personas (art3°)
Se refiere al derecho del paciente a recibir el tratamiento que menos

restrinja sus derechos y libertades, el derecho a ser acompañado por la persona a quien el paciente designe, a recibir o rechazar asistencia espiritual o religiosa, a ser informado de manera adecuada, a tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento, a ser reconocido siempre como sujeto de derecho (art7°).

Resulta fundamental en este análisis el art. 152 ter que la ley incorpora a nuestro CC. y dice: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

Más allá de las dificultades interpretativas que genera y en las que no nos detendremos en este trabajo, debemos destacar que esta norma limita las sentencias de interdicción tanto en su contenido como en su duración. Ninguna resolución judicial puede ahora en el régimen argentino, declarar a una persona absolutamente incapaz para todos los actos de la vida civil. Vemos así que se invierte el principio general del sistema velezano. La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción. Esta excepción debe ser limitada en el tiempo y también en cuanto a los actos que abarca. El curador o representante sólo actuará en los actos especificados en la sentencia. Merece destacarse la reafirmación del principio de la autonomía de la voluntad que se concreta en el párrafo

final del recordado artículo 42: "...procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible."

4. Conclusiones

Podemos advertir, en el análisis realizado, los sustanciales cambios introducidos en nuestro régimen tradicional de representación de menores e incapaces.

Resulta claro que a partir de la vigencia de la CIDN y de la ley 26.061, el niño debe ejercer sus derechos por sí mismo si tiene madurez suficiente para ello y que en los casos en que esa situación no se verifique actuarán sus representantes legales, pero ya no resulta posible ignorar su derecho a participar en todo asunto de su interés, a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Por otra parte, a la luz de los principios consagrados por la CIDPD y la ley 26.657 las personas con discapacidad mental gozan de plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de los sujetos de derecho, las limitaciones a su capacidad de obrar deben valoradas con criterio restrictivo y se ha de respetar en la mayor medida posible la autonomía de su voluntad y el ejercicio de sus derechos.

Se verifica así un cambio fundamental de criterio. La persona en situación de vulnerabilidad ha mutado su categoría de simple objeto de protección por la de sujeto pleno de derechos y por ende no puede ser

ignorada cuando se adoptan decisiones que le conciernen. Su participación conforme a la evolución de sus aptitudes y facultades, adquiere un papel preponderante en el sistema diseñado. Se impone pues interpretar nuestro derecho privado de acuerdo con las nuevas normas vigentes. Sin dudas hay disposiciones que debemos considerar derogadas, por ejemplo los arts. 274 y 411 del CCA, y en el resto del régimen velezano se impone una interpretación flexible y armónica con los nuevos postulados. Esto mientras esperamos la necesaria reforma de nuestro código civil.

La representación de los menores de edad se nutre de un nuevo contenido, ya que el representante del menor debe acompañar y guiar al niño para que progresivamente ejerza sus derechos por sí mismo y para que participe, de acuerdo a su desarrollo y madurez, en la toma de decisiones que lo afecten. Estos principios, dotados de rango constitucional, modifican las normas tradicionales de nuestro derecho que relegaban al menor a la categoría de un mero receptor de decisiones tomadas por otros. Así, en todos los actos que analizamos debe tener lugar la participación del menor de edad y su opinión debe ser escuchada.

Con respecto a la representación de las personas adultas sometidas a un régimen de restricción de su capacidad de obrar, no hay duda de que su objetivo primordial es el apoyo en el ejercicio de sus derechos y no la sustitución de su voluntad. Así debe interpretarse el régimen argentino de curatela en cuyo contexto actual no puede ya

negársele participación al presunto incapaz, ni durante el desarrollo del proceso ni en la designación y actuación de su curador.

5. BIBLIOGRAFÍA.

Ansó, Adriana y autores varios. “Actos de Autoprotección. Directivas Anticipadas”. Cuaderno Número 6. Instituto de Derecho Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe -2da. Circunscripción –Argentina, año 2007.

Bidart Campos, Germán “Manual de la Constitución Reformada” 1ra. Reimpresión, 1998, Editorial Ediar S.A.E.C.I. y F.

Belluscio, Augusto César, “Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño y del Adolescente. La Ley, 2006, B página 701.

Bueres, Alberto J. –Dirección- “Código Civil y Normas Complementarias”. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. Editorial Hamurabi- Buenos Aires.

Caló, Emanuele “Bioética, Nuevos Derechos y Autonomía de la Voluntad”. Edificios La Rocca. Buenos Aires 2000.

Cifuentes, Santos “Régimen General de la Capacidad y el Denominado Living-Will”. La Ley año LXX, número 34. 2006.

Cillero Bruñol, Miguel “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Revista Infancia, Ley y Democracia” (www.iin.oea.org.) Consultado el 12-10-09.

Cillero Bruñol, Miguel “Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios” (ver referencia anterior).

D’Antonio, Hugo Daniell “Derecho de Menores”- 3ra. Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Davobe, María Isolina y Barbero, Daríel Oscar, “Igualdad y no Discriminación en los Actos de Autoprotección”- Revista número 1, Instituto de Derecho e Integración, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2da. Circunscripción.- Rosario, Argentina, página 13 y siguientes, año 2009.

García Méndez, Emilio “Prehistoria e Historia del Control Socio-Penal de la Infancia. Políticas Jurídicas y Derechos Humanos en América Latina”. www.iin.oea.org, consultado el 1-10-09.

García Méndez Emilio “Legislaciones Intanto-Juveniles en América Latina. Modelos y Tendencias.”

García Méndez, Emilio “Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral”. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Forum Pacis, 1994, www.iin.oea.org, consultado el 05-10-09.

Gil Domínguez y autores varios: “Las medidas excepcionales en la Ley 26061, Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. La Ley, 2007, D; página 876.

Jáuregui, Rodolfo G. “La Ley 26061 y el Derecho Entrerriano”.
La Ley Litoral (01-10-2006), página 387.

Kemelmarjer de Carlucci, Aída. “El Derecho del Niño a su
Propio Cuerpo”, en “Bioética y Derecho”. Editorial Runzal Culzoni.

Kiemarovich, Jorge L. “Reflexiones Procesales sobre la Ley
26601. La Ley, 2005, F, página 987.

Instituto de Derecho e Integración (Colegio de Escribanos de la
Provincia de Santa Fe-2da. Circunscripción-Rosario, Argentina), “El
Derecho de Autoprotección. Una Nueva Incumbencia Notarial
Indelegable”. Publicación destinada al cuerpo notarial.

Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil Argentino”.
Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 2007.

Llorens, Luis Rogelio. “Protección Jurídica y Patrimonial de las
Personas con Discapacidad en el Derecho Argentino”. Conferencia
dictada en la ciudad de La Plata (Bs. As. Argentina) el 13 y 14-06-2006.

Llorens, Luis Rogelio “El Notario ante los Deficientes
Mentales. Hacia una Revitalización de la Capacidad en el Derecho
Civil”. Monografía aportada al Instituto de Derecho e Integración
(Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2da.
Circunscripción- Rosario, Argentina-).

Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia Beatriz, “Derecho de Autoprotección. Previsiones Para la Eventual Pérdida de Discernimiento” Editorial Astrea, Buenos Aires 2010. De los mismos autores: “Derecho de Autoprotección”- Revista Número 1, Instituto de Derecho e Integración (Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe- 2da. Circunscripción- Rosario, Argentina, página 47 y siguientes).

Lucero Eseverri, Roberto Augusto, “El Notario, Intérprete necesario de Voluntades Autorreferentes”, publicación citada precedentemente, página 77 y siguientes.

Marín, Calero, Carlos, “La Integración Jurídica y Patrimonial de las Personas Jurídicas con Discapacidad psíquica e intelectual”. Madrid, Universidad Ramón Areces, año 2005.

Méndez Costa, María Josefa– Daniel Hugo D’Antonio, Tratado de Derecho de Familia, Tomo III, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.-

Mizhari, Mauricio Luis “La Participación del Niño en el Proceso y Normativa del Código Civil en el contexto de la Ley 26061” en “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. Ediciones Puerto del Sur, Fundación Sur, Argentina.

Nicolau, Noemí, “La Aptitud de los Niños y Adolescentes para la Defensa de su Privacidad e Imagen”. La Ley, año 2007, B, página 1151.

Salvat, Raimundo M. "Tratado de Derecho Civil Argentino".
Tipográfica Editora Argentina, año 1964, Buenos Aires.

Tau, José M. "Protocolizar el Axioma: Enfermedad neurológica irreversible y rechazo de medios sustitutivos de Funciones Vitales a Permanencia." "Revista Notarial, número 951, página 670, Argentina.

Zannoni, Eduardo A. "El Patronato del Estado y la Ley 26061".
La Ley, año 2005, F. Del mismo autor: Tratado de Derecho de Familia,
Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo
y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998.

LEGISLACIÓN

LEY Nro 18.473

VOLUNTAD ANTICIPADA ¹

Artículo 1º. Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros.

Del mismo modo, tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible.

Tal manifestación de voluntad, tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural.

No se entenderá que la manifestación anticipada de voluntad, implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren.

De igual forma podrá manifestar su voluntad anticipada en contrario a lo establecido en el inciso segundo de este artículo, con lo

¹ Publicada en la República Oriental del Uruguay el 21 de abril de 2009.

que no será de aplicación en estos casos lo dispuesto en el artículo 7º de la presente ley.

Artículo 2º. La expresión anticipada de la voluntad a que refiere el artículo anterior se realizará por escrito con la firma del titular y dos testigos. En caso de no poder firmar el titular, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos.

También podrá manifestarse ante escribano público documentándose en escritura pública o acta notarial.

Cualquiera de las formas en que se consagre deberá ser incorporada a la historia clínica del paciente.

Artículo 3º. No podrán ser testigos el médico tratante, empleados del médico tratante o funcionarios de la institución de salud en la cual el titular sea paciente.

Artículo 4º. La voluntad anticipada puede ser revocada de forma verbal o escrita, en cualquier momento por el titular. En todos los casos el médico deberá dejar debida constancia en la historia clínica.

Artículo 5º. El diagnóstico del estado terminal de una enfermedad incurable e irreversible, deberá ser certificado por el médico tratante y ratificado por un segundo médico en la historia clínica del paciente. Para el segundo profesional médico regirán las mismas incompatibilidades que para la calidad de testigo según el artículo 3º de la presente ley.

Artículo 6º. En el documento de expresión de voluntad anticipada a que se alude en el artículo 2º de la presente ley, se deberá incluir siempre el nombramiento de una persona denominada representante, mayor de edad, para que vele por el cumplimiento de esa voluntad, para el caso que el titular se vuelva incapaz de tomar decisiones por sí mismo. Dicho representante podrá ser sustituido por la voluntad del titular o designarse por éste sustitutos por si el representante no quiere o no puede aceptar una vez que fuera requerido para actuar.

No podrán ser representantes quienes estén retribuidos como profesionales para desarrollar actividades sanitarias realizadas a cualquier título con respecto al titular.

Artículo 7º. En caso que el paciente en estado terminal de una patología incurable e irreversible certificada de acuerdo con las formalidades previstas en el artículo 5º de la presente ley, no haya expresado su voluntad conforme al artículo 2º de la presente ley y se encuentre incapacitado de expresarla, la suspensión de los tratamientos o procedimientos será una decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, de los familiares en primer grado de consanguinidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º de la presente ley.

En caso de concurrencia entre los familiares referidos, se requerirá unanimidad en la decisión y para el caso de incapaces declarados, que oportunamente no hubieren designado representante conforme al artículo 1º "in fine", la deberá pronunciar su curador.

Si se tratare de niños o adolescentes, la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad o a su tutor. Si la tutela se hubiera discernido porque, a su vez, los padres son menores de edad, el tutor deberá consultar a los padres que efectivamente conviven con el niño.

No obstante, cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante.

Artículo 8º. En todos los casos de suspensión de tratamiento que trata esta ley, el médico tratante deberá comunicarlo a la Comisión de Bioética de la institución, cuando éstas existan, creadas en cumplimiento de la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008, en la redacción dada por el artículo 339 de la Ley N° 18.362, de 6 de octubre de 2008, debiendo en ese caso resolver en un plazo de 48 horas de recibida esta comunicación. En caso de no pronunciamiento en dicho plazo se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento.

Asimismo, las instituciones de salud deberán comunicar todos los casos de suspensión de tratamiento a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud Pública, a los efectos que corresponda.

Artículo 9º. De existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del paciente objeto de esta ley, la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda.

Artículo 10º. Las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud deberán:

A) Garantizar el cumplimiento de la voluntad anticipada del paciente expresada en el documento escrito que alude el artículo 2º de la presente ley, incorporándolo a su historia clínica.

B) Proveer programas educativos para su personal y usuarios, sobre los derechos del paciente que estipula la presente ley, debiendo el Ministerio de Salud Pública implementar una amplia difusión.

Artículo 11º. Las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud no condicionarán la aceptación del usuario ni lo discriminarán basándose en si éstos han documentado o no su voluntad anticipada.

Sala de Sesiones de la Cámara de Representantes, en Montevideo, a 17 de marzo de 2009.

ALBERTO CASAS - 1er. Vicepresidente. José Pedro Montero, Secretario.

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Montevideo, 3 de abril de 2009.

Cúmplase, acúcese recibo, comuníquese, publíquese e insértese en el Registro Nacional de Leyes y Decretos, la Ley por la que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y se establece el alcance de la voluntad anticipada.

TABARÉ VÁZQUEZ. MARÍA JULIA MUÑOZ.

DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA

EN UN ACTA NOTARIAL¹

Esc. Ana Paula Taroco del Río²

*¿Cómo compaginar la aniquiladora idea de la muerte
con ese incontenible afán de vida?
Fragmento del Poema “Esa batalla” de Mario Benedetti*

Sumario. I) Introducción. II) Definición. III) Contenido de la manifestación de voluntad anticipada. IV) Legitimación del declarante. Presupuestos. V) Forma. VI) Actas Notariales. VII) Conclusiones. VIII) Bibliografía.

¹ Trabajo presentado en las XIV Jornadas del Notariado Novel del Cono Sur, llevadas a cabo en la República del Paraguay

² Escribana Pública, egresada de la UDELAR. Miembro de la Comisión de Noveles de la Asociación de Escribanos del Uruguay.

I. Introducción.

La Ley N° 18.473 publicada el 21 de abril de 2009, estableció con rango legal el máximo respeto a la autonomía de la voluntad de un ser humano, que consiste en elegir una mejor calidad de vida en las proximidades de su propia muerte. Esta elección consiste en decidir que si se encuentra ante una patología terminal, incurable e irreversible no se le aplique tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida, en detrimento de la calidad de la misma.

