



REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

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

REVISTA N° 7 – AÑO 4

DIRECTORES

Marcelo Daniel De Laurentis
Alicia Beatriz Rajmil

SECRETARIO

Pedro Eugenio Marzuillo

COMITÉ DE REDACCIÓN

Enrique Jorge Arévalo
Mónica Rosana de Dios
Roberto Augusto Lucero Eseverri
Stella Maris Myriam Estelrich
Mónica Susana Zanazzi

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: Escuela Nro 432 Bernardino Rivadavia de la ciudad de Rosario (Autoría Enrique Jorge Arevalo- IDeI)

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

Podrá acceder libremente a la revista del IDeI en formato PDF en <http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/>

Registro de la Propiedad Intelectual Nro 918625



Miembros del Instituto de Derecho e Integración

Directora

Alicia Beatriz Rajmil

Sub-Director

Marcelo Daniel De Laurentis

Secretario

Enrique Jorge Arévalo

Miembros Plenos

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

Colaborador

Ramiro Paulo Tulián



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 – N° 7 – Marzo Año 2012

I Editorial.....pág. 9

II Doctrina

Los poderes preventivos. Breves apuntes
para su aplicación dentro del
ordenamiento jurídico cubano.....pág. 15
Lic. Jorge Luis Ordellín Font y Lic. Raúl José Vega Cardona

La incidencia de la Convención de Naciones
Unidas sobre los derechos de las personas
con discapacidad en el sistema español
de incapacitación judicialpág. 53
Lic. Montserrat Pereña Vicente

Las prácticas jurídicas: criterios actuales
adoptados en relación al problema del
ejercicio de derechos por parte de
niñas, niños y adolescentes.....pág. 89
Dra. María Claudia Torrens

III Legislación

Ley 14.334 de la Provincia de Buenos Aires.....pág 113

Comentario sobre la Ley 14.334 de la Prov. de Bs As.....pág. 117
Esc. Luis Rogelio Llorens

Proyecto de Ley Modificación Ley 26.529.....pág. 129

Comentario sobre el proyecto de Ley
Sancionado por la Cámara de Diputados
de la Nación. Modificación Ley 26.529.
Muerte Digna. Directivas anticipadas.....pág. 137
Esc. Alicia Beatriz Rajmil
Esc. Luis Rogelio Llorens

Hacia la protección de la voluntad de la
persona vulnerable: Comentario de la
Ley 29.633, que faculta la designación
del propio curador en la Legislación peruana.....pág. 161
Not. Rosalía Mejía Rosasco

IV Jurisprudencia

Fallo Tribunal de Familia: B., L. R. Y OT.
S/ VENIA PARA CONTRAER MATRIMONIO.....pág.217

Nota al Fallo: Autorización para contraer
matrimonio. Consagración del principio de
la autonomía progresiva de las personas menores de edad.....pág. 227
Not. Enrique Jorge Arévalo

V Pautas para publicación de trabajos.....pág.233

EDITORIAL

Los mecanismos de protección de los derechos humanos han evolucionado de manera sostenida desde mitad del siglo XX. El camino recorrido es significativo en pos de garantizar la igualdad real de todas las personas en el ejercicio de sus derechos. El mundo jurídico, no obstante encontrarse inveteradamente en la situación de receptor tardío ante las trascendentes mutaciones sociales, ha cambiado radicalmente 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).

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, 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, aprobada por ley 26378, la ley 26.529, 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, conforman un nuevo sistema jurídico sobre capacidad de las personas. Los países deben abocarse a adaptar su legislación interna a los nuevos paradigmas y la justicia, mientras tanto, debe ejercer un rol protagónico en la aplicación e interpretación del Derecho vigente. El anunciado anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, en nuestro país, se enrola en este camino.

Los nuevos paradigmas a los que hacemos referencia sostienen 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. Estos postulados se vinculan estrechamente con los objetivos de nuestro instituto. Presentamos pues, en este nuevo número de la revista, doctrina, jurisprudencia y legislación que dan cuenta de este proceso.

Así, en la sección “Doctrina” tres trabajos -de Argentina, Cuba y España-, nos aportan interpretaciones diferentes sobre la legislación y la realidad jurídica. Los derechos de los niños, los poderes preventivos y la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, son analizados respectivamente en ellos con diferentes criterios, en ocasiones contrapuestos. Creemos que la amplitud y diversidad de opiniones contribuirá a generar el debate que se impone en estos temas.

Una reciente ley de la provincia de Buenos Aires modifica su Código de Procedimientos e introduce en todo proceso de curatela la obligación del juez de solicitar informes al Registro de Actos de Autoprotección. Un proyecto legislativo aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación, avanza en pos del respeto a la voluntad del paciente. En Perú se modifica el Código Civil para dar lugar al nombramiento del propio curador. Estas novedades legislativas son comentadas en este número. También se analiza un novedoso fallo de nuestros tribunales relacionados con los derechos fundamentales de los adolescentes.

Este espacio se propone generar el interés, estudio y debate con respecto a la situación jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad. Transitamos épocas de grandes cambios en el ámbito jurídico que debemos comprender, implementar y aplicar en nuestra labor diaria. El escribano, como intérprete inmediato de toda nueva legislación, hoy cumple un rol trascendente en la aplicación de las normas que modifican el régimen jurídico tradicional de capacidad de las personas. En el ejercicio de su función debe garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de todos y especialmente de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Desde la presente publicación pretendemos contribuir humildemente a dicho propósito.

DOCTRINA

**LOS PODERES PREVENTIVOS. BREVES
APUNTES PARA SU APLICACIÓN DENTRO DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.**

Lic. Jorge Luis Ordelin Font.