En la exposición de motivos se establece que, además de la autonomía de la voluntad se recogen otros principios fundamentales que son la dignidad de la persona y la salvaguarda de la responsabilidad de las partes.

El Escribano es el agente del derecho, que por ser portador de la “Fe Pública” es designado para recabar tan delicada declaración de voluntad. Está previsto legalmente que el declarante se pueda manifestar también sin presencia de un notario y lo hará por escrito, ante dos testigos que le otorgan legitimidad al acto, según se detallará mas adelante.

II. Definición

El legislador uruguayo prefirió titular la Ley N° 18.473 como de Voluntad Anticipada y no como Testamento Vital. Esto se debe a que no se trata de un testamento mortis causa; que produce sus efectos para después de la muerte del testador sino que estamos ante la situación de que los efectos se producen en vida del declarante.

Enma Carozzi ³ define a la voluntad anticipada como “...*un acto unilateral. El declarante adopta decisión anticipada sobre los tratamientos médicos que no aceptará o admitirá para el eventual caso de padecer una patología terminal, incurable e irreversible.*”

Martín Pecoy Taque⁴ establece que “...*se trata de disposiciones unilaterales otorgadas por un sujeto en pleno uso de sus facultades y en completo estado de lucidez mental, con el objetivo de disponer respecto de su persona y salud, ante la eventualidad de que sobrevenga una enfermedad terminal*”.

³ Carozzi, Enma. Declaraciones de Voluntad Anticipada. Análisis de la Ley N° 18.473. Tribuna del Abogado. Abril/Mayo 2009. Pág. 11.

⁴ Pecoy Taque; Martín. Testamento Vital y Derecho Penal. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. Pág. 64

III. Contenido de la manifestación de voluntad anticipada.

III.1 Evitar la Distanasia.

La Ley N° 18.473 en su artículo primero expresa su espíritu, que está íntimamente relacionado al concepto de la Bioética, que según la Enciclopedia de Bioética ⁵ “es el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y la salud, a la luz de los valores y los principios morales”. Los Principios en que se basa son la No maleficencia, la Autonomía y la Justicia.

Como lo expresa Ema Carozzi⁶ “la Ley N° 18.473 no promueve la eutanasia sino que evita la distanasia; esto es la prolongación exagerada del proceso de muerte del paciente”. El declarante podrá manifestar su voluntad en el caso de enfrentarse a una patología terminal, incurable e irreversible; de oponerse a tratamientos médicos que prolonguen su vida pero que le causen sufrimientos a los que no este dispuesto a soportar, optando así por una muerte digna.

Así lo establece también el artículo 17 de la Ley N° 18.335 en su literal D; que el paciente tiene derecho a: *“Morir con dignidad, entendiendo dentro de este concepto el derecho a morir en forma natural, en paz, sin dolor, evitando en todos los casos anticipar la muerte por cualquier medio utilizado con ese fin (eutanasia) o prolongar artificialmente la vida del paciente cuando no existan*

⁵ Cita Esc. Hormaizateguy. Testamento Vital. Jornada Notarial Iberoamericana. Pág. 36.

⁶ Ob Cit. Pág. 10.

razonables expectativas de mejoría (futilidad terapéutica), con excepción de lo dispuesto en la Ley N° 14.005, de 17 de agosto de 1971, y sus modificativas”.

La ley también prevé la posibilidad de que el declarante, que se encuentre en la misma situación señalada anteriormente, opte por recibir dichos tratamientos. Si así lo hubiera hecho; deberá respetarse la misma aún en el caso de que se estar incapacitado para resolverlo por si mismo, no correspondiendo en tal hipótesis que el médico tratante consulte a su cónyuge o concubina o sus familiares directos para la suspensión de los tratamientos, como lo prevé el artículo 7.

III.2. *Cuidados Paliativos.*

Consisten según Ema Carozzi a: ⁷“*los cuidados que se le aplica a un paciente que padece una enfermedad susceptible de llevarlo a la muerte una vez que esta enfermedad no reacciona más a las terapias curativas, los mismos no se entienden comprendidos en la manifestación de voluntad; sino que deberá el declarante hacer expresa mención a su rechazo si fuera su voluntad, según lo establece el artículo 1 inciso 4° de la mencionada ley.*

III. 3 *Nombramiento del representante.*

El artículo 6 de la Ley N° 18.473 establece que en el documento se deberá nombrar siempre a un representante, mayor de edad, para que vele por el cumplimiento de esa voluntad. A pesar de la redacción del artículo, la doctrina entiende que la ausencia de designación de un

⁷ Ob cit Pág. 10.

representante no implica la nulidad del documento. También se podrá nombrar uno o más sustitutos si el representante originario no quisiera o no pudiera una vez que sea requerido para actuar.

III. 4. *Estipulaciones no contenidas en la Ley N° 18.473*

Ahora bien, además de los temas relacionados anteriormente; la doctrina uruguaya entiende que se puede ampliar el contenido incluyendo otros puntos propios de la “Autoprotección o Autotutela”.

Así por ejemplo en el Derecho Español; Ferrán Badosa Coll⁸ define a la autotutela (o Autocuratela, como corresponde denominarse en nuestro Derecho) como *“la designación de tutor de sí mismo hecho por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso que deje de ser capaz”*, colocando como ejemplo de utilidad de la institución a una persona que padece una enfermedad hereditaria. Distingue dos tipos de autotutela: 1) Positiva: que es la que presenta mucha similitud con el albaceazgo, porque da continuidad a la voluntad de la persona que ya no puede manifestarla válidamente o físicamente y 2) Negativa: que es la que se funda en la voluntad de autoregimiento de la persona que puede manifestar su oposición a que determinadas personas desempeñen su tutela en caso de que se incapacite.

En Uruguay hay autores que están a favor de incluir como voluntades anticipadas a declaraciones con contenidos relacionados a la denominada autotutela positiva. Así por ejemplo la Escribana Gabriela

⁸ BADOSA COLL, Ferrán. Homenaje al Profesor Lacruz. Pág. 907.

Hormaiztegui Casaravilla⁹ compartiendo la opinión al respecto del Escribano Raúl Anido, considera que es posible extraer una opinión favorable a incluir otras “*directivas anticipadas*” como lo denomina; incluyéndose el otorgamiento de un Poder para administrar sus bienes. Así por ejemplo en el matrimonio si uno de los cónyuges se halle absolutamente impedido, pueda autorizar, que la administración de sus bienes la detente determinada persona y conforme al régimen que el mismo establezca, extrayendo tal conclusión del inciso final del artículo 1979 del Código Civil uruguayo (en adelante C.C.) que establece entre otras cosas lo siguiente: “*La administración de los bienes del matrimonio se confiere exclusivamente a uno de los cónyuges: 1. Siempre que sea curador del otro con arreglo al artículo 441. 2. Cuando se oponga a la declaración de ausencia del otro, según lo dispuesto en el artículo 62. El Juez conferirá también la administración a uno de los cónyuges, con las limitaciones que estime conveniente, de los bienes propios y gananciales cuya administración corresponda al otro, si hallándose este absolutamente impedido, no hubiere proveído sobre la administración*”.

No comparto la opinión relacionada, porque entiendo que el mencionado artículo en su acápite no deja lugar a dudas que el único administrador de los bienes del matrimonio cuando un cónyuge se incapacita, o es declarado ausente o cuando se encuentre con algún otro tipo de impedimento, será el otro cónyuge.

⁹ HORMAIZTEGUY CASARAVILLA; Gabriela. Jornada Notarial Iberoamericana. Madrid, 28 a 31 de mayo de 2012. Pág. 13 y sgtes.

Otra razón para fundar mi opinión es que el pretendido poder para administrar los bienes luego de que se incapacite el declarante, contradice con la disposición del numeral 7 del artículo 2086 del C.C. que establece justamente que el mandato se acaba por la incapacidad sobreviniente del mandante o del mandatario.

Distinta es la situación si el declarante nombra curador a una persona distinta a las previstas legalmente (curatela legítima) para el caso de que se incapacite. Este nombramiento será considerado por el Juez como un elemento a tener en cuenta al fallar, si se aparta del orden de la curatela legítima, pero no tendrá carácter vinculante para el magistrado. A esta conclusión arribo en virtud de lo que dispone el artículo 442-1 del C.C. que no deja margen a la autonomía de la voluntad: *“El Tribunal por motivos fundados podrá apartarse del orden de la curatela legítima, o aún prescindir de ella, así como regular los modos de su ejercicio”*.

Sin embargo comparto la opinión de la Escribana Gabriela Bouvier de que se podrá incluir otras directivas que no condigan con el Orden Público en general, con la moral o las buenas costumbres. Así por ejemplo se podrá estipular la decisión de que en caso de fallecimiento no sea sepultado sino que sea cremado; si desea que sea velado o no, etc. Como no existe norma alguna que así lo establezca; su incumplimiento por parte del representante no aparejará responsabilidad alguna; siendo nada mas que disposiciones relacionadas a la consciencia de las personas que tengan que cumplirlo.

IV. Legitimación del declarante. Presupuestos.

IV.1. Capacidad.

En su artículo 1º la Ley N° 18.473, establece que el declarante debe ser una persona mayor de edad; esto es mayor de 18 años y psíquicamente apta. Será el profesional Escribano que con el criterio de la sana convicción determinará si la persona se encuentra síquicamente apta o no y ante la duda será conveniente que el médico tratante sea quién certifique tal situación.

La oportunidad para evaluar la capacidad es al momento de expresar su voluntad; independiente de que si posteriormente el declarante se encuentre en estado de incapacidad legal o natural como lo expresa el inciso tercero del artículo 1º.

La Ley nada dice acerca del momento en que se debe expresar tal declaración. Por lo tanto puede realizarse tanto cuando la persona ya tenga un diagnóstico de la enfermedad terminal al respecto o de lo contrario no se encuentre enferma, pero por convicciones personales de índole religioso o moral decida que ante la eventualidad de encontrarse en tal situación, no recibir el tratamiento respectivo.

El incapaz declarado judicialmente, un niño o un adolescente no pueden otorgar una declaración de voluntad anticipada. La decisión la tomarán sus representantes legales, que será un curador; los padres en ejercicio de la patria potestad o el tutor según el caso. Pero esto no implica que ante la situación de un paciente incapaz su opinión no sea

tenida en cuenta. Conforme el inciso 4° del artículo 7 los representantes legales deberán consultar a sus representados cuando estos tengan cierto grado de discernimiento o madurez que les permita participar en la decisión.

Como lo expresa Ema Carozzi¹⁰ la Ley aplica el principio de la autonomía progresiva de la voluntad establecida en el Código de la Niñez y la Adolescencia; que establece en el capítulo sobre los “*Derechos de los niños y adolescentes*”, en su artículo 8 y como principio general que: “*Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.*”¹¹

Cuando el paciente es mayor de edad y se encuentra incapacitado de expresar su voluntad, la decisión de suspender los tratamientos o procedimientos será tomada por el cónyuge o concubino y en su defecto de los familiares en primer grado o consaguinidad. En caso de concurrencia entre los familiares referidos se requerirá unanimidad en la decisión, tal como lo establece el artículo 7 incisos 1 y 2. *La Ley nada dice si concurrieran en tomar tal decisión un cónyuge y un concubino simultáneamente; situación posible luego de la Ley N° 18.246. Entiendo que por la*

¹⁰ Ob cit. Pág 13.

¹¹ Código de la Niñez y la Adolescencia.

proximidad afectiva la decisión deberá ser tomada por la persona que sea la actual pareja del mismo.

IV.2. Consentimiento Informado.

La Escribana Hormaiztegy define al consentimiento informado como *“el compromiso ético y técnico que tiene el médico de informar al paciente de forma adecuada, suficiente, continua y sencilla de manera tal que pueda comprender el alcance del acto médico que se realizará, la que se dejara constancia en su historia clínica”*¹²

En la Ley N° 18.335, que establece derechos y obligaciones a los pacientes y usuarios de los servicios de salud; en su artículo 11 expresa que: *“Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante – luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de la salud. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos, diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Este puede ser revocado en cualquier momento...”* La mencionada ley dedica todo un capítulo a reglamentar el derecho que tiene el paciente al conocimiento de su situación de salud que entre otras cosas establece que *“...tiene derecho a conocer en forma clara y periódica la probable evolución de su enfermedad”....*

El haber recibido por el declarante toda la información acerca de la enfermedad que padece y su evolución, es un presupuesto imprescindible cuando ya se encuentra enfermo y quiera otorgar su

¹² Ob Cit, Pág. 18

declaración de voluntad anticipada. La misma además de dejarse constancia en la historia clínica del paciente se recomienda también que se deje constancia en el propio documento en su parte expositiva como una declaración de parte del paciente.

Sin embargo tal presupuesto no tiene aplicación cuando el declarante no padece enfermedad alguna y quiera simplemente prestar su declaración con los efectos previstos en la Ley N° 18.473.

V. Forma

La Ley en su artículo 2 establece que la declaración de voluntad anticipada podrá realizarse indistintamente por:

- a. Documento privado con la firma del titular y dos testigos o
- b. Ante Escribano Público documentándose a través de una escritura pública o por acta notarial.

En virtud de que el eje temático del presente trabajo es acerca de las “Actas Notariales” me detendré sobre las mismas, sin perjuicio de realizar una breve mención sobre los restantes documentos mencionados anteriormente.

VI. Actas Notariales.

VI. 1. Generalidades.

En el artículo 170 de la Acordada 7533 en adelante Reglamento Notarial (RN)¹³ se definen las Actas Notariales como: *“El instrumento público que registra hechos, circunstancias, cosas y declaraciones que el Escribano presencia, comprueba o recibe, así como sus propias actuaciones. Se recomienda que en lo posible no se incluyan negocios jurídicos en las actas notariales.”*

Las Actas Notariales se archivan en uno de los registros notariales que es el Registro de Protocolizaciones. Así lo determina el artículo 83 del RN que establece que *“Llamase Registro de Protocolizaciones al formado por los documentos, actas notariales y actas especiales de intervenciones extrarregistrales, agregados durante el año civil por el Escribano que lo lleva, en virtud del mandato de la ley, o reglamento, resolución de autoridad judicial o administrativa o solicitud de parte interesada, con fines generales de conservación, reproducción y fecha cierta (salvo que los documentos incorporados ya lo tuvieran)*

A continuación expondré las características de las Actas Notariales en general haciendo mención a las actas en estudio, y sus particularidades.

La actuación del Escribano es rogada; esto quiere decir que siempre existe un requirente, no hay intervenciones de oficio.¹⁴ En las actuaciones en el Registro de Protocolizaciones la intervención notarial

¹³ Acordada 7533. Artículo 170.

¹⁴ Decreto Ley 1421. Artículo 60.

cuando es a instancia de parte se denominan protocolizaciones voluntarias, cuando son por mandato legal o por resolución judicial o administrativa, se denominan protocolizaciones preceptivas.

Entiendo que en el caso que estamos estudiando como el Escribano interviene a solicitud de parte y tiene la discrecionalidad de elegir si la declaración que le formulen la documentará en un acta notarial o en una escritura pública, estamos ante protocolizaciones voluntarias.

a. Cuando el requirente sea el propio declarante no corresponde que se extienda un acta de solicitud. Así lo entienden las Escribanas Cristina Fraga y Claudia Santo¹⁵ que establecen “*que para las actas confesorias no corresponde que se extienda el Acta de Solicitud ya que el requerimiento se encuentra implícito en la propia acta de declaración.*” Tal conclusión se puede extender también para las actas analizadas ya que son también actas de declaración.

Comparto la opinión antes mencionada agregándole otro fundamento y es que en este caso el declarante es el mismo sujeto en ambas actas, y si se extendiera además de un acta de solicitud, otra de declaración estaríamos duplicando el mismo contenido en dos actas distintas

b. Distinta situación ocurre cuando el requirente es una persona distinta del requerido, acá si corresponde extender un Acta de

¹⁵ Ob Cit. Pág. 156.

Solicitud ya que debemos realizar la diligencia de acuerdo a lo solicitado por el requirente.

El acta que le sigue y que analizaremos en detalle mas adelante, será la que recogerá la declaración de voluntad anticipada propiamente dicha y se denomina “Acta de Declaración”. Este tipo de acta tiene como contenido según el artículo 202 del RN a: “...*hechos propios del declarante o de terceros y deberán formularse de manera articulada, con claridad y precisión.*” Como el contenido es un hecho propio del declarante se denominan también a estas actas como “Acta Confesoria”.

Por confesión se entiende según Cristina Fraga y Claudia Santo¹⁶ como “*una declaración unilateral que no caduca, permaneciendo ilimitadamente en el tiempo.*”¹⁷

La definición relacionada se refiere a hechos pasados, de experiencias ya vividas por el declarante. Estas no son características propias de la declaración de voluntad anticipada ya que el declarante está haciendo referencia a una situación futura y en algunos casos incierta. Por tal razón considero que la ley en estudio incluyó un nuevo tipo de acta de declaración de hechos propios; ahora también además de incluir expresiones de hechos pasados, incluye hechos futuros, no vividos aún por el declarante; o sea incluye expresiones de voluntades anticipadas.

¹⁶ FRAGA CHAO, Cristina y SANTO RICCARDI Claudia. Guía práctica para estudiantes de Derecho Notarial. Asociación de Escribanos del Uruguay. Pág. 153.

¹⁷ Diccionario Ilustrado de la Lengua Española.

El último acta es el que se llama “Acta de Protocolización”, el que según el artículo 209 del RN contendrá entre otros elementos: a) membrete; b) lugar y fecha en que se realiza la protocolización c) su carácter; que será voluntaria en este caso, c) la enumeración de las actas en este caso que se protocolizan, d) Folios que ocupa y referencia a la anterior protocolización si lo hubiere o de lo contrario estableciendo que es la primera protocolización del año.

VI.2. Sujetos del Acta

Escribano. Es el profesional del Derecho, poseedor de la fe pública notarial.

Requirente. Es la persona que solicita nuestra intervención. Como lo establece la Escribana Julia Siri García¹⁸, estarán legitimados para ser requirentes aquellos que tengan un interés legítimo que lo habilite, ya sea de origen contractual, de gestión, de dependencia, etc, que motive el requerimiento.

En este caso tienen legitimación:

c. En primer lugar el propio declarante que le solicitará al Escribano que intervenga para recabar su declaración de voluntad al respecto.

¹⁸ SIRI GARCIA; Julia. Actas Notariales. Revista de la AEU, 74 (Nº Extraordinario). Año 1988. Pág. 657 a 667.

d. Cuando el declarante no pueda hacerlo ya sea porque se encuentre por ejemplo imposibilitado de movilizarse, podrá hacerlo cualquier familiar o persona allegada al declarante.

e. Requerido. Como lo definen las Escribanas Cristina Fraga y Claudia Santo¹⁹ el requerido es la persona a quien se dirige el Escribano a pedido del requirente a los efectos de dar cumplimiento con la solicitud del requirente. Como el objeto del acta es preconstituir una prueba, generalmente el requerido es una persona enfrentada al requirente y por tal motivo podrá ser renuente a colaborar con el Escribano.

Esto no ocurre en el Acta de declaración de voluntad anticipada, ya sea que el requirente sea el propio declarante u otra persona, porque no hay contraposición de intereses.

Los sujetos auxiliares. Son según las Escribanas Fraga y Santo, aquellos sujetos que intervienen en el documento solo cuando la ley o el reglamento imponen su presencia.²⁰ En las actas en estudio, los sujetos auxiliares que podrán ser necesarios son los testigos instrumentales y los firmantes a ruego.

Testigos Instrumentales. Son aquellos que sin compartir la fe del acto y a efectos de tomar conocimiento de los hechos pasados ante ellos, se enteran del contenido de la escritura, artículo 138 RN.

¹⁹ Ob cit Pág. 62

²⁰ Ob Pág 62.

El artículo 145 del RN, establece para las escrituras públicas que se extienden también a las actas por la remisión hecha por el artículo 171 del RN los que no son idóneos para ser testigos instrumentales y son: a) los que no saben o no pueden firmar o suscriben con caracteres distintos a los del alfabeto latino; b) los que aún no han cumplido 21 años; c) los ciegos; d) los sordos; e) los que no gozan del libre uso de la razón; f) el cónyuge del autorizante y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; g) los socios, los amanuenses y los empleados dependientes del Escribano, siempre que presten sus servicios mediante retribuciones abonadas por este; h) los que no conocen el idioma castellano; no obstante, en el caso del artículo 159, bastará que los testigos conozcan alguno de los idiomas con el cual se lea la escritura.

La Ley N° 18.473 en su artículo tercero establece: *“No podrán ser testigos el médico tratante, empleados del médico tratante o funcionarios de la institución de salud en la cual el titular sea paciente.”* La citada norma amplió la lista de aquellos que no son idóneos para ser testigos instrumentales, incluyendo al médico tratante; sus empleados y a los funcionarios de la institución.

En las actas de declaración de voluntad anticipada se podrán utilizar testigos instrumentales dentro de las posibilidades previstas en el artículo 32 del Decreto ley 1421 y el artículo 178 RN en los siguientes casos: 1) Cuando el declarante no sabe o no puede firmar, firma con

caracteres no latinos o es ciego; 2) Cuando el requirente lo solicita; 3) Toda vez que el Escribano lo repute conveniente.

Firmante a ruego. Es un sujeto auxiliar que suscribirá el acta cuando el compareciente no pueda o no sepa firmar. Conforme al artículo 167 del RN podrá ser un extraño, mayor de edad que sepa firmar. Cuando además es testigo instrumental, debe reunir además la idoneidad necesaria para ser testigo.

VI. 3. *Técnica del Acta Notarial.*

En la elaboración de las actas en general guía la labor del Escribano las siguientes precisiones:

En la formulación del acta no se requiere unidad de acto ni de contexto como lo establece el artículo 176 del RN, pudiendo ser extendida en el momento del acto o inmediatamente después.

La actuación del Escribano no puede ser clandestina. En las diligencias que practiquemos debemos presentarnos; hacer conocer nuestra condición de tal y explicar al requerido el motivo de la diligencia.

Como la finalidad del acta es preconstituir prueba; debemos tener presente como lo expresa la Escribana Julia Siri García²¹ que: *“el acta debe reflejar fielmente los hechos y las declaraciones, para dar al magistrado la*

²¹ Ob cit Pág. 662.

imagen exacta de lo acontecido. No corresponde al Escribano emitir juicios o valorar los hechos, sino presenciarlos y representarlos.”

Según el artículo 39 del Decreto Ley 1421 y por la remisión hecha del artículo 171 del RN se impone para las actas en su extensión y en su formalismo el mismo establecido para las escrituras públicas (en lo que fuere compatible con dichas actas). Por lo tanto el esquema de la extensión de un acta es similar a la de la escritura: membrete; data; comparecencia si corresponde; parte expositiva; constancias; cláusulas aditivas si corresponde; suscripción y autorización mediante signo y firma del Escribano. No podemos usar abreviaturas ni guarismos. No hay actas erradas ni sin efecto.

VI. 4. *Técnica Particular.*

Acta de Solicitud: Estamos frente a una protocolización voluntaria como se expreso anteriormente; por ello debemos ajustar nuestra actividad a lo que expresamente se nos solicita por el requirente en la denominada Acta de Solicitud, Acta de Presentación o Acta de Requerimiento. Esta acta no se extiende cuando el requirente sea el propio declarante.

La misma está encabezada por un membrete dónde consta su denominación: “Acta de Solicitud”. A continuación se detallará la data; esto es lugar y fecha y el nombre del Escribano actuante: “En Montevideo; el diez de mayo de dos mil doce, ante mi NN, Escribana Pública, comparece:”. Inmediatamente después se consigan la

comparecencia del requirente: nombres y apellidos completos, nacionalidad; debe ser mayor de edad como se expresó; documento de identidad; estado civil y domicilio.

Parte Expositiva. Es la parte más importante del acta. Podrá iniciarse con una cláusula de antecedentes dónde se explique el motivo de la solicitud. Así por ejemplo: *El compareciente es hijo legítimo de Juan José Acuña Piriz, El mismo se encuentra internado en la mutualista BB recibiendo tratamiento oncológico para reducirle un cáncer de pulmón que lo aqueja hace ya seis meses.*

La cláusula siguiente se establecerá la solicitud propiamente dicha y en la que debemos tener en cuenta lo que expresa la Escribana Julia Siri García en su trabajo de “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”: *“El notario no podrá hacer mas de lo que se le pide, porque entonces no cumplirá con el requerimiento, pero tampoco podrá hacer mas de lo solicitado, porque se estará extralimitando de manera similar al Juez que incurrirá en Ultrapetita”*²²

Podrá extenderse por ejemplo de la siguiente manera:

El compareciente solicita a la suscripta Escribana que me constituya el día 7 de junio próximo en la mutualista “BB”, ubicada en la Avenida Boulevard Artigas número 1111 de esta ciudad, en la sala

²² Op citada por FRAGA CHAO, Cristina y SANTO RICCARDI, Claudia. Guía Práctica para Estudiantes de Derecho Notarial. Pág. 81.

numero 23 en el segundo piso a la hora 14 y le formule al Señor Juan José Acuña Piriz las siguientes preguntas:

1. Cuáles son sus datos personales identificatorios; edad, profesión.

2. Si ha recibido información acerca de la evolución de su enfermedad y de cuáles son los tratamientos que se le aplicarán. Explique los mismos.

3. Si es su voluntad de proseguir o no con los tratamientos que le indico su médico tratante.

4. Si conoce el alcance de su declaración y que la misma es esencialmente revocable.

5. A quién designa como representante para que vele que su voluntad sea cumplida. Si designa uno o más sustitutos en el caso de que el mismo no quiere o no puede aceptar.

6. Si desea realizar alguna otra petición de esta u otra índole.

A continuación en la parte dispositiva del documento el Escribano realizará las constancias correspondientes: A) Conocimiento; B) Nombres de los testigos instrumentales si comparecieren. C) Lectura, otorgamiento y suscripción. Podrá consignarse a continuación una cláusula Aditiva si se quisiera agregar algún dato adicional al acta.

La suscripción corresponderá al requirente que comparece; los testigos si concurren y signo y firma del Escribano.

Acta de Declaración de Voluntad Anticipada. Será el documento dónde se consignará la declaración de voluntad propiamente dicha. Si le precede un acta de solicitud, esta acta deberá cumplirse conforme a lo solicitado en ella. Deberá tenerse en cuenta que el Escribano no puede realizar juicios de valor y deberá recabar la declaración tal cual se le formule.

Cuando no le precede un acta de solicitud será el declarante que comparecerá en el acta y a posteriori le formulará sus declaraciones teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente para el acta de solicitud. A continuación las constancias del Escribano. Suscriben el declarante y el Escribano conjuntamente con su signo.

Acta de Protocolización. Deberá tenerse en cuenta (conforme lo ya expresado) que el Acta de Protocolización contendrá los siguientes elementos: a) Membrete: que contiene el número correlativo de protocolización y denominación de “Acta de Protocolización”; b) Data: lugar y fecha en que se realiza la protocolización c) Su carácter; que será voluntaria en este caso, c) la enumeración de las actas en este caso que se protocolizan, d) Folios que ocupa y referencia a la anterior protocolización si lo hubiere o de lo contrario estableciendo que es la primera protocolización del año.

Registro. La ley prevé en su artículo 2 inciso tercero que cualquiera que haya sido el medio elegido este deberá ser incorporado a la historia clínica del paciente. Cuando se tratan de actas notariales o escrituras públicas es conveniente agregar un testimonio por exhibición de las primeras copias o testimonios de protocolización según el caso.

Cabe preguntarse de quién es la carga de la inscripción. Entiendo que el interés será del propio declarante de que su médico tratante tenga conocimiento de cual es su voluntad con respecto a la enfermedad que padece.

Revocación. El artículo 4 prevé que cualquiera que haya sido el medio elegido para manifestar su voluntad, el declarante puede en cualquier momento revocarla. Lo podrá hacer en forma verbal o escrita, pero se exige que la misma se inscriba en su historia clínica a los efectos de su registración.

VII. Conclusiones.

1. La Ley N° 18.473 implicó un gran paso en materia legislativa en el campo de la Bioética, equiparando al Uruguay a otros países de la región y del mundo que ya han avanzado sobre estos aspectos.

2. Si bien la aplicación de la voluntad anticipada se circunscribe netamente a un tema vinculado a la salud, la doctrina busca ampliar su aplicación a otros temas que no guardan relación sobre este punto sino

que con la “Autotutela o Autoprotección” que no tiene regulación jurídica en nuestro ordenamiento.

3. Los documentos mencionados por la Ley N° 18.473 para recabar la declaración de voluntad son: un documento privado suscripto por el declarante y por dos testigos y dos documentos públicos otorgados ante un Escribano como son las escrituras públicas y las actas notariales. Estas últimas son los documentos idóneos para extender la declaración de voluntad; ya que las escrituras públicas fueron pensadas para registrar negocios jurídicos según lo establece el artículo 123 del RN.