Lic. Raúl José Vega Cardona¹.

“Los ancianos tienen sabiduría;
la edad les ha dado entendimiento”

(Job. 12.12)

SUMARIO:

I. Poderes preventivos. Definición. I.1 ¿Contrato o *cuasi tutela*?
Autoprotección. 1.2 Imposibilidad de la aplicación de los poderes

¹ Profesores de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba.
Cuba. jlordelin@fd.uo.edu.cu y rvega@fd.uo.edu.cu

preventivos dentro del ordenamiento jurídico cubano actual. II. Contenido y forma de los poderes preventivos. III. Tipos de poderes preventivos. III.1 Breves reflexiones sobre el término “incapaz” y la acreditación de dicha condición. Especial referencia a su regulación dentro del ordenamiento jurídico cubano. IV. Medios para controlar el actuar del poderdante. V. Posibilidad de revocación, ratificación y sustitución de los poderes preventivos. VI. Consideraciones finales. Fuentes doctrinales y legales.

RESUMEN:

El envejecimiento poblacional en la sociedad cubana actual conlleva necesariamente al replanteamiento y la búsqueda de nuevas alternativas, que desde una perspectiva jurídica, permitan la protección de las personas discapacitadas. Se impone entonces el análisis de las instituciones tutivas de las personas con discapacidad, desde las condiciones actuales del ordenamiento jurídico cubano. Dónde estamos y hacia donde vamos para la puesta en práctica de los poderes preventivos, son las principales directrices que tiene el presente artículo; siempre desde el respeto de la autonomía de la voluntad de las personas que previendo su futura incapacidad han autorizado ante notario público facultades de representación.

ABSTRACT.

Population aging in Cuban society necessarily involves rethinking and the search for new alternatives from a legal perspective, providing protection of the disabled. Analysis is then imposed tuitiva institutions for people with disabilities, from the current conditions of the Cuban legal system. Where we are and where we go for the implementation of preventive powers, are the main guidelines that have this article, always with respect for the autonomy of the will of the people providing for their future incapacity have authorized notary public schools representation.

PALABRAS CLAVES.

Poder, representación, autoprotección, poder preventivo, discapacidad, incapacidad.

KEY WORDS.

Power, representation, self-protection, preventive power, disability, disability

La protección de las personas discapacitadas y especialmente, el término de voluntades anticipadas, no es nuevo en el Derecho comparado. Cada día existe una mayor proyección, a nivel internacional, para uniformar la protección de los discapacitados, y especialmente, darle valor jurídico a las decisiones adoptadas por

aquellas personas que prevén su futura incapacidad y tratan de disponer sobre su patrimonio y persona en pleno uso de sus facultades mentales². Sin embargo, dentro del genérico concepto de voluntades anticipadas se conciben tres nuevas figuras jurídicas: las voluntades anticipadas en estricto sentido, la autotutela y los poderes preventivos.

La regulación de dichas figuras responde a una realidad social, marcada por el desarrollo tecnológico, principalmente en el campo de la medicina; el envejecimiento poblacional y la protección de los derechos de las personas más vulnerables. Ante semejante problemática, el Derecho debe de atemperarse. En este contexto, sobresale nuestro país, Cuba, que si bien es considerado un país del Tercer Mundo, el desarrollo alcanzado en el campo de la medicina ha provocado la elevación de la expectativa de vida de la población, que hoy se ubica por encima de los 77 años de edad, y que en fecha tan cercana como el 2025 situará a Cuba entre las naciones más envejecidas poblacionalmente de América Latina. Uno de cada cuatro cubanos será mayor de 60 años³.

² Sobre la protección de las personas discapacitadas y el respeto de las denominadas voluntades anticipadas deben de citarse, entre otros instrumentos jurídicos internacionales: El Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de adultos, el Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y de la biomedicina, de 4 de abril de 1997 en especial su artículo 9, en España la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que modifica el Código civil para introducir la autotutela y los poderes preventivos, la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente, las leyes de salud (ordenación sanitaria, o voluntades anticipadas, o voluntad vital anticipada o de autonomía del paciente...) de Comunidades Autónomas españolas, entre otras.

³ Según la el Informe de la Organización Nacional de Estadísticas de 2009 en los años 2005-2007, la expectativa de vida de nuestro país era de 77.97 años de edad, mientras que de una población de 11, 239,363 habitantes, 1,386,760 cubanos era mayor de 65 años de edad. Datos obtenidos *del Informe de la Oficina Nacional de Estadísticas 2009, disponible en <http://www.one.cu>*, consultado el miércoles 19 de enero de 2011.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico y especialmente el Derecho Civil no se encuentran aún preparados para enfrentar dicha realidad.

La adaptación del ordenamiento jurídico cubano será paulatina y moderada⁴. De ahí que este trabajo pretenda determinar, a partir del desarrollo doctrinal alcanzado por la figura de los poderes preventivos, su viabilidad o no dentro del ordenamiento jurídico cubano, reconociendo, en pos de una futura modificación, las limitaciones y posibilidades que el mismo tiene para el desarrollo de esta nueva figura jurídica.

I. PODERES PREVENTIVOS. DEFINICIÓN

Si bien las tres figuras jurídicas referidas anteriormente, constituyen manifestaciones de voluntades anticipadas, lo cierto es, que el término ha quedado sólo para denominar, al documento que expresa de forma anticipada los cuidados y tratamientos que se desea recibir llegado el caso de encontrarse la persona que lo otorga, en situación de no poder expresar personalmente su voluntad⁵. Se convierte así dicha figura en el medio ideal para respetar la autonomía y autodeterminación de los pacientes.