4. Sin perjuicio de ello, las actas de declaración de voluntad anticipada tienen particularidades propias que ocasionan dificultades prácticas a la hora de aplicarlas por el Escribano. Por ejemplo en la recepción de la voluntad misma, dónde el Escribano debe transcribirla tal cual la emite el declarante, pudiendo este carecer del léxico necesario para explicar su voluntad real y que sea comprensible luego para el profesional médico al momento de aplicarla.

5. La Ley ha colocado en el profesional Escribano una responsabilidad muy grande al recepcionar y registrar en sus archivos (ya sea en su Protocolo o en su Registro de Protocolizaciones) la declaración de voluntad anticipada de una persona que rechaza o no la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos. Dicha declaración será el medio probatorio más importante que tendrá luego

el profesional de la salud y el representante designado por el declarante si son llamados a responsabilidad posteriormente.

VII) Bibliografía.

- Revista de la A.E.U. Vol. 74. Número Extraordinario. Año 1988.
- Informe de la Comisión de Salud Pública y Asistencia Social sobre el proyecto de ley de Voluntad Anticipada de julio de 2005; setiembre de 2006 y diciembre de 2008 respectivamente
- BADOSA COLL, Ferrán. Homenaje al Profesor Lacruz.
- PECOY TAQUE, Martín. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo.
- CAROZZI, Ema. Tribuna del Abogado.
- HORMAIZTEGUY, Gabriela. Jornada Notarial Iberoamericana. Madrid, mayo de 2012
- Jornada Notarial Iberoamericana. UINL 1996.
- Estudios Multidisciplinarios sobre Derecho medico y organizaciones de la salud
- MEDERO PINTO, Héctor. Técnica Notarial IV. Contratos Civiles.

JURISPRUDENCIA

**SENTENCIA DEL JUZGADO
CORRECCIONAL Nro 4
DE MAR DEL PLATA¹**

Y VISTA:

La presente causa registrada bajo el n° 3265, de este Juzgado en lo Correccional n° 4

RESULTA:

I. Que con fecha 18 de junio del corriente, a fs. 1/9 se presenta el Sr. RRT con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial titular de la Unidad Funcional de Defensa N° 3 del Departamento Judicial de Mar del Plata, Dra. LRF, y promueve *autorización judicial* tendiente a obtener la tutela judicial efectiva referente a un “*acto de autoprotección*” (*directivas anticipadas*).

¹ Sentencia de fecha 5 de julio de 2012 del Juzgado Correccional Nro 4 de la ciudad de Mar del Plata- Provincia de Buenos Aires.

En su presentación inicial relata que desde hace años padece severos ahogos y “necesidad de aire”, por lo que debió permanecer internado en reiteradas oportunidades cuando vivía en San Pedro (provincia de Buenos Aires), ciudad donde residió hasta el mes de septiembre del año 2011.

Añade que al agravarse su cuadro de salud, muda su residencia a esta ciudad de Mar del Plata, para poder convivir con su hermano y familia, y comenzar a ser asistido en el Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA). Allí le diagnostican “neoplasia pulmonar” (carcinoma epidermoide) con metástasis cerebrales, que fueron tratadas en el mes de noviembre de 2011 con quimioterapia. Posteriormente –añade- en mayo de 2012, como resultado de la tomografía completa de abdomen realizada se advirtió la presencia de metástasis en el hígado y ateromas calcificados en aorta (puede verse certificado de discapacidad de fs. 13, resumen de historia clínica de fs. 14 y resultado de estudios médicos de fs. 15)

Expresa claramente que todo ello –y a lo que se añade un diagnóstico anterior de “Epoc”- denota la gravedad de su actual estado de salud y la posibilidad cierta de ingreso en breve término a un etapa terminal de su enfermedad, que le impediría tomar las decisiones con lucidez y pleno discernimiento, en ejercicio de su autonomía personal.

Fundamenta su solicitud no sólo en su delicado y grave estado de salud sino además en que ha recibido toda la información necesaria

por parte de sus médicos tratantes en el HIGA, respecto de su diagnóstico, pronóstico, tratamientos alternativos, efectos secundarios, y consecuencia, en caso de no cumplir todas las posibles indicaciones médicas.

Finalmente, puntualiza que habiendo tomado conocimiento de su *derecho a rehusar tratamientos médicos* que considera invasivos, solicita que se arbitren los medios necesarios para que se dé cabal cumplimiento de sus *directivas anticipadas*, en el sentido que su firme deseo es el de *rehusar* a la intubación, internación en terapia intensiva y otras prácticas invasivas que pueden resultar dolorosas y causar sufrimientos, prolongando la vida sin posibilidad cierta de mejoría en relación a la enfermedad de base, es decir un firme deseo de no ser sometido a ninguna práctica médica que implique sufrimiento e inútil prolongación de la vida.

II.- Que consecuentemente, en la Defensoría Oficial que lo patrocina, se labró **acta de otorgamiento de directivas anticipadas** – glosada a fs. 17/18-, en presencia de los Dres. Edgardo Juan Alabart y Victor Alejandro Italiano, Coordinador Regional y abogado respectivamente de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, “Casa de Derechos de Mar del Plata”.

En la misma, el Sr. RRT, manifiesta expresamente que “*en caso de producirse una crisis en su salud por falta de aire, o abogos (que sufre frecuentemente), en el supuesto que los médicos consideren que se encuentra en una*

etapa o situación terminal, su firme intención es impedir que se le practiquen intervenciones fútiles o se lo someta a terapias invasivas que le prolonguen artificialmente la vida. Lo que sí admite y acepta son medidas de confort o prácticas médicas no invasivas que lo sostengan durante la crisis que eventualmente deba padecer, que no impliquen tratamiento extraordinario alguno” (Apartado 4to) y “Que la manifestación efectuada a su firme convicción, articulada en el marco de sus propios valores, creencias y estilo de vida, pues no desea sufrimientos de ningún tipo, considerando el estado actual de salud que se le ha informado. A ello agrega que no desea ser sometido a tratamientos en terapia intensiva que lo obliguen a mantenerse incomunicado de su familia...” (apartado 5to).

III.- Acompaña asimismo el peticionante el testimonio brindado por dos testigos, su cuñada JAD (fs. 21) y la cuñada de esta última, PBW (fs. 20) quienes ratifican lo manifestado por RRT, en el sentido que él expresamente refiere que cuando se encuentre en una crisis terminal, no quiere que lo sometan a ninguna práctica invasiva que le alargue la vida, porque sabe que su estado de salud es muy delicado, con diagnóstico de cáncer de pulmón y metástasis cerebral y en el hígado.

Cabe destacar que la señora de RRT añade que “RRT nos hizo prometer y así lo hicimos que cumpliríamos su voluntad de no admitir que se le alargue artificialmente la vida con tratamientos que solo le traigan sufrimiento o que lo mantengan incomunicado en un sector de terapia intensiva”, y que toda la familia respeta su decisión.

IV.- Resulta ilustrativo y orientador el informe socioambiental realizado en autos por la Perito Lic. Sandra Larrumbide, quien refiere que el Sr. RRT, de estado civil divorciado, es padre de dos hijos de 23 y 20 años respectivamente que viven junto a su madre en San Pedro. Agrega en su informe que el Sr. RRT convive actualmente con su hermano y su familia en Mar del Plata, y en los días que no hace tanto frío y se siente bien de salud se desempeña como “cuida-coches” en el microcentro de la ciudad, por lo que no tiene un ingreso propio estable, siendo asistido por instancias públicas (HIGA), sin cobertura de obra social. (Confr. fs. 24 y vta)

Con fundamento, en el referido informe socioambiental mediante resolución de fs. 26 y vta, **se concedió al Sr. RRT el beneficio de litigar sin gastos** (conf. arts. 78 y ccdtes. del CPCC)

Finalmente, de particular relevancia para arribar a una justa decisión resulta la pericia psicológica realizada por la Lic. Claudia Martín (fs. 25 y vta), quien considera que: *“al momento de la entrevista el Sr. RRT se encuentra orientado espacio temporal y globalmente, pensamiento de curso normal sin ideación patológica, con plena conciencia de situación y enfermedad ... peticionante con aptitud y autonomía para prestar consentimiento de negarse a recibir todo tipo de tratamiento invasivo en etapa terminal, que prolongue su vida de manera artificial, toda vez que se ha informado de las derivaciones que tal decisión implica”*.

V.- La entrevista personal con la persona accionante RRT, adquiere en el caso especial significación.

Del desarrollo de la audiencia y del fluido diálogo mantenido con el compareciente Sr. RRT, ha quedado plenamente corroborado a criterio del sentenciante la absoluta lucidez, claridad de ideas, y conciencia de su situación, todo ello acorde con las diversas evaluaciones llevadas a cabo en la causa.

De la referida entrevista personal, se infiere con meridiana claridad que en modo alguno estamos aquí en presencia de “*ideas suicidas*”, no es que el Sr. RRT “*quiera morir*” sino que de manera absolutamente espontánea y en sus propias palabras reivindica para sí lo que el reconocido bioeticista Francesc Abel I Fabre S.J. denominara “*derecho a morir en paz*”, sin sufrimientos evitables, padecimientos a menudo asociados a los que el mismo autor prefiere denominar “*obstinación terapéutica*” en las fases finales de la vida.

Que conforme surge del acta glosada a fs. 27/28 vta. compareció a la referida audiencia, el Sr. RRT, acompañado por la Dra. Lucía Rodríguez Fanelli, y en carácter de testigos de los Dres. Edgardo Juan Alabart y Victor Alejandro Italiano -en representación de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires "Casa de Derechos de Mar del Plata", y con sus propias palabras y absoluta libertad, se expresa respecto de su actual situación de salud y de sus deseos referidos a lo que el compareciente entiende como "muerte

digna", señaló que "la tengo re clara", relatando tener pleno conocimiento y comprensión de su actual situación de salud.

Señaló así que desde que se atiende en el Hospital Interzonal de Mar del Plata, a partir de agosto del año pasado, ha recibido muy buena atención, y que le fue explicado su estado de salud, enterándose entonces que en realidad, lo que había sido diagnosticado anteriormente en el Hospital de San Pedro como una "bulla" ("burbujas de aire en los pulmones"), en realidad obedecía a un problema oncológico, un "cáncer", ahora ya avanzado y que afecta a sus pulmones.

Respecto de la evolución futura de su enfermedad, se manifestó en un sentido absolutamente coincidente con lo reflejado en el acta confeccionada en la Defensoría Oficial (fs. 17/18) y que ante la Defensora Oficial Dra. Rodríguez Fanelli, firmara conjuntamente con los Dres. Alabart e Italiano, quienes representan en este acto a la Delegación en Mar del Plata, de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires –acta leída y ratificada íntegramente en el momento de la audiencia-.

El Sr. RRT claramente expresó que su deseo firme es evitar tratamientos invasivos, ante situaciones irreversibles, señalando "conozco mucha gente que ha sufrido mucho", "yo mismo por momentos me ahogo".

En tal sentido, a ello añadió que de ninguna manera se opone a recibir tratamientos paliativos, para el dolor, o sedación cuando médicamente fuera indispensable, todo ello para evitar sufrimientos

innecesarios. Explicó que una vez que llegara a Mar del Plata fue atendido inmediatamente en el HIGA donde se le efectuó una TAC y luego un tratamiento de radioterapia, por un ACV y quimioterapia y actualmente utiliza medicamentos para facilitar la respiración.

Asimismo precisó que en San Pedro llegó a estar "entubado" y no quisiera pasar nuevamente por la misma situación. Que tampoco quisiera internaciones en terapia intensiva si el diagnóstico indica que el cuadro es irreversible.

Que al momento de concederse la palabra al Dr. Alabart explicó que el Sr. RRT, con un conocimiento básico referido a lo que hoy día se entiende por "muerte digna", concurrió a la Defensoría del Pueblo, en su sede de Mar del Plata, para orientarse, ya que su deseo era dejar documentado su voluntad relacionado con la evolución de su enfermedad oncológica. Ello así, con la expresa anuencia de la Defensoría del Pueblo Central (La Plata) -a través de su titular Dr. Carlos Bonicatto- se resolvió el acompañamiento al Sr. RRT en todas sus inquietudes, y es por ello que se pusieron en contacto con la Defensoría Oficial del Poder Judicial de la Provincia, en este caso a cargo de la Dra. Rodríguez Fanelli para documentar las directivas anticipadas del Sr. RRT, ya que el nombrado carece de recursos económicos para ocurrir a la vía notarial. En ese contexto juntamente con el Dr. Italiano participaron de actuaciones plasmadas por la Dra. Rodríguez Fanelli, y en particular del acta de fs. 17/18 donde el Sr. RRT en forma clara detalla cuales son sus deseos respecto de la evolución de

su actual enfermedad. A su vez el Dr. Italiano ratifica íntegramente lo manifestado por su colega Dr. Alabart. Concedida la palabra a la Dra. Rodríguez Fanelli se expresó en forma coincidente con lo manifestado por los letrados de la Defensoría del Pueblo, en particular respecto que el caso le fue derivado por los profesionales aquí presentes. Aclaró que se pudo trabajar de manera coordinada y armónica con los Dres. Alabart e Italiano y ratificó plenamente el planteo efectuado por la Defensoría en el punto VI en el sentido que sería deseable poder contar con una vía más sencilla para poder plasmar voluntades anticipadas para personas que no disponen de recursos económicos.

Y CONSIDERANDO:

I.- Vía judicial. Juzgado de turno.

A fs. 26 y vta., por auto fundado el Juzgado declaró admisible la vía de la *autorización judicial, sin perjuicio del encuadramiento procesal que eventualmente pudiere corresponder*, expidiéndose asimismo respecto de la competencia del Tribunal, con cita de la resolución SCBA 1794/2006 art. 9 (del 16/08/2006, modificatorio del art. 6 del Acuerdo 2168, to. según Acuerdo 3122), en cuanto dispone que **respecto de los procesos no expresamente contemplados en las Acordadas vigentes, se rijan por los turnos** fijados anualmente por el propio Alto Tribunal para los diversos órganos jurisdiccionales de la provincia,

encontrándose en turno este Juzgado a la fecha de la presentación inicial.