⁴ El anteproyecto de Código de Familia de febrero de 2010 reconoce la institución de la autotutela.

⁵ PARRA, María Angeles, *Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)*, en Ponencias del XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 80 consultado en www.eljusticiadearagon.com/.../_n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf el 12 de diciembre de 2010

Por su parte la autotutela, no es más que la posibilidad que brinda el ordenamiento jurídico para que una persona, previniendo su futura incapacidad, pueda designar a la persona de su confianza que pueda proteger, tanto su persona como sus bienes. Aun y cuando el juez seguirá siendo quien deberá decidir sobre la constitución o no de la misma, al seguir las particularidades del caso y analizar, la posibilidad o no, de que la persona que previamente ha sido designada se convierta en tutor de la incapacitada⁶.

De igual forma, los poderes preventivos ciertamente constituye una voluntad anticipada, pero en este caso, sus fines son totalmente distintos a los perseguidos por las figuras anteriormente mencionadas. Como podremos analizar posteriormente, constituirán uno de los medios más viables para lograr no sólo el cumplimiento de la voluntad del incapaz, sino también para garantizar sus intereses y bienes.

⁶ Aunque no es objeto de este trabajo, vale citar entre las principales diferencias que existe entre la autotutela y los poderes preventivos, los ámbitos de aplicación de cada una. Mientras que la primera necesariamente surtirá efectos a partir de la incapacitación de la persona en el segundo caso, este no es requisito *sine qua non* para el mismo, además, cabe la posibilidad de subsistencia de ambas instituciones. Mientras la primera institución está referida a la protección de la persona y sus bienes, en el caso de los poderes preventivos su fin siempre será la gestión de intereses determinados para el incapaz ya sean estos personales o patrimoniales. La Ley 41/2003 brinda la posibilidad incluso de que la misma persona que haya sido designada apoderada de forma preventiva lo sea como tutor lo que a su vez ha sido óbice para que determinados autores consideren que puede darse la posibilidad de que sea designado un tutor para la gestión del patrimonio y un apoderado para la esfera personal de la persona o viceversa. *Apud.* GARCÍA Tomás, *Autotutela y poderes preventivos* en Ponencias del XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 80 en www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002866_Indice.pdf, consultado el 12 de diciembre de 2010

Si bien han sido múltiples los términos utilizados para denominar los poderes preventivos (apoderamiento preventivo, poder de previsión o de autoprotección o mandatos preventivos), lo cierto es, que más allá de cualquier disquisición terminológica, se han conceptualizado los poderes preventivos —cómo preferimos denominarlos— como poderes “en virtud del cual una persona, en previsión de una futura pérdida de capacidad, delega en otra una serie de facultades”⁷, o el “acto jurídico otorgado por una persona al momento de su capacidad -sea a favor de quien designa como su propio curador o de un tercero- para que surta efectos acaecida su discapacidad, sea ésta transitoria o permanente, y por causa de accidente, enfermedad o vejez”⁸. Sin embargo, a nuestro criterio, una definición de la figura no puede dejar de mencionar que, además de ser una declaración de voluntad unilateral y recepticia, mediante la cual, una persona en previsión de su futura incapacidad; otorga poder de representación a otro para que éste sea efectivo siendo el mismo incapaz, dicha voluntad podrá condicionar la existencia del poder a que este subsista aunque exista la incapacidad o que comience a surtir efectos cuando la misma sobrevenga.

⁷ García Tomás, *Op. Cit.*, p. 117

⁸REY, María Laura, *La conciencia jurídica del siglo XXI en materia de discapacidad, frente al ordenamiento jurídico argentino y sus normas*, ponencia presentada en el 1º Congreso Internacional sobre discapacidad y derechos humanos, p. 3 en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/.../1-rey.pdf - consultado el 19 de enero de 2011

I.1 ¿Contrato o *cuasi tutela*? Autoprotección

El antiguo debate entre la distinción de poder y mandato, trasciende esta vez, en correlación con la finalidad que se persigue con dicha figura, a su naturaleza jurídica, de ahí que, en la doctrina se utilice indistintamente los términos de mandatos o poderes preventivos.

Para ARROYO I AMAYUELAS los poderes o mandatos preventivos, no son más que un contrato⁹, cuyo contenido es fijado por las partes; mientras que para GARCÍA M.A, no es más que un híbrido entre la representación voluntaria y la legal, una especie de institución “cuasitutelar”¹⁰; que incluso, a criterio de BERROCAL LANZAROT no es más que un complemento de la autotutela, cuando lo cierto es, que no es un complemento de ésta última, sino que tiene autonomía jurídica suficiente y, en unión de la autotutela, garantiza la preservación de la autonomía de la voluntad de un individuo que es totalmente incapaz¹¹.

La figura del poder preventivo, con sus peculiaridades, tiene su fundamento en la teoría de la representación, la cual brinda la

⁹ ARROYO I AMAYUELAS, “Del mandato “ordinario” al mandato de “protección””, Revista Jurídica del Notariado, núm. 49, enero-marzo 2004, pág. 42, citado por, PARRA, María Angeles *Op. Cit.*, p. 80

¹⁰ GARCÍA M.A, en “Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos”, *La Notaria*, n° 2, febrero 2000, citado por PARRA, María Angeles *Op. Cit.*, p. 80

¹¹ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2008). “El «apoderamiento o mandato preventivo» como medida de protección de las personas mayores”. Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal*

posibilidad de que una persona obre por otra, actuando y decidiendo en interés de la misma, siempre dentro de determinados límites, ya sea, tanto en actos jurídicos patrimoniales como los que no lo son, siempre y cuando dichos actos no tengan el carácter de personalísimos. Dentro de esta teoría tienen su sede específicamente en la denominada representación voluntaria, y dentro de esta, en la actuación del representante con poder de representación.