Que en lo que atañe a la vía procesal elegida por la parte actora al promover la presente solicitud de “*autorización judicial*” (o vía análoga),-creación pretoriana tal como lo fuera en su momento la consagración constitucional del amparo a partir de la jurisprudencia de la C.S.J.N. en los paradigmáticos casos "Siri" y "Kot"- (puede aquí verse: Antonio Castagno “A cincuenta años del fallo “Ángel Siri”, trabajo en el que se cita entre otras fuentes a Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de Interpretación Constitucional*, Tomo I, en Revista El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional, Dir. Eugenio Luis Palazzo, 13/12/2007, ps. 1/2, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 14, "Jurisprudencia. Comentarios críticos. Parte General”, Dirección Julio César Rivera, colaborador Jorge A. Mayo - Parte General, ps. 274/277; Gabriel D. Jarque, "Autorizaciones Judiciales. Derechos enfrentados y los tiempos del proceso" en Jurisprudencia Argentina, 1710/2002, ps. 40/5; del mismo autor nota en Jurisprudencia Argentina 4/07/2001 ps. 32/41; Hernán V. Prat "El pedido de Autorización Judicial en los casos de Ligadura Tubaria. Doctrina Judicial Bonaerense", en Revista La Ley Buenos Aires, año 11 N° 3 mayo 2004, ps. 364/370; sentencia del Trib. de Familia N° 1 Quilmes - voto de la Dra. Cerneschi-, en La Ley Buenos Aires, año 6, número 11, diciembre de 1999, ps. 1371/1377; SCBA, 9-02-2005, autos S.M d C., en La Ley Buenos Aires, año 12 N° 2, marzo 2005, ps. 171 y

ss. -estado vegetativo permanente-; y SCBA, autos C.P. d.P, A.K., 27-06-2005, (caso de transexualidad) en La Ley Buenos Aires año 12 - N° 6, julio, 2005, ps. 629 y ss., ambos expedientes de la Suprema Corte Provincial tramitados como “*autorización judicial*”) en sentido concordante con diversos precedentes de este Juzgado.

Resulta aquí dable destacar que la vía de la “*autorización judicial*”, dado el objeto de la acción aquí entablada que se refiere al reconocimiento y tutela de derechos fundamentales -como lo es el derecho a la autonomía personal y a rehusar un tratamiento médico que se estima invasivo, a todo aquello que atañe a la “*dignidad de la persona humana*” como derecho y valor fundamental-, participa de la naturaleza de la acción constitucional de amparo, en cuanto tiende a la tutela de derechos esenciales de la persona humana “no patrimoniales”, y por ende ante la insuficiencia de normas legislativas pertinentes tornan de aplicación operativa las previsiones del art. 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, numeral 2 en cuanto estatuye -como facultad - deber del juez- encausar el trámite “*mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada*”, todo ello en relación a la operatividad de los derechos fundamentales y el deber a ese respecto que la propia Constitución Provincial impone al Juez o Tribunal (art. 57 Carta Magna Provincial, arts. 31 y 75 numeral 22 de la Constitución Nacional).

En este caso, ante la normativa hoy vigente (ley 26.529 to. ley 26.742) la labor del juez, más que *autorizar* en sentido estricto la petición del paciente, evalúa la concurrencia de todos los requisitos que hacen a un consentimiento verdaderamente libre e informado, y acerca de la compatibilidad de las *directivas anticipadas* con la legislación vigente, y de modo particular, con las normas, principios y valores propios del estado constitucional de derecho.

En ese orden, la sentencia a dictar otorga *autenticidad y validez jurídica a las decisiones libremente adoptadas por la propia persona, que de manera clara exterioriza sus voluntades anticipadas, que deberán ser respetadas en los estadios más avanzados de su actual enfermedad. Tales directivas anticipadas* tendrán especial significación en el caso de perder el paciente la conciencia y posibilidad de autodeterminación a consecuencia de la evolución de su enfermedad.

II.- Directivas Anticipadas.

Bajo la denominación de “living will” –testamento de vida o testamento vital-, “medical treatment advance directive” –directivas anticipadas para tratamiento médico-, “health care durable power of attorney –apoderado o representante permanente en cuestiones de salud-, “advance health care documents” –documentos anticipado para el

cuidado de la salud-, “health care values oriental history” –historia clínica orientada a valores- u otras análogas, originariamente provenientes de la bioética y derecho anglosajón, se identifica a los documentos u otras expresiones claras e inequívocas de voluntad de una persona, respecto de situaciones de futuro, ya previsibles o simplemente hipotéticas, relacionadas con su propia salud. De modo particular se refiere a los tipos de tratamientos o intervenciones médicas que cada persona considera compatibles —o no— con su derecho inalienable de *vivir y morir con dignidad*, decisiones que implican una prolongación del derecho personalísimo de *señorío sobre su propio cuerpo*.

En la doctrina argentina primero, y luego en la jurisprudencia y legislación, han sido receptados tales documentos, con análoga finalidad, aunque diversas denominaciones. A título meramente enunciativo podemos indicar las siguientes “directivas anticipadas”, “disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, “actos de autoprotección”, “declaraciones vitales de voluntad”, “voluntades anticipadas”, “instrucciones o directivas respecto a tratamientos médicos en caso de enfermedad terminal”, “directivas de no sometimiento a tratamientos desproporcionados”, y más recientemente, en el ámbito primordialmente notarial, “actos de autoprotección”.

El desarrollo y creciente recepción, primero en el derecho comparado y más recientemente, en las dos últimas décadas en el derecho argentino, no ha sido sino una proyección y ampliación, tanto

en el campo bioético como en el estrictamente jurídico de la denominada “*doctrina del consentimiento informado*” o “*consentimiento esclarecido*” cuyo origen se remonta prioritariamente a la jurisprudencia norteamericana e inglesa, luego traducida en crecientes previsiones legislativas en el derecho comparado, especialmente en las democracias constitucionales de occidente, que ha tenido también por cierto crecientes manifestaciones en nuestro país (puede aquí verse: Elena I. Highton – Sandra M. Wierzba, *La relación médico-paciente. El consentimiento informado*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1991. Asimismo pueden confrontarse las referencias bibliográficas citadas en el libro de autoría del suscripto, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, Editorial Lexis Nexis, 2da. Edición, Bs. As, 2004, capítulo, “El consentimiento informado. Perspectivas jurídicas y bioéticas”. Una actualización del tema puede asimismo verse: en Pedro F. Hooft e Irene Hooft, “Directivas anticipadas o testamentos de salud: hacia una mayor protección de la dignidad humana y la autonomía personal”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Editorial Rubinzal Culzoni, 2003-3, Número Especial “Derechos del Paciente”, ps. 225/259).

Durante los últimos años son varias las provincias argentinas que han legislado respecto de la creación de Registros de Actos de Autoprotección o Directivas Anticipadas. Entre las más recientes cabe mencionar: la ley 6212 del 10/09/2008 que modifica el Código de Procedimientos Civil de la Provincia del Chaco, y en fecha aún más

reciente la ley 4263 (BO. 01/03/2010) de la Provincia de Río Negro, que también crea un Registro de Voluntades Anticipadas.

En la provincia de Buenos Aires, el tema reconoce como antecedente la resolución del Colegio de Escribanos de la provincia mediante la cual se dispuso la creación del “**Registro de Actos de Autoprotección**”, que inspirara la sanción de la ley provincial 14.154 (BO 27/08/2010).

En el orden nacional, la primera regulación atinente a las denominadas “*directivas anticipadas*” fue incluida en la “*ley de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud*”, en el artículo 11 (Ley 26.529, BO. 20/11/2009).

Todo lo atinente a las *directivas anticipadas*, ha sido ahora explicitado y ampliado en la reciente ley 26.742 (BO. 24/05/2012), conocida como “*ley de muerte digna*” (puede aquí consultarse Edgardo Saux y Luis D. Covi, “Muerte digna, en pleno debate”, en revista “Derecho Privado”, año I, número 1, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación –Infojus-, Buenos Aires, 2012, ps. 129/152).

Ya en directa relación con el tema que aquí nos ocupa, resulta de aplicación la mencionada ley 26.742 en cuanto modifica el art. 5to. de la ley 26.529, en cuanto ahora prescribe:

Inciso g) “El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido

lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”;

Inciso b) “El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”

Tales normas deben integrarse con el artículo 11 de la “ley de los derechos del paciente” (Ley 26.529), en su texto ordenado conforme art. 6to. de la ley 26.742, en cuanto dispone:

“Artículo 11: Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

Con relación al segundo párrafo del artículo 11 de la ley, en su texto ordenado precedentemente transcrito, es que la señora Defensora Oficial Dra. Lucía Rodríguez Fanelli, expresa su preocupación, en el sentido que sería deseable poder contar con una vía más sencilla para poder plasmar voluntades anticipadas para personas que no disponen de recursos económicos.

La validez constitucional de las *directivas anticipadas*, en estrecho vínculo con el respeto al *principio de la autonomía personal* fue abordado por el suscripto en la sentencia dictada en el “Caso M”, el día 25/07/2005, a cuyas consideraciones me remito, como a los pertinentes desarrollos, ampliaciones y puntualizaciones que el fallo motivara en distintos comentarios doctrinarios, entre los que puede mencionarse: a) revista Jurisprudencia Argentina –Lexis Nexis, 16/11/2005 (JA-2005-IV-fasc.7), con nota aprobatoria de Augusto M. Morello y Guillermo C. Morello (“Las directivas anticipadas en un fallo notable”), ps.25/38; b) revista “La Ley Buenos Aires”, año 12, N° 9, octubre 2005 (LLBA.T.2005-p.1065), con las siguientes notas aprobatorias: Nelly A. Taiana de Brandi (“El reconocimiento del derecho de autoprotección en una disposición anticipada de salud”), Andrés Gil Domínguez (“Honrar la vida. Las medidas anticipadas y los abordajes terapéuticos”) y Cristina Mourelle de Tamborenea (“Los derechos personalísimos y la dignidad de la persona humana ante la muerte”), ps. 1065/1093; c) revista “La Ley”, 15/09/05, p. 4 y ss. (T.2005-E-362) con nota aprobatoria de Alfredo Kraut (“Directivas anticipadas para rehusar

determinadas intervenciones médicas de futuro”); d) revista “La Ley”, 21/09/2005, p.6 (T.2005-E-451) nota de Eduardo A. Sambrizzi (“Las directivas previas emitidas con la finalidad de rehusar la práctica futura de ciertos actos médicos”); e) revista “La Ley” Suplemento de Derecho Constitucional, 25/10/2005, p. 61 (T.2005-F-52), comentario favorable de Walter F. Carnota (“La constitucionalidad de las directivas anticipadas”); f) revista “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, Coordinadora Cecilia P. Grosman, Editorial Lexis Nexis, enero/febrero 2006, ps. 211/221, nota favorable de Graciela Medina y Hugo Rodríguez (“El reconocimiento del testamento vital o voluntades anticipadas por vía judicial”).

III.- Reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación referida a la validez constitucional de las directivas anticipadas, que implican el rechazo a determinados tratamientos médicos.

La Corte Suprema Federal, en un nuevo señero fallo que fortalece el respeto al principio de la autonomía personal, inescindible de la idea misma de dignidad de la persona humana, en los autos “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias” (A. 523. XLVIII), con fecha 1ro. de junio de 2012, ha retomado y ampliado el precedente del mismo Tribunal cimero en el paradigmático “Caso Bahamondez” (Fallos: 316:479 -1993-).

El Alto Tribunal, más allá de la expresa cita de la ley 26.529, “de los derechos del paciente”, desarrolla una rica fundamentación constitucional que a la vez de reivindicar fuertemente el *principio de autonomía personal* (art. 19 de la Constitución Nacional), reconoce expresamente la validez de las *directivas anticipadas*, con ultra actividad inclusive para el momento en que el paciente pudiera encontrarse en estado de inconciencia, retomando y ampliando de esa manera los fundamentos en su momento desarrollados en el caso “Bahamondez”.

Provieniendo lo decidido recientemente en el caso “Albarracini” del más Alto Tribunal de la Nación, intérprete final y garante de los derechos fundamentales, dicha sentencia importa un verdadero “test de constitucionalidad” respecto de los denominados “*actos de autoprotección*” o “*directivas anticipadas*”, con una proyección directa con el caso presentado aquí a la decisión judicial, con miras a brindarle **certeza y autenticidad a la voluntad libremente expresada por el Sr. RRT, las que deberán ser respetadas en su momento por la institución de salud en la que actualmente se atiende el Sr. RRT (Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata)** o en cualquier otra institución de salud en la que pudiera atenderse en el futuro.

IV.- Alcance de la prohibición de las denominadas “prácticas eutanásicas”.

Por lo demás, no debemos perder de vista que el objeto de estas actuaciones, no es obtener una convalidación, homologación o autorización judicial para prácticas eutanásicas, sino que sólo tiende de manera inequívoca a garantizar el ámbito de decisión personal en el campo de conductas autorreferentes. Ello es así por cuanto en última instancia, en atención a la grave, progresiva e irreversible enfermedad que afecta al paciente Tripodi, de ocurrir su muerte ella será la consecuencia directa de su grave enfermedad.

Finalmente, debe dejarse establecido y tal como se prevé en la legislación que regula la cuestión, *la decisión libremente adoptada por el paciente RRT puede ser modificada por el nombrado en cualquier circunstancia*, debiendo en todo momento el profesional o equipo médico eventualmente interviniente en la atención del paciente brindar a éste, absolutamente todos los cuidados paliativos no invasivos, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna (*derecho a morir en paz*, en las ya citadas palabras de Francisc Abel i Fabre), en la medida que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana afectada de una enfermedad irreversible, en cuyo desarrollo los profesionales de la salud asumen una actitud de “acompañamiento” al paciente.

El art. 11 de la ley 26.529 conforme el art. 6to de la ley 26.742, en la última parte del primer párrafo introduce una expresa prohibición

de “desarrollar prácticas eutanásicas”, “las que se tendrán por inexistentes”, esto en el caso de contener las directivas anticipadas su aceptación.

Como ya señalara, la referencia a la *eutanasia* suele generar interpretaciones discordantes, prohibición legal que a nuestro juicio, y en el contexto del ordenamiento jurídico argentino debiera limitarse estrictamente a la denominada *eutanasia activa y directa* (puede aquí verse: Leo Pessini – Christian de Paul Berchifontaine, *Problemas Atuais de Bioética*, Centro Universitario Sao Camilo, Ediciones Loyolas, Sao Paulo, 2002, capítulo “Eutanasia e o directo a morrer com dignidade”; H. Ten Have et all, *Medische Ethiek*, Houten (Holanda), 1998; Jaime Escobar Triana – Fabio Alberto Garzon Díaz (AAVV); *Bioética y Derechos Humanos*, Ediciones El Bosque, Bogotá, 1998.