Para el catedrático español Manuel ALBALEDEJO, el poder de representación es concebido como la autorización¹² concedida al representante para que actúe en interés¹³ y nombre de otro, por lo que se convierte en una capacidad para ejecutar con éxito un acto jurídico en una esfera de derecho ajena¹⁴. Siendo entonces el apoderamiento, el negocio jurídico mediante el cual se concede u otorga a otra persona poder de representación, una especie de legitimación para que los actos que le han sido encomendados al representante surtan efectos en la esfera jurídica del representado.

De lo anteriormente expuesto, se colige que los poderes preventivos sólo pueden tener su fundamento en el apoderamiento,

¹² Albaladejo Manuel, *Derecho civil, Introducción y parte general*, Librería Bosch, Barcelona 2002, p 803.

¹³ Se han esgrimido los más disímiles criterios sobre la posibilidad de que la representación pueda existir aun y cuando la misma se realice en interés o no del representado, sobre la posibilidad de que así sea *Vid.* HUPKA, Josef, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p.11 en el sentido contrario Díez Picazo para quien la concesión de un poder de representación en interés no del representado constituye una vía oblicua indirecta que no pertenece en rigor a la doctrina de la representación, Díez Picazo, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, s/1, p. 581.

¹⁴ Hupka Josef, *Op. Cit.* p. 28

como negocio unilateral y recepticio constituido por una declaración de voluntad destinada a la concesión de facultades de representación, con la peculiaridad, de que surtirá efectos, aún y cuando, quien así lo ha otorgado no tiene la capacidad necesaria para la realización del acto jurídico, porque así lo ha previsto en el momento de emitir la referida declaración de voluntad que le dio origen al mismo.

Sin embargo, lo que hemos denominado “peculiaridad” del apoderamiento preventivo, sin lugar a dudas, revoluciona toda la teoría de la representación y especialmente del apoderamiento, pues aun y cuando, este no requiere de la aceptación del apoderado para que sea válido, sí lo necesita para que sea eficaz, existiendo por ende una relación jurídica entre el primero y el segundo, más allá de la relación subyacente que deberá de existir necesariamente entre representante y representado. De hecho, aunque existe la posibilidad de que la relación subyacente al apoderamiento, sea cualquier negocio de gestión, en el caso de los poderes preventivos la misma siempre deberá de ser, en principio, un contrato de mandato.

Si bien el poder preventivo, tiene la propia causa del apoderamiento¹⁵, lo cierto es, que en este caso, al momento de materializarse dicha representación, el representado no tiene plena capacidad jurídica, lo que limita el tipo de relación jurídica subyacente —dado la relación existente entre la causa del apoderamiento y ésta—

¹⁵ Para el catedrático DIEZ PICAZO, el apoderamiento tiene como causa, el favorecer la conclusión de negocios o actos jurídicos por una persona distinta del sujeto al cual va afectar lo realizado, DIEZ PICAZO, *Op. Cit.* p. 584.

que tiene que ser necesariamente una relación jurídica destinada a proteger a una persona incapaz, como lo es el contrato de mandato. Contrato bilateral de gestión de negocios o asuntos del mandante, mediante el cual el mandatario realiza actividades jurídicamente relevantes que inciden en la esfera jurídica del mandatario, pudiendo o no mediar retribución y con marcado carácter personal dado la confianza existente entre las partes, a la vez que determina el fin para el cual se ha otorgado el poder.¹⁶ La distinción del poder y la relación que le subyace no es el único motivo que nos conmina a no estar de acuerdo con la idea de los poderes preventivos como contrato sino en la propia distinción que existe entre la figura del poder y el mandato.

Tampoco podemos afirmar que los poderes preventivos tienen una naturaleza *cuasi tutelar*. Los fines de la tutela y de los poderes preventivos no son los mismos. Como tendremos oportunidad de analizar posteriormente a pesar de que puedan existir similitudes en la aplicación por analogía de los mecanismos de control de la tutela, los mismos siempre estarán destinados a garantizar la correcta interpretación y aplicación de la voluntad del poderdante incapaz, que no es lo que se persigue mediante la institución tutelar.

En nuestro criterio la naturaleza jurídica de los poderes preventivos, lo constituye la autoprotección que a sí mismo, en su

¹⁶ DIEZ PICAZO y GULLON Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992p. 476

persona y/o bienes, se brinda un individuo capaz, de forma anticipada mediante el negocio del apoderamiento.

I.2 Imposibilidad de la aplicación de los poderes preventivos dentro del ordenamiento jurídico cubano

Siendo la autoprotección la esencia de los poderes preventivos deberíamos entonces preguntarnos *a priori* que impide en el ordenamiento jurídico cubano la introducción de los poderes preventivos.

En este caso debemos de tener presente que los poderes preventivos ponen de manifiesto la distinción existente entre poder y mandato. Mientras que el primero no es más que un negocio unilateral en el que se consiente la representación, posibilitando la emisión de una declaración de voluntad frente a terceros en nombre del poderdante, y en el que el representante no resulta obligado; el mandato como contrato bilateral y obligatorio, agota su contenido en la relación interna entre mandante y mandatario, puede ser una de las relaciones subyacentes del primero, cuando coinciden en la misma persona la condición de mandatario y representante directo¹⁷.

Pero a pesar de la anterior distinción doctrinal, la dogmática del Código civil cubano incurre en el error de confundir una institución

¹⁷ Sobre la distinción entre mandato y poder *Vid:* DIEZ PICAZO y GULLON, Antonio, Op. Cit.p. 477, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, *La representación en* VALDÉZ DIAZ, Caridad del Carmen, *Derecho civil, Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 286; Albaladejo Manuel, *Op. Cit.*, p. 806.

con otra. La norma sustantiva concibe al poder como *el mandato por el que el mandante confiere facultades de representación al mandatario*.¹⁸ De ésta forma no sólo se limita la utilización de la relación de mandato como única relación subyacente en la que pudiera manifestarse el apoderamiento, al considerar éste como especie dentro de aquel, sino que, aplica a las relaciones jurídicas entre poderdante y el apoderado las reglas del mandato, entre las que se haya la extinción de la relación jurídica por la causal de incapacidad del mandante¹⁹.

La causal de incapacidad del mandato, aplicada en sede de apoderamiento, constituye el principal motivo que impide la aplicación dentro del ordenamiento jurídico cubano de los poderes preventivos, y es que, semejante confusión terminológica, heredada del precedente Código Civil español, nos impide apreciar en su justa medida que, teniendo en cuenta los requisitos del apoderamiento, se pudiera afirmar que *“De la misma manera que la incapacidad del apoderado no extingue el poder, tampoco origina su extinción la pérdida total o parcial de la capacidad de obrar por el poderdante (..) la capacidad de obrar es, por naturaleza mero requisito para el nacimiento, pero no condición para la subsistencia de la disposición de apoderamiento...”*²⁰.

Sin embargo, a nuestro criterio, una futura reforma legislativa del Código Civil cubano no debería de ir sólo hacia la modificación de las causas de extinción del contrato de mandato, como han hecho los

¹⁸ Art. 414 de la Ley 59/1987 de 16 de julio, Código Civil de la República de Cuba

¹⁹ Art. 409.c de la Ley 59/1987 de 16 de julio, Código Civil de la República de Cuba

²⁰ HUPKA, Josef, *Op. Cit.*, p. 364

españoles al modificar el artículo 1732 de su Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Modificación necesaria, teniendo en cuenta que es esta la relación que subyace en el negocio de apoderamiento, y en caso de no ser así el mismo quedaría vacío ante la incapacidad del poderdante/mandante; sino que también debe ir dirigida a modificar el articulado del poder, identificándolo como negocio unilateral, dentro del cual, existiría la posibilidad de que el mismo permaneciera vigente, aun y cuando la persona sea incapaz, siempre que ésta así lo haya proveído.

La protección que brindan los poderes preventivos tanto al poderdante incapaz como en el tráfico jurídico, sólo es posible a partir de concebir dentro de cualquier ordenamiento jurídico, dos cuestiones básicas de la institución del poder: la primera consistente en el hecho de que a pesar de la incapacidad del poderdante los terceros de buena fe siempre deberán de ser protegidos²¹, sin tener en cuenta la relación entre poderdante y apoderado; así como el hecho de que *la actividad jurídica del representante no consiste en completar la voluntad de apoderamiento cuando éste aparece expresado en términos generales, ni transmitirla sin alteración*

²¹ Aún y cuando nuestro ordenamiento jurídico no contiene expresamente dicha protección, como si lo preceptúa el español, por ejemplo, en sus artículos 1734 y 1738, sólo una interpretación extensiva del artículo 6 de nuestro Código Civil pudiera permitir la referida protección.

*cuando el poder regula todos los detalles, sino en concebir y formular siempre la inmediata disposición jurídico-voluntaria en su totalidad*²².

II. CONTENIDO Y FORMA DE LOS PODERES PREVENTIVOS

Los poderes preventivos pueden ser tanto generales como especiales, en dependencia del cúmulo de facultades que le han sido otorgadas al futuro representante. En el primer caso, con excepción de aquellos negocios personalísimos, se entiende que el mandato como relación subyacente del apoderamiento, comprende todos los negocios del poderdante, aunque también debe de concebirse como poder general, aquel en el que se comprenden la generalidad de los negocios de una esfera determinada del patrimonio del poderdante. Mientras que, hablamos de poder especial, cuando se han determinado él o los negocios en los que el representante tendrá dicho carácter.

Los poderes preventivos generales o especiales pueden recaer sobre asuntos o sobre cosas, utilizándose el poder general para la administración de todos o casi todos los bienes del poderdante; mientras que el poder especial sólo recae sobre asuntos o cosas determinadas, aunque puede estar otorgado en términos generales para ese bien o asunto determinado, siendo el medio concebido para la

²² Hupka, Josef, *Op. Cit.* P, 44

realización de actos de disposición. De hecho, como tendremos oportunidad de analizar más adelante, siempre será recomendable en el caso de los poderes preventivos que los mismos sean otorgados mediante poder especial, en aras de evitar la colisión de intereses que se pudiera dar entre los poderes preventivos generales y la institución de la tutela.

Por el carácter especial de este tipo de negocio jurídico, son cada vez más las posiciones que coinciden en que el mismo puede contener no sólo disposiciones de índole patrimonial sino también de índole personal, aún y cuando es válido reconocer que la teoría de la representación, sobre la cual se sustenta, está erigida sobre una concepción patrimonialista, posición incluso que sigue el Código Civil cubano, cuando establece en el artículo 45.1 que el objeto de la relación jurídica es un bien, una prestación o un patrimonio.