Queda en consecuencia claro *que no queda comprendido dentro del concepto de prácticas eutanásicas*, el derecho legítimamente ejercido por el Sr. Tripodi de *rechazar o rehusar determinadas intervenciones o tratamientos médicos* en el desarrollo futuro de su actual enfermedad en los términos claramente expresados en el “Acta de Directivas Anticipadas” de fs. 17/18, con intervención de la Sra. Defensora Oficial Dra. Lucía Rodríguez Fanelli, de los letrados de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, que incluye la autenticación de la firma del Sr. RRT, *directivas* claramente ratificadas en la audiencia judicial instrumentada a fs. 27/28 vta.

V.- Instrumentalización de las Directivas Anticipadas.

Resultan atendibles las inquietudes planteadas de “lege ferenda” por parte de la Sra. Defensora Oficial Dra. Rodríguez Fanelli en el punto VI de la presentación inicial, en el sentido que, por ejemplo podría asimismo otorgarse pleno valor legal a actuaciones labradas con intervención de la Defensoría Oficial, con los recaudos y garantías como se han observado en este caso.

En sentido coincidente, en caso de ocurrirse a la vía judicial como expresamente contempla el art. 11 de la ley 26.529 to. Ley 26.742 –en sustitución de la escritura pública notarial-, en la medida en que efectivamente el trámite judicial incluya una entrevista personal del juez con la persona solicitante a fin de evaluar en toda su dimensión la existencia de un consentimiento libre y esclarecido, parecería aquí innecesaria –por sobreabundante- la presencia de testigos.

Por lo demás y sin desconocer en modo alguno las amplias ventajas –reconocidas en el derecho comparado- que ofrece la actuación notarial (máxime teniendo en cuenta que en la Provincia de Buenos Aires ha sido el Colegio de Escribanos pionero en la creación del “Registro de Actos de Autoprotección”), podría resultar asimismo conveniente, en especial para personas sin recursos económicos con atención sanitaria a través de hospitales públicos, que una futura modificación legislativa, o reglamentación en su caso, previera también la posibilidad de instrumentar las directivas anticipadas, con todas las garantías del caso, a través de la propia institución de salud en la cual el paciente pudiera atenderse o encontrarse internado.

De todas maneras, de contemplarse en el futuro otras vías de instrumentación de las *directivas anticipadas*, resultará indispensable establecer todos los recaudos que permitan aventar cualquier “burocratización” o la limitación de las mismas a una *mera formalidad*, tal como lamentablemente suele ocurrir con los instrumentos preimpresos del denominado *consentimiento informado*.

No obstante es justo destacar que en este caso, el Sr. RRT, primero en el Hospital Público y luego con la intervención de los profesionales de la Defensoría del Pueblo de la Provincia, y particularmente con las diligencias cumplidas por intermedio de la Defensoría Oficial Dra. Lucía Rodríguez Fanelli, ha visto satisfechos sus derechos constitucionales que resguardan adecuadamente su autodeterminación, el respeto por su intimidad y de la esfera de la autonomía personal.

Por todo ello, citas constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinarias efectuadas, los antecedentes del caso, las pericias practicadas en autos (psicológica, socioambiental), declaraciones testimoniales realizadas, la audiencia personal mantenida con la persona solicitante, de conformidad con principios, valores y normas constitucionales invocados en los considerandos que anteceden y arts. 19, 75 numeral 22 de la C.N., art 11 de la ley 26529, Ley 26.742, definitivamente juzgando, **RESUELVO:**

I.- Declarar la plena validez jurídico-constitucional del instrumento de “Directivas Anticipadas” de fecha 1/06/2012,

otorgado por el Sr. R. R. T. con intervención de la Unidad de Defensa n°3 de Mar del Plata y funcionarios de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires (casa de Mar del Plata) agregado a fs. 17/18.

II.- Establecer que forma parte integrante del citado documento de fs. 17/18 el contenido de la audiencia personal llevada a cabo en la sede del Juzgado con el Sr. RRT, con fecha 19/06/12 agregado a fs. 27/28, cuyo contenido integra las *directivas anticipadas indicadas en el apartado anterior*.

III.- Disponer igualmente, que no obstante la negativa del paciente RRT, con relación a tratamientos o intervenciones médicas que considera invasivas, determinadas en el *acta de directivas anticipadas*, deberá el profesional o equipo médico eventualmente interviniente en la atención del paciente brindar a éste, absolutamente todos los *cuidados paliativos no invasivos*, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarlo en un proceso de muerte digna, en la medida que *no implique prácticas eutanásicas activas*, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana afectada de una enfermedad irreversible, sin incurrir en momento alguno en abandono del paciente.

IV.- Dejar expresa constancia que el Sr. RRT, en pleno ejercicio de sus libertades fundamentales podrá, si así lo deseara

modificar las directivas anticipadas homologadas en esta sentencia.

V.- Librar oficio al Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata, adjuntando: a) copia de la presente sentencia; b) copia del acta de *directivas anticipadas* de fs. 17/18 y c) copia de la audiencia judicial de fs. 27/28 vta. Todo ello, a fin que en la institución de salud de referencia se respeten las voluntades anticipadas del paciente Sr. RRT, debiendo ser consignado en su historia clínica y en las demás registraciones internas del hospital que la Dirección del establecimiento considere pertinente a fin de garantizar el debido cumplimiento de las mismas.

VI.- Librar oficio al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, a fin que se tome nota de las *directivas anticipadas* (homologadas en la presente sentencia), adjuntando la documentación indicada en el punto III de la presente.

VII.- Librar oficio al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, por intermedio de la Delegación Mar del Plata del referido Colegio profesional, a fin de solicitar se contemple la posibilidad de inscribir las *Directivas Anticipadas* y demás documentación individualizada en el apartado III, en el “Registro de Autoprotección” en atención de tratarse en este caso de un paciente, *sin recursos económicos, a quien se ha otorgado en esta causa el beneficio para litigar sin gastos.*

**VIII.- Librar oficio a la Defensoría del Pueblo de la
Provincia de Buenos Aires (Mar del Plata).**

**REGISTRESE. NOTIFIQUESE CON HABILITACION.
Fdo. Dr. Pedro F. Hooft, Juez, Geraldina J. Picardi, Secretaria”**

En igual fecha se libran oficios.-Conste.

En / / se notifica a la Defensora Ad Hoc, Dra. Lucía
Rodríguez Fanelli (con cargo de notificar al Sr. RRT). Conste.

**NOTA A FALLO: LA COMPROBACIÓN JUDICIAL
DE LA VALIDEZ DE LAS DIRECTIVAS
ANTICIPADAS y LA INTERVENCIÓN NOTARIAL.**

Notario Enrique Jorge Arévalo¹.

Desde las postrimerías del siglo anterior, se ha venido impulsando en forma sostenida e incesante el estudio y la aplicación de

¹ Notario titular de Registro de Contratos públicos de la ciudad de Rosario. Docente de la Facultad Católica de Derecho. Secretario del Instituto de Derecho e Integración.

las “directivas anticipadas”, “disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, “voluntades anticipadas” o, según recuerda el fallo que motiva este comentario, “actos de autoprotección”. El legislador nacional optó por la designación de “directivas anticipadas”, tal como luce en la ley 26529 (Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud) y en su reciente modificación sancionada por ley 26742 (B.O. 24-05-2012).²

Esa diversidad de rotulaciones, consecuencia de profundas elucubraciones, reafirma la trascendencia de este instituto jurídico, hoy dotado de expreso reconocimiento legal en nuestro país como resultado de las perseverantes y esclarecedoras labores doctrinarias y jurisprudenciales.³

Resulta indispensable la permanente difusión entre todo el conglomerado social del Derecho de Autoprotección, cuya creación responde a legítimos requerimientos sociales pero que, paradójicamente, su ejercicio no encuentra aún arraigo masivo entre la

² Refieren Llorens y Rajmil que la expresión “autoprotección” se adopta en las VII Jornadas Iberoamericanas realizadas en Veracruz (México) en 1998 y que a pesar de las críticas recibas fundadas en la amplitud del término, “...se fue imponiendo en nuestro medio”. Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia B. “Derecho de Autorpotección”, Editorial Astrea, año 2010, páginas 3 y 4.

³ Entre los numerosos antecedentes doctrinarios, nos permitimos recordar obras como “Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad”, Nelly Taina de Brandi y Luis R. Llorens, Astrea 1996; “Régimen General de Incapacidad y el denominado “Living Will”, Santos Cifuentes, publicado en La Ley de fecha 16-02-2006 (año LXX, número 34); la obra del magistrado cuyo fallo se anota, Jorge Federico Hooft “Bioética, Derecho y Ciudadanía”, Editorial Temis SA, Bogotá- Colombia-2005. Cupo al doctor Hooft, dictar sentencia el 25 de julio de 2005, haciendo lugar a una acción constitucional de amparo tendiente a obtener tutela judicial a “un acto de autoprotección”, instrumentado en acta notarial.

población. La sentencia que aquí se publica, primer reconocimiento judicial del mandato establecido por la ley 26742, suma otro aporte sustancial con miras al cumplimiento de ese propósito por cuanto garantiza la efectiva aplicación de un derecho humano de raigambre constitucional, receptado en los tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna: el derecho a la autodeterminación⁴. Atendiendo a idénticas razones, similar reconocimiento merece el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 01/06/2012 en el caso “Albarracini, Jorge W.”⁵.

Se trata de decisiones que apuntalan los derechos y garantías (vida y libertad) consagrados en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

La pretensión concretada ante el Juzgado Correccional n° 4 de Mar del Plata (causa 3265), impulsó la “autorización judicial tendiente a obtener la tutela judicial efectiva referente a un “acto de autoprotección” (directivas anticipadas)”, conforme lo indica el juzgador en sus consideraciones de hechos, designadas en el fallo bajo el título de “resulta” (punto I).

El deseo exteriorizado por el justiciable en sede judicial, claramente sintetizado en el fallo que nos ocupa, fue su absoluto rechazo a toda práctica médica o tratamiento de carácter invasivo,

⁴ Llorens- Rajmil, ob. citada, página 13 y siguientes.

⁵ Publicación: APJD 05-06-2012, “Abeledo Perrot N° AP/JUR/769/2012

susceptibles de causarle sufrimientos innecesarios ante una etapa o situación de salud considerada terminal (puntos I y II de los hechos o “resulta”).

Las etapas procesales que da cuenta la sentencia, permitieron al magistrado arribar a la conclusión que “...ante la normativa hoy vigente (ley 26559 t.o. ley 26742) la labor del juez más que autorizar en sentido estricto la petición del paciente, evalúa la concurrencia de todos los requisitos que hacen a un consentimiento informado, y acerca de la compatibilidad de las directivas anticipadas con la legislación vigente, y de modo particular, con las normas, principios y valores propios del estado constitucional de derecho” (párrafo cuarto de los “considerandos”) . De allí, puede inferirse que la sentencia dictada es una pormenorizada comprobación de que la voluntad exteriorizada - otorgamiento de directivas anticipadas- responde fielmente a una decisión adoptada con discernimiento, intención y libertad (art. 897 Código Civil).

No se requiere autorización judicial alguna para el ejercicio de un derecho fundamental, esencialmente vinculado a la dignidad de las personas que integra la categoría de derechos constitucionales “plenamente operativos”. (arts. 19, 75 inciso 22 C.N., citados en la sentencia).

Adviértase que el documento relativo al otorgamiento de la directiva anticipada aludido en la sentencia, en este caso formalizado en

sede judicial, no fue objeto de controversia u observación alguna. Por lo tanto, el acto jurídico celebrado reúne los presupuestos inherentes a su validez como tal (consentimiento, objeto, causa y forma). No requiere validación alguna.

Debe ponderarse la celeridad del procedimiento cumplido. El acto de autoprotección fue otorgado el 01-06-2012, la presentación del interesado ante el tribunal se verificó el 18-06-2012 (causa 3265) y la sentencia se dictó el 18-07-2012. Esa eficacia operativa guarda absoluta coherencia con el inveterado apoyo del magistrado actuante a las vías de instrumentación de las directivas anticipadas.⁶

Sin desconocer “...en modo alguno las amplias ventajas que ofrece la actuación notarial...”, a criterio del doctor Hootf, podría resultar conveniente “...en especial para personas sin recursos económicos, con atención sanitaria a través de hospitales públicos,...la posibilidad de instrumentar las directivas anticipadas, con todas las garantías del caso, a través de la propia institución de salud...”.

Parece que la única objeción que merece la intervención notarial, es su costo. El juez recepta aquí inquietudes provenientes de otros ámbitos estrechamente vinculados a la trascendente cuestión de la muerte digna. La preocupación fundada en el estipendio que debe abonarse al fedatario por su intervención profesional, fue hace poco

⁶ La frondosa actuación del magistrado se menciona parcialmente en la nota (2).

tiempo exteriorizada por el médico Hugo Dopaso, conocido especialista en muerte digna, en oportunidad de una reciente entrevista realizada por la revista Newsweek Argentina en su número 303 del 23-05-2012.⁷

Una simple mata (ni siquiera un árbol), impide la visión de conjunto: la importancia del acto que se otorga. Medítese, aunque sea un instante, la amplitud que abarca el contenido de los actos de autoprotección que por el momento, sólo gozan de reconocimiento legal en temas de salud: los referidos a la calidad de vida, disposiciones patrimoniales, la posibilidad de prever la figura del propio curador y, por cierto, las directivas anticipadas en materia de salud y consentimiento informado⁸. Esa somera enunciación, fundamenta el apartamiento de la libertad formal que, como regla general, el derecho privado regula la celebración de los actos jurídicos (artículo 974 del Código Civil).

Resulta indispensable que todo instrumento portador de un acto de autoprotección, reúna, en si mismo, las condiciones relativas a su validez y plena eficacia, característica propia de los instrumentos públicos (artículo 993 y concordantes del Código Civil). A ello se suma

⁷ En la página 35, el prestigioso galeno indica como una de las “contras de la ley de muerte digna” a la intervención notarial en estos términos: “Un escribano requiere un costo que no todos tienen. Yo creo que con dos testigos debiera ser suficiente”. La cuestión del “costo”, ha sido un argumento esgrimido con bastante frecuencia como único fundamento tendiente a “neutralizar” la intervención notarial. Llama la atención que entre los “voceros” de esa opinión, suelen contarse los denominados “profesionales exitosos” que en modo alguno aluden al monto de los emolumentos que ellos perciben...

⁸ Llorens- Rajmil, ob. citada, pág. 6 y siguientes

la necesidad de su registración, diligencia que otorga publicidad al acto, manteniendo la reserva en su contenido.⁹

El instrumento público previsto por el legislador a los fines de la documentación fehaciente de los actos jurídicos privados es la escritura pública (art. 979, inciso 1º C. C.).