Sin embargo, los poderes preventivos como voluntad anticipada al momento de incapacidad, puede contener los más disímiles pronunciamientos en cuanto a la esfera personal del poderdante: ya sea en cuestiones propias de la regulación de la relación subyacente con el apoderado, dígame mecanismos de control, posibilidades de revocación; como cualquier tipo de disposición que garantice la protección futura del poderdante, incluso post mortem, relacionado con el cadáver y órganos del cuerpo. Hoy en día se afirma, que mediante el poder preventivo, se puede incluso, facultar al apoderado para que inicie el procedimiento de incapacitación judicial si fuera necesario y también la

posibilidad de que el apoderado pueda ser designado tutor, a lo que algunos autores han denominado como poderes preventivos paratutelares.²³

De cualquier forma, corresponderá siempre al notario, a partir de su labor asesora encauzar la voluntad del poderdante con el consejo certero e imparcial, teniendo como máximo, que aun y cuando esta institución impone nuevos retos a nuestro ordenamiento jurídico, como analizaremos posteriormente, siempre serán mayores sus beneficios en aras de garantizar la protección del individuo y de su voluntad.

Con respecto a la forma aunque no existe unanimidad de criterios en cuanto a la misma para el caso del apoderamiento²⁴, no sucede lo mismo para los poderes preventivos. A pesar de que cada legislación establece los requisitos determinados para su validez, lo cierto es que son cada vez más los criterios que abogan por la forma de la escritura pública notarial, dado las garantías que ello conlleva. Máxime si se tiene en cuenta que el notario como profesional del

²³ GARRIDO DE PALMA, Víctor *La protección de los discapaces: La Autotutela y el Poder Preventivo de protección* en <http://ulpilex.es/> consultado el 12 de diciembre de 2010

²⁴ Se han esgrimido los más disímiles criterios sobre si el poder debe o no tener la forma de los negocios jurídicos en los cuales va a ser utilizado, por ejemplo el Código Civil Italiano preceptúa la misma en su artículo 1392, por su parte el Código Civil Español acoge el principio de libertad de forma con excepciones del poder para contraer matrimonio, para pleitos, para administrar bienes, etc, (artículo 1280.5). Sin embargo a criterio de HUPKA el factor decisivo para determinar la forma del poder es la finalidad de la forma. “...si lo que propone la forma es garantizar la autenticidad o la seriedad de la voluntad del sujeto interesado o proporcionar al derecho un elevado grado de determinación (carácter líquido), esa ratio reclama que la forma sea observada también en la declaración del poder; la forma, por el contrario, sirve simplemente para fijar la conclusión del negocio o para que conste documentalmente el contenido del mismo no existe fundamento alguno para que haya de someterse el poder a la forma prescrita para el negocio”. HUPKA, *Op. Cit*, p. 118.

Derecho no sólo brindará autenticidad al documento por él elaborado, justificándose a partir de la emisión de su juicio sobre la capacidad, la que posee el poderdante —futuro incapaz—, sino que brindará el asesoramiento necesario para que el mismo comprenda la trascendencia de su acto y la mejor forma de lograrlo.

En este sentido, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el Código Civil cubano establece, en principio, como forma del poder la escritura pública, al preceptuar que el mismo debe de otorgarse ante notario²⁵, siendo esta, a partir de la regulación sustantiva, la regularidad, permitiéndose como excepciones a esta forma las preceptuadas en el artículo 415, del mismo cuerpo legal. Por lo que de ser posible el otorgamiento de poderes preventivos en nuestro ordenamiento jurídico ésta sería la forma del mismo.

III. TIPOS DE PODERES PREVENTIVOS

Si tenemos en cuenta que los poderes preventivos tienen como principal fundamento la voluntad de la persona que prevé su futura incapacidad y formas de protección, en base al principio de la autonomía de la voluntad, será ésta la que determine el momento a partir del cual, el poder preventivo comenzará a desplegar sus efectos.

²⁵ Art. 414.3 de la Ley 59/1987 de 16 de julio, Código Civil de la República de Cuba

Por lo que teniendo en cuenta el momento a partir del cual surten sus efectos, existirán dos tipos de poderes preventivos:

1. Aquél en que se ha previsto su continuación a pesar de la incapacidad, y que surte sus efectos desde el mismo momento de su otorgamiento. Denominado también poder que sobrevive, dado de que en este caso estamos en presencia de un poder de los que comúnmente se otorgan a diario, con la única diferencia de que tiene como pronunciamiento específico la declaración de voluntad del poderdante, quién ha decidido su supervivencia aún en el caso de que se encuentre en estado de incapacidad, no aplicándosele por tanto la causal de extinción.

2. En el segundo supuesto estamos en presencia del poder preventivo que sólo surtirá efectos a partir de la incapacidad del poderdante, no pudiendo desplegar los mismos, hasta que no conste acreditada la primera. Constituye el denominado poder preventivo *ad cautelam*, que a su vez puede estar concebido según GARCÍA por una fase transitoria o provisional, que va desde la pérdida de capacidad hasta la incapacitación y otra que se desarrolla y coexiste con la representación legal, a partir de la voluntad del poderdante²⁶.

Aunque en los dos tipos de poderes preventivos descritos anteriormente, la incapacidad del poderdante constituye el punto de partida que nos permite dilucidar la efectividad o no de la voluntad del

²⁶ GARCÍA, Tomás, *Op. Cit.*, p. 80

poderdante, lo cierto es, que dicha incapacidad no tiene la misma connotación en ambos casos. Mientras que para el primero no es más que la exclusión de una de las causales de extinción del poder, por lo que el notario no tendrá que tenerla en cuenta al momento de emitir el juicio de subsistencia del mismo,²⁷ en el segundo reviste especial trascendencia la determinación del momento de la incapacidad, a partir de su incidencia en el momento que comenzará a surtir los efectos previstos por el incapaz.

III.1 Breves reflexiones sobre el término “incapaz” y la acreditación de dicha condición

A partir de las diversas concepciones que se han elaborado en relación a la protección de los discapacitados, y producto de una elaboración más depurada de dicho concepto, que respete los derechos inalienables de ese sector de la población, se ha reconocido, que no siempre será incapaz quién posea alguna alteración psíquica o física, pues es dable tener presente dentro de este amplio concepto a personas minusválidas, discapacitadas e incapaces²⁸.

²⁷ CHIKOC BARREDA, Naiví, La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria) en PÉREZ GALLARDO, Leonardo y LORA-TAMAYO, Rodríguez Isidoro, *Derecho Notarial*, tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana 2007, p. 309

²⁸ Aunque se emplee de forma general para todos los casos el término de discapacitados teniendo en cuenta el concepto que ha elaborado la OMS, dichos concepto en estricto sentido no significan lo mismo, para más información sobre los discapacitados *Vid*, VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *Acercas del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación*

Mientras que en el primer caso estamos hablando de una carencia permanente en la capacidad física, psíquica o sensorial que disminuye las posibilidades de inserción social y económica del individuo, el caso discapacitado, es aquel que si bien tiene, ya no una carencia, sino una discapacidad física o psíquica, la misma aún no le impide gobernarse por sí mismo, manteniendo su plena capacidad intelectual y volitiva, sólo cuando estamos en ausencia de ésta última, es que podemos hablar de incapaces. Lo cual se traduce para los poderes preventivos en una ausencia de la capacidad de obrar del poderdante. Es en este momento de incapacidad y no otro, en que debe de comenzar a surtir efectos el poder preventivo.

Si bien sólo podrá el poder preventivo surtir efectos cuando la persona es incapaz, debemos de tener en cuenta que en principio debería de surtir tales efectos tanto cuando la persona es incapaz de hecho como cuando lo es por declaración del Tribunal competente, mediante un proceso de incapacitación. Sin embargo, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico sólo se es incapaz cuando *“los mayores de edad han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes”*²⁹. En este caso si bien pudiéramos interpretar que el Código civil cubano no realiza precisiones en cuanto a quién le correspondería realizar la declaración de incapaz, permitiéndose entonces que pueda ser utilizada tanto

desde la realidad cubana consultado en www.revistapersona.com.ar/Persona58/58Valdes.htm el 19 de enero de 2011

²⁹ Art. 31 de la Ley 59/1987 de 16 de julio, Código Civil de la República de Cuba

mediante el correspondiente certificado médico³⁰ o mediante la declaración judicial del Tribunal competente,³¹ lo cierto es, que dentro de nuestro ordenamiento jurídico es práctica, que sólo el tribunal puede realizar tal declaración, modificándose a partir de la resolución judicial la capacidad de obrar del individuo.

En Cuba, el apoderado de forma preventiva no podría iniciar su gestión hasta no obtener la declaración del tribunal competente. Este requisito si bien dota de cierta garantía la eficacia del poder preventivo³², al mismo tiempo se convierte en un freno a la voluntad del poderdante, traducido especialmente en un perjuicio a su interés, dado que por las características de este proceso, aun y cuando sea tramitado mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, tal declaración se llevaría meses, no estando entonces la eficacia de dicho poder en la incapacidad o no del poderdante sino en la declaración de incapacidad que realice el Tribunal competente.

Otro elemento a tener en cuenta es el hecho de que las

³⁰ Así ha sido reconocido por Establece el apartado 3º del art. 2 LPPD que “el grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

³¹ Dicho procedimiento es regulado en los artículos 586-588 de la Ley 7/77 de 19 de agosto modificada mediante el Decreto Ley 241/2006 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

³² Dicho carácter quedó ratificado a partir de lo establecido en el Dictamen 418 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, en fecha 6 de septiembre de 2002, dicha declaración sólo podrá ser realizada a partir del dictamen de médicos distintos a los de asistencia que deben de ser profesionales con preparación especializada en la enfermedad que se dictamina, teniendo en cuenta la certeza que debe de gozar el órgano juzgador. *Vid.* Dictamen No. 418 de seis de septiembre del año dos mil dos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de la República de Cuba

enfermedades degenerativas que son una de las principales causas de una futura incapacidad no se presentan repentinamente, sino que cómo su nombre lo indica van afectando de forma paulatina la capacidad de discernimiento de la persona, en este supuesto tampoco gozaría de eficacia en nuestro ordenamiento jurídico los poderes preventivos, debido a que en el mismo no se reconocen los intervalos lúcidos y sólo procede la declaración del Tribunal cuando la incapacidad es total. De hecho, aunque el Código Civil regula en su artículo 30 los supuestos de restricción de la capacidad de obrar de una persona, nuestro ordenamiento no tiene regulado dicho procedimiento, y nada obsta para que una persona pueda prever la eficacia de dichos poderes para el tiempo en el que si bien todavía la enfermedad no ha suprimido toda su capacidad de discernimiento la misma se halle limitada.

Las restricciones anteriormente comentadas para la eficacia de los poderes preventivos no sólo impedirían la viabilidad de los poderes preventivos en el ordenamiento jurídico cubano, sino que trascienden los marcos de la misma para continuar concibiendo, a partir de lo hoy regulado en el mismo, que quién no sea declarado judicialmente incapaz es un sujeto con plena capacidad de obrar, con todas las implicaciones que ello conlleva.