En cuanto a la registración a los fines de la adecuada publicidad, esa función la vienen cumpliendo los Registros de Actos de Autoprotección o Directivas anticipadas, organizados por los colegios notariales del país, circunstancia que menciona la sentencia comentada. Corresponde agregar que la anotación en cualquiera de los registros puede ser conocida en los otros a través del sistema informático organizado por el Consejo Federal del Notariado Argentino.

La inquietud de la Defensora Oficial, volcada en la sentencia, referida a una “vía más sencilla para poder plasmar voluntades anticipadas para personas que no disponen de recursos económicos”, se satisface mediante la intervención notarial: un profesional de derecho que interpreta la voluntad del otorgante, la asienta en un instrumento público (la escritura) y lo registra. En suma, ese procedimiento satisface las inquietudes volcadas en la sentencia: representa la antítesis a toda “burocratización” y evita la degradación de un acto de tanta relevancia

⁹ Únicamente se reproducen, con la expresa autorización del otorgante, las directivas referidas a las cuestiones de salud a los fines de su conocimiento inmediato por parte del cuerpo médico atendiente

porque el protocolo dista de ser un formulario preimpreso. Es la resultante de una meditada decisión de cada interesado volcada en un documento auténtico.

Y, respondiendo a la legítima inquietud relativa al costo, debe tenerse en cuenta que históricamente los Colegios Notariales y, también sus colegiados, han contemplado, participado y organizado planes escriturarios que contemplan la situación de quienes carecen de ingresos. Es lo que viene ocurriendo, por ejemplo, en los numerosos planes oficiales destinados al otorgamiento de viviendas.

El largo camino recorrido en la consolidación del derecho humano a la autodeterminación, trasciende toda cuestión monetaria.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL COLEGIADO
DE INSTANCIA ÚNICA DEL FUERO DE
FAMILIA Nro 3 DE MORÓN¹**

Y VISTOS: Estos autos caratulados: “B s/ inhabilitación”, del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n° 3 del Departamento Judicial de Morón, los que se tramitan por ante mí en

¹ Sentencia de fecha 8 de agosto de 2012 del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia Nro 3 de Morón- Provincia de Buenos Aires.

virtud de la adjudicación efectuada a fs. 52, venidos para el dictado de sentencia, y de los que

RESULTA:

A fs. 20/22 se presenta... (legitimado para actuar conforme se legisla en el art. 144 inc. 2º del C. Civil) promoviendo la inhabilitación de B, acredita el vínculo paterno con la partida de nacimiento glosada a fs. 81. También pide se lo designe, oportunamente, como curador definitivo.

Con la documentación acompañada a fs. 44, 50 y 57/71 cumple con la exigencia contenida en la norma del art. 618 del C.P.C.

A fs. 53 toma intervención la Representación del Ministerio Pupilar.

A fs. 54 se recibe la causa a prueba en consonancia con la opinión de la Asesoría de Incapaces.

A fs. 161 asume el cargo de curador provisional del causante la Unidad de Defensa N° 9.

A fs. 150 se cumplimentan las prescripciones de la ley 7205.

A fs. 141 se inscribe la inhibición de bienes del causante, oportunamente decretada.

A fs. 182/183 se practica un informe socioambiental que ilustra acerca del ámbito en el que se desenvuelve el causante, su entorno, sus actividades y su preferencia en cuanto a quien debería representarlo.

A fs. 192/193 los Peritos Médicos informan acerca del padecimiento mental del causante que califican como retraso mental moderado posterior a una meningitis sufrida a los seis meses.

A fs. 222 el Ministerio Pupilar dictamina que puede dictarse sentencia decretando la interdicción de B. y designarse curador a su progenitor.

De fs. 223 surge el comparendo señalado para tomar conocimiento del causante, al que asisten sus padre (denunciante) y la esposa de éste, en presencia del Ministerio Pupilar.

Conferidos los traslados de ley, se llama autos para dictar sentencia en providencia firme y consentida (fs. 244), es decir que están cumplidos, por lo expuesto, todos los requisitos legales que viabilizan el dictado de la sentencia (arts. 620, 622, 625, 626 y cctes. del C.P.C. y C.),
y

CONSIDERANDO:

I.- Que el “nomen juris” que usaron las partes no obliga al Juez (Fallos 322:1110). Así no cabe exigir a quien promueve este especial tipo de acción la precisa determinación del encuadre del objeto del proceso toda vez que es el Juez quien debe subsumir jurídicamente los

hechos y las pretensiones sometidas a su conocimiento con aplicación del principio del “iuria curia novit” (Fallos: 322:1110, CSN 16/12/76 en LL, 1977, v A, pág. 259, CSN, 14/6/77, en L.L. 1977 v. D, pág. 105).

Que si en un proceso por inhabilitación se comprueba la necesidad de mayor protección debe concedérsela y no obligar al denunciante a iniciar otro juicio (Fassi – Yáñez “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...” T° III, pág. 29 y en igual sentido Finochietto – Arazi en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...” T° III, págs. 269 y 270).

II.- Que del informe de la Trabajadora Social de fs. 182/183, ya referido, se desprende que B. estuvo internado por 7 años en el Instituto Blanquerna de Morón y que actualmente asiste al taller protegido Parque Quirno de Hurlingham, y del dictamen, que no ha sido objetado, de los tres médicos psiquiatras designados para que informara acerca del estado actual de sus facultades mentales, que padece de “Retraso mental moderado” y que la enfermedad comenzó a los seis meses cuando sufrió meningitis, siendo el pronóstico reservado. (fs. 192/193).

Que conforme establece el art. 141 del Código Civil: “Se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

Que la ley 25.280 (Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) prevé que la interdicción "... cuando sea necesaria y apropiada para su bienes... no constituirá discriminación".

III.- Que para cumplir con los paradigmas de la actual legislación se impone establecer limitaciones en la capacidad de obrar que salvaguarden los derechos de los discapaces y fijar plazos de vigencia de la interdicción conforme legisla el art. 152 ter del Cód. Civil.

IV.- Que si bien el padre del causante ..., al iniciar el proceso se postuló como curador, en el relevamiento socio ambiental practicado por la Perito Trabajadora Social del Tribunal, el grupo familiar – denunciante, actual esposa y el mismo causante – expresaron el deseo que fuera C. la curadora, en razón de la avanzada edad del progenitor, actualmente de 90 años.

Que, posteriormente, en la audiencia que señalé y cuya instrumentación luce a fs.223, con patrocinio letrado y la presencia del Representante del Ministerio pupilar, se reiteró el mismo pedido.

Que cabe destacar que el causante se expresó con seguridad explicando su motivación porque se sentía acompañado, asistido y contenido por la señora C, cónyuge del padre, con quien convive.

Que la curadora propuesta ha acreditado idoneidad y que la Asesoría de Incapaces prestó conformidad tanto con el dictado de

sentencia de interdicción como con la designación de la nueva curadora que se postula (fs. 235/238 y 243).

Que la protección de los derechos del causante, que impone en este caso que se decrete la interdicción y la designación de un representante, no impide que aquel pueda participar en la toma de decisiones que lo involucren, reconociendo así su dignidad.

Al respecto el inciso “n” del Preámbulo de la ley 26378 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se reconoce “... la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”.

Concretamente el art. 12 de esa Convención se refiere a las salvaguardias a implementar por los Estados para que se respeten los derechos humanos y la personalidad jurídica de los discapaces.

Por todo ello, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en autos, las precedentes consideraciones y la opinión del Ministerio Pupilar a fs. 222 y 243, tengo por acreditada la necesidad de declarar la interdicción del causante y, cumpliendo con la legislación vigente, estableceré las limitaciones en su capacidad de obrar que salvaguarden sus derechos.

Que para ello se deberán limitar la realización de los actos tanto de disposición como de administración y de manejo del dinero, salvo

pequeñas sumas, exigiendo autorización judicial previa al ejercicio de los derechos personalísimos y los actos jurídicos familiares.

También corresponde la designación de quien lo represente y habiendo quedado acreditada la idoneidad de Doña C.

En consecuencia, concordantemente con lo hasta aquí expresado,

FALLO:

- 1) Decretando la interdicción civil de B, nacido el 14 de junio de 1952, hijo de... y de....

Se le limita la realización de cualquier acto de disposición o administración, así como el manejo de sumas de dinero, exceptuando pequeñas cantidades.

Para el ejercicio de actos personalísimos o jurídico familiares requerirá la previa autorización judicial.

Deberá ser examinado interdisciplinariamente en el plazo de tres años de quedar firme la presente sentencia, a pedido de parte legitimada (art. 152 ter del Código Civil).

Se aclara que a los fines asistenciales y de la seguridad social esta resolución tendrá vigencia mientras no se dicte otra que la sustituya.

2) Nombrando su curadora definitiva a C, quien previa aceptación y discernimiento del cargo en forma legal procederá a llenar su cometido (arts. 475, 406 y cctes. del Código Civil).

3) Imponiendo a al representante que se designa la obligación de informar cada año el estado de salud de su curado, explicando las medidas que adoptó en orden a las obligaciones que le impone el art. 481 del Cód. Civil. Cualquier circunstancia relevante deberá hacerla saber de inmediato y también rendir cuentas de su gestión conforme las exigencias del Ministerio Pupilar.

4) Estableciendo el plazo de 60 días para que la curadora nombrada inventaríe y denuncie los bienes del interdicto (art. 408 y cctes. del ya citado cuerpo legal).

5) Imponiendo las costas a la causante (art. 68 del C.P.C.) a cuyo fin se regulan los honorarios de la Dra. ... con más los aportes de ley (arts. 9, 54, 57 y cctes. del decreto ley 8904/77).

6) Para el supuesto de no interponerse recurso de reconsideración se elevará lo actuado en consulta al plenario para habilitar la instancia revisoría (art. 838 conf. Ley 12.318).

7) RECARATÚLESE como insania. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE y una vez firme líbrense los oficios pertinentes para la toma de razón al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires y a la Secretaría Electoral y expídase testimonio.

Vilma Antolina RECODER. Jueza. Dra. María Laura
ÁLVAREZ. SECRETARIA.

**NOTA A FALLO: SENTENCIA EN UN
PROCESO DE INSANIA ADECUADA A LOS
NUEVOS PARADIGMAS NORMATIVOS**

Not. Luis Rogelio *LLORENS*¹.

¹ Notario titular de Registro de la ciudad de Morón, Provincia de Santa Fe. Miembro Honorario del Instituto de Derecho e Integración.

El caso:

Se trata de un pedido de inhabilitación en los términos del art. 152 bis del código civil (conforme D.L. 17.711/68) formulado por un señor de 90 años de edad con relación a su hijo adulto quien a los 6 meses de edad padeció meningitis, enfermedad que le dejó como secuela un retraso mental moderado.

El núcleo familiar conviviente, de buen pasar económico, está formado por el demandante y su hijo. El demandante es viudo de sus primeras nupcias con la madre del causante de autos. Junto con ellos vive la segunda esposa del padre que si bien es una mujer mayor, no tiene edad tan avanzada como el marido.

La sentencia:

Es sabido que el régimen de capacidad de los mayores de edad ha sufrido una evolución muy grande en los últimos tiempos. Si bien las viejas normas del código civil permanecen en su mayoría formalmente vigentes, el decreto-ley 17.711/68, la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 (ambas aplicables por la remisión que efectúa el art. 475 C.C.), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las leyes 26.529 y 26.742, y muy especialmente la introducción por la ley 26.657 de salud mental del art. 152 ter a nuestro código civil, han trastocado totalmente el régimen del binomio cerrado “capaz-incapaz” del codificador.

Recientemente, la Dra. María Silvia Villaverde opinó acerca de la pertinacia de la mayoría de los operadores del derecho para aplicar las nuevas normas, pertinacia que se refleja en el proyecto de código civil y comercial unificado, en tratamiento en la actualidad en nuestro Congreso Nacional.²

² “En realidad, creo que no nos hallamos ante una mera pertinacia clasificatoria de las personas físicas, propia del derecho civil local, sino de la pertinacia de una arraigada sociedad discriminatoria y excluyente que no emprende la retirada”. María Silvia Villaverde en “Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ante la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU)” en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas” La Ley. Año IV – Número 8 – Septiembre de 2012. Pág. 155. El párrafo transcrito refiere al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y en especial al art. 24 titulado “Personas incapaces de ejercicio”.

Esta breve y concisa sentencia es irreprochable en tal sentido.

Destacamos:

1.- Luego de analizar el expediente dispone que si bien el pedido se refiere a una inhabilitación en los términos del art. 152 bis del código civil, la prueba producida amerita una protección mayor a la solicitada y que es el juez quien debe decidir a partir del principio “*iuria curia novit*”. También valora que sería un dispendio jurisdiccional denegar la medida solicitada para obligar a iniciar un nuevo proceso en los términos del art. 141 del mismo cuerpo legal.

2.- La sentencia se basa en el examen multidisciplinario requerido por el art. 152 ter del C.C. (según Ley 26.657): Consta el informe de la trabajadora social y de tres médicos psiquiatras.

3.- Atiende al principio sentado por la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280), que considera que la restricción a la capacidad de actuar no importa discriminación sólo si dicha limitación es “necesaria y apropiada” para la persona.

4.- Por ello y conforme con lo dispuesto por el mencionado art. 152 ter C.C. gradúa la incapacidad y dispone en consecuencia que “Se le limita (al causante del proceso) la realización de cualquier acto de disposición o administración, así como el manejo de sumas de dinero, exceptuando

pequeñas cantidades” y que “Para el ejercicio de actos personalísimos o jurídico familiares requerirá la previa autorización judicial.”

5.- Establece un plazo para que a esta persona se le practiquen nuevos peritajes interdisciplinarios y se revise la sentencia, sin perjuicio de lo cual aclara que “que a los fines asistenciales y de la seguridad social esta resolución tendrá vigencia mientras no se dicte otra que la sustituya.”

6.- Quizás el aspecto más destacable del fallo que publicamos, es la **escucha** que efectúa la magistrada de los dichos del propio causante del proceso, formulados en audiencia y con el asesoramiento letrado pertinente y la presencia del asesor de menores e “incapaces”.³ Si bien, tal como resulta de la prueba, el causante del proceso es una persona mayor de edad con un retraso mental, la magistrada cumple con el recaudo fundamental de las nuevas normativas cual es el de respetar el derecho a expresar opinión. Luego, no sólo la tiene en cuenta y la valora sino que decide respetar lo pedido.

Cumple así con lo dispuesto en el art. 12 (y demás normas concordantes) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en tanto éste exige que se “respeten los derechos, la

³ Entrecorramos la palabra “incapaces” pues entendemos que a partir del principio sentado en la nueva legislación de que nadie puede ser privado de expresar su opinión y de que su opinión sea tenida en cuenta, es imposible sostener la existencia actual de la categoría de “incapaces” como lo hace el proyecto codificador. Todas las personas tienen esa capacidad y ese derecho, aún cuando carezcan del discernimiento necesario para poder expresarla. La falta de discernimiento es una cuestión de la naturaleza y ella puede ser, en casos extremos, total. Sin embargo, ello no faculta a ningún magistrado a declarar la incapacidad total de una persona pues ésta siempre va a conservar la capacidad (que es cuestión de la ley) de poder hacerlo si eventualmente la naturaleza de sus limitaciones deja de impedirlo.

voluntad y las preferencias de la persona”. Cumple también con el requisito de permitir el acceso de la persona con discapacidad a la justicia (art. 13).⁴

Por tal motivo, si bien en el inicio del proceso se había propuesto como curador el padre del causante, quien demandó la declaración de inhabilitación de su hijo; luego de escuchar a todo el grupo familiar y – especialmente – a la propia persona enferma, la que padece limitaciones en su aptitud de gobernarse a sí mismo y a su patrimonio, (art. 141 C.C.) decide nombrar curadora a la esposa del padre que, por razones de edad, se encuentra más apta para desempeñar el cargo.

De esta manera da cabal cumplimiento a los postulados de la nueva normativa.

No podemos menos que aplaudir la resolución adoptada que demuestra que, poco a poco, nuestros tribunales van dejando las viejas normas de lado y aplicando los nuevos paradigmas.

⁴ “*Artículo 13* Acceso a la justicia. 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas **como participantes directos** e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.” Cabe señalar también que el art. 1º de dicha convención dispone: “... 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.

JORNADAS Y CONGRESOS

XV Jornada Notarial Iberoamericana.

TEMA III

"Persona, Familia y Sucesiones. Experiencias en Ibero América."

(28-31 de Mayo de 2012, Madrid, España)

Not. Jorge Alberto Gil¹.

Se realizó en Madrid República de España, la XV Jornada Notarial Iberoamericana organizada por la Unión Internacional del Notariado Latino, con la participación de Notarios de dicho país y de Latinoamérica, entre los que se contó a una nutrida delegación Argentina tal como es una tradición en dichas Jornadas.

Estos encuentros Notariales no tienen otro fin que el de reafirmar la valía de la función del Notario del tipo Latino como receptor, calificador y publicitador de determinados actos jurídicos que pretendan otorgar las personas y que el orden legal de cada Sociedad

¹ Notario titular de Registro de Contratos públicos de la ciudad de Rosario. Coordinador Internacional del Tema III "Persona, Familia y Sucesiones" de las XV Jornada Notarial Iberoamericana.

considere de tal importancia que amerite su intervención fedataria pública.

En el acto inaugural destacaron las palabras del Ministro de Justicia de España y Notario Mayor del Rey el Notario Alberto Ruiz Gallardón quien desde tamaña platea funcional, expresó con precisión la necesidad social de contar con la función pública del Notario en el anhelo de lograr seguridad jurídica en las relaciones humanas.

Entre otros conceptos dijo el Notario Ruiz Gallardón:

Una única palabra basta para resumir el mayor anhelo que albergan hoy españoles y europeos: seguridad. Seguridad que, en su faceta jurídica, constituye precisamente la esencia de la actividad a la que desde hace 150 años vienen consagrándose los notarios españoles, quienes introducen un factor de confianza y de tranquilidad en las iniciativas y las relaciones económicas y sociales en las que intervienen. Vista en perspectiva, la tarea desempeñada en este siglo y medio por los notarios representa un estímulo para afrontar los desafíos del presente inmediato y una razón para la confianza en el futuro. Solo a partir de la Ley que ahora conmemoramos puede empezar a hablarse del Notariado Español como tal, único y unificado, libre e independiente. Es esta norma la que hace depender del Estado al Notariado y sus respectivos Colegios, desvinculándolo de otras instituciones. Su texto evidencia el esfuerzo de los legisladores por dotar a estos funcionarios de independencia en el ejercicio de su profesión fedataria, así como por garantizar su competencia y credibilidad. El mérito y la autoridad de los miembros del Notariado pasan a ser seña de identidad del cuerpo, asegurada mediante la adecuada formación científico-técnica. Hoy, esos principios han demostrado su vigencia, definiendo una

profesión abierta a la sociedad, alejada de la endogamia, y en sintonía con las expectativas e inquietudes del ciudadano al que sirven. La cercanía del Notario, hace de él una figura conocida y necesaria. Al tiempo, aporta una eficaz ayuda en la creación del Derecho. La rapidez en la resolución de los problemas que llegan a su despacho revela una especial capacidad para afrontar situaciones nuevas o peculiares. Estos rasgos hacen del Notariado un elemento de excelencia jurídica, organizativa y social reconocido dentro y fuera de nuestras fronteras, con aspectos particularmente avanzados, como por ejemplo el tecnológico. Por eso, el Gobierno valora especialmente el esfuerzo que, en estos momentos de dificultad, están haciendo los Notarios por mantener ese nivel de calidad y esa vocación de servicio a la sociedad. Asimismo, contamos con el Notariado como un colaborador importante para cumplir el objetivo que nos hemos marcado de descongestionar y dinamizar la Administración de Justicia. Los notarios, que siempre se han definido por su capacidad para evolucionar junto a la sociedad, pueden desempeñar un valioso papel en el nuevo escenario que se anuncia como resultado de las iniciativas legislativas en curso. Ahora se abre un espacio para su intervención en ciertos procedimientos, como los relacionados con determinados expedientes de jurisdicción voluntaria, la mediación, su designación como árbitros, o en la celebración de matrimonios y divorcios en ausencia de menores. Aventurándonos mucho más allá de esos cambios, podemos preguntarnos cómo será el Notariado dentro de otros 150 años. Y solo cabe una respuesta: su esencia será la misma, y seguirá fundándose en el hombre honrado, cercano y sabio en el que pensó el legislador de 1862.

La lectura de estas palabras nos lleva a una inevitable reflexión: no puede haber duda alguna de la importancia social que tiene para la

Sociedad la función fedataria pública del Notario del tipo latino, delegado del Estado de derecho para conferir legalidad y publicidad a los mas importantes actos jurídicos de las personas.

En nuestra Argentina, el Notariado ha sufrido un intenso proceso de transformación cualitativa, con motivo del cual la mayoría de sus integrantes hoy detenta en principio el título universitario de Abogado antes de desempeñar su función notarial. Además, la creación de la Universidad Notarial Argentina y la Academia Nacional del Notariado han producido tal efecto capacitador que los Notarios argentinos siempre se han situado en la “punta de lanza” jurídica, interpretando el Derecho objetivo para aplicarlo correctamente en vistas a la paz social que brinda la seguridad jurídica notarial. El Estado de derecho lo ha entendido así y en general ha impuesto un Concurso de oposición y antecedentes requerido para el acceso a la función mediante la titularidad de los Registros Notariales, en muchos casos como en nuestra Provincia de Santa Fe, similares a los realizados para acceder a la titularidad de un Juzgado.

Entendido el concepto de función fedataria, la defensa de las incumbencias notariales tiene entonces un propósito diferente al gremial, puesto que los Notarios la realizan en el entendimiento que esa función es delegada por el Estado de derecho por pretender el mismo la legalidad de los actos jurídicos que otorguen las personas, colocando al lado de ellas un funcionario de su confianza y capacitado no sólo en la

técnica jurídica sino también en la necesaria ética social que toda persona que ejerza una función pública debe tener.

En miras a esa importante función pública delegada y controlada por el Estado de derecho, es que los Notarios bregamos continuamente por intervenir en los actos no contenciosos que pretendan otorgar las personas privadas para darles el marco de legalidad y publicidad pretendido por aquél. Y es por ello que la actividad desempeñada por el Notariado argentino no ha sido menor, puesto que a la probada baja conflictividad que hemos brindado a los actos jurídicos bajo nuestra competencia a través de todas las épocas, le hemos sumado nuestra intervención en cuestiones tan importantes como la registración unificada de los testamentos y el otorgamiento y registración de los documentos continentales de actos de voluntad anticipada entre otras.

Las recomendaciones de la XV Jornada Notarial Iberoamericana respecto del Tema III “Persona, Familia y Sucesiones” que se transcriben en el presente son la prueba de la creciente intervención del Notario de tipo latino respecto de esos actos jurídicos no contenciosos también denominados de jurisdicción voluntaria. Son también el fruto de un profundo e intenso debate que hemos realizado los Notarios latinos en esa permanente búsqueda de la excelencia jurídica que nos señala el norte a seguir.

La tarea en ciernes es ardua, puesto que es indudable que en nuestro país, no se ha asimilado a conciencia lo importante y necesario

de nuestra función notarial. En un mundo donde las inseguridades son el pan de cada día, el crecimiento de nuestra Sociedad sólo se logrará mediante la excelencia de quienes desempeñen funciones públicas que como la Notarial, brinden a sus integrantes la certeza y la tranquilidad de verse protegido por el pacto social.

A) En las legislaciones iberoamericanas existe similitud en las instituciones que regulan la materia de la Persona, la Familia y las Sucesiones.

B) En los últimos años ha habido importantes modificaciones en las legislaciones de Iberoamérica relativas a la persona, la familia y las sucesiones, en materias como el Registro civil, el matrimonio, la adopción, la tutela, la representación, actos de autoprotección, el testamento y los trámites sucesorios.

C) En años recientes, en el Derecho de algunos países iberoamericanos, han surgido nuevas figuras como son: el matrimonio de personas del mismo sexo; el reconocimiento jurídico de las uniones o parejas de hecho; reformas a la institución de la adopción que establece parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante; la tutela para la propia incapacidad, por la que un mayor de edad designa a su tutor para el caso de una futura incapacidad; la aparición del documento de voluntad anticipada, para que una persona haga declaraciones para el caso de su propia incapacidad; y, la tramitación de

sucesiones testamentarias e intestadas en forma extrajudicial o en sede notarial.

D) Hay una clara conciencia social que reconoce los beneficios de la intervención notarial en las instituciones de las personas, la familia y las sucesiones.

E) La intervención del notario en las figuras de derecho familiar y sucesorio ha traído como consecuencia mayores obligaciones del notariado para informar a ciertos registros y entidades.

Habiéndose debatido sobre:

Persona: Directivas anticipadas para la propia incapacidad; poderes preventivos; designación de tutor o curador; disposición sobre la persona y bienes para la hipótesis de incapacidad o incapacitación.

Familia: Matrimonio de personas del mismo sexo; reconocimiento jurídico de uniones o parejas de hecho, incluidas las del mismo sexo; competencia del notario para el reconocimiento de hijo; convenciones matrimoniales sobre régimen de bienes y mutabilidad del mismo; y liquidaciones de sociedad conyugal.

Sucesiones: Modernización de las formas y solemnidades del testamento; tramites sucesorios en sede notarial

RECOMENDACIONES

La *XV Jornada Notarial Iberoamericana* recomienda:

1. Que los países de Iberoamérica promuevan en sus respectivas legislaciones disposiciones por las que se dé intervención al notario en

asuntos referidos al matrimonio y uniones de hecho; celebración, comprobación y autenticación de hechos; acuerdo sobre el régimen de bienes y sus consecuentes modificaciones; liquidación de la sociedad conyugal o de comunidad de bienes; divorcio y cesación de la convivencia, en cuanto no sean contenciosos.

2. La certeza y la seguridad jurídica que importan la intervención notarial hace recomendable que todo acto concerniente a la autoprotección sea otorgado ante notario. En consonancia con los tratados internacionales, se impone que los ordenamientos jurídicos de cada país reconozcan la vigencia de dichas disposiciones aun sobrevenida la incapacidad o incapacitación.

3. La dación de fe pública del notario es lo que confiere la integridad al acto. En consecuencia, se recomienda que las respectivas legislaciones supriman la obligatoriedad de testigos instrumentales en los diversos actos que dicho fedatario autorice.

4. Corresponde al notariado, en su función social, promover la conveniencia de otorgar testamentos como expresión de la última voluntad de las personas.

5. Se aconseja que las legislaciones promuevan la creación de registros de actos de última voluntad en los que se pueda publicitar la identidad del otorgante, la forma y el lugar de conservación del testamento; información que solamente podrá ser suministrada a la autoridad competente, una vez acreditado el fallecimiento del testador.

Se sugiere la creación de un registro de igual naturaleza a nivel Iberoamericano.

6. Se sugiere revisar la función y cuantía de las legítimas hereditarias, privilegiando la libertad del testador y salvaguardando su aspecto asistencial.

7. Que se promueva en las legislaciones de los países de Iberoamérica una mayor intervención del notario en la tramitación de las sucesiones testamentarias e intestadas en las que no haya controversia, como un medio para aliviar a los juzgados y tribunales de aquellos asuntos que no tienen controversia y que el notario puede llevar como actividad propia de su función.

8. La intervención del notario en mediación y arbitraje

PAUTAS PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS

El envío de trabajos con pedido de publicación debe ser remitido por vía postal al Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción, Córdoba 1852, 2000 Rosario, Provincia de Santa Fe, República Argentina, y por vía mail a idei@colescribanosros.org.ar.

Los trabajos deben contener el sumario, los datos del autor y su pertenencia institucional, abstract o resumen y palabras clave en español y en inglés. Se recomienda que cada trabajo sea confeccionado en letra Times New Roman n° 12, interlineado doble, con una extensión de no más de 30 páginas con 22 renglones cada una, sin contar las citas bibliográficas. Dichas citas deben incluir los siguientes datos: autor/es de la obra: apellido, nombre; título de la obra (en cursiva); edición; si es traducción, consignar nombre y apellido del traductor; lugar de edición, si no figura: "s/l" (sin lugar); editorial; año de edición; tomo o volumen utilizado; página/s. Cuando se trate de artículos de revistas, luego del nombre del autor, se debe consignar el título del artículo (en cursiva), nombre y número de la revista, año, páginas. Cuando se trate de publicaciones electrónicas se debe consignar: autor/es de la obra, título (en cursiva), dirección electrónica completa y fecha de obtención de la información por Internet.

Los trabajos serán considerados por los integrantes del Comité de Referato

Invitamos a todos los profesionales del Derecho y de otras disciplinas a publicar en este espacio trabajos de su autoría relacionados con la temática planteada.

IDeI