A nuestro juicio nada debiera de obstar para que dichos poderes fueran eficaces a partir de lo estipulado por el poderdante, tanto desde el momento en que la persona es incapaz de hecho como cuando es declarada incapacitada judicialmente. Los autores

anteriormente citados que han desarrollado la doctrina de los poderes preventivos reconocen que ante la posibilidad de que posterior a la incapacitación se declare el tutor de la misma, el poder preventivo tiene una mayor justificación en el intervalo que existe entre la incapacidad de hecho y la declaración de incapacidad del Tribunal.

En el intervalo de tiempo existente entre la incapacidad y la declaración de la misma, el dictamen de peritos, a partir del correspondiente certificado médico, constituiría la vía más idónea, para acreditar la ausencia de capacidad. Si el notario puede solicitar el dictamen pericial cuando tenga dudas sobre la capacidad mental o volitiva de un compareciente,³³ nada obsta para que mediante un dictamen pericial el perito puedan responder categóricamente si la persona es capaz o no para regir su persona y bienes. La intervención pericial tiene como fundamento la determinación de la capacidad o no de una persona en los procesos civiles, está dirigida hacia la detección un posible trastorno o defecto mental que impida al individuo ejercer

³³ Artículo 54 del Reglamento de las Notarías el cual debe de ser aplicado en relación al Dictamen N° 3/2004 de 5 de octubre de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia de la República de Cuba en el que se precisa *que en los supuestos en que el notario precise de un pronunciamiento pericial respecto a la capacidad mental del compareciente al instrumento público, ésta se verifique mediante la intervención directa, en el acto en cuestión y ante el notario autorizante, del perito o facultativo que certifique la condición de esta persona, lo que se hará constar en la escritura o acta según sea el caso, en la parte correspondiente a la comparecencia, con independencia de la obtención previa, de un documento especializado que la certifique.* No obstante dicho dictamen no constituye un límite al objeto de los poderes preventivos dado que el compareciente en este caso siempre será el poderdante y no el apoderado.

por si solo la toma de decisiones sobre su persona y bienes, permanente en el tiempo ya sea porque es irreversible o de larga duración³⁴.

Se convierte entonces, tanto el poder como el certificado médico en los instrumentos que permitirán al notario arribar un juicio no sólo sobre la subsistencia del poder sino también sobre la existencia eficaz del mismo, dado que si bien no se puede negar la primera no existiría la segunda hasta que no fuese fehacientemente corroborado por el fedatario público sobre el momento en que se considera a la persona incapaz.

IV. MEDIOS PARA CONTROLAR EL ACTUAR DEL PODERDANTE

La incapacidad del poderdante como elemento típico de los poderes preventivos impone nuevos desafíos al ordenamiento jurídico. El hecho de que el poderdante, por falta de capacidad, no pueda controlar la gestión del apoderado, y especialmente que no lo pueda revocar convierte de *ipso facto* al poder preventivo en irrevocable por parte del representado. Particular que ha llevado a la doctrina ha plantearse el cuestionamiento de si son o no necesarios establecer mecanismos de control al actuar del representante.

³⁴ Colectivo de Autores, *Tema de Medicina Legal para estudiante de Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 188 y 189

Es en el control del actuar del representante donde se agudiza el debate sobre la naturaleza jurídica de la institución. Se plantea de que aún y cuando deba de tenerse en cuenta en *prima facie*, sólo la voluntad del poderdante, que puede incluso determinar las medidas de control del apoderado e inclusive exonerar de dichos mecanismos al poderdante, lo cierto es, que la *ratio* de este tipo de poderes, no es sólo la representación del poderdante sino también su protección como incapaz. A nuestro juicio, dichos mecanismos son necesarios tanto para la efectividad del mismo como para garantizar la correcta protección del incapaz, máxime si el poder que ha sido otorgado es un poder preventivo general. Sin embargos dichos mecanismos nunca se podrán confundir con los establecidos propiamente para la tutela.

Compartimos la idea del profesor Tomás GARCÍA de que en primer lugar se deben de respetar los mecanismos de control que han sido establecidos por el poderdante previo el asesoramiento del notario, y en su defecto, la aplicación por analogía, de algunos mecanismos de control de la tutela, léase inventario y la rendición de cuentas. Cabría la posibilidad de otros mecanismos, como son la posibilidad de que el legislador imponga al apoderado la obligación de comunicar a la autoridad judicial el hecho de la incapacidad, con previsión de sanción o responsabilidad en caso de incumplimiento, y que el Juez sea quien revoque el poder instancias de las personas facultadas para promover la tutela, aunque en nuestro criterio nada impide que estén facultadas también las personas que pudieran promover el expediente de

incapacidad, dentro de los que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico el fiscal³⁵, quien no se encuentra dentro de los legitimados para promover la tutela.

Más allá de la selección de uno o varios de los mecanismos anteriormente referidos, los escogidos deberán ser utilizados independientemente de que haya sido o no declarado la incapacidad del poderdante por los tribunales, amén de que sólo podrán ser viables siempre y cuando se establezca el registro de dichos poderes. Sin embargo dado que éste es el único mecanismo que permitiría constatar la existencia o no del poder preventivo y ejercitar el correspondiente control sobre el mismo. Ante la imposibilidad de que cada mecanismo sea ciento por ciento eficaz, teniendo en cuenta que la práctica es más diversa que la norma, cabría la posibilidad de que el apoderado o cualquiera de las personas legitimadas, anteriormente mencionadas, pongan en conocimiento del Juez la incapacidad de la persona, y por tanto, del poder.

Debe de tenerse en consideración que en el caso del poder preventivo que supervive aun cuando el poderdante es incapaz, el control se dificulta, pues al notario no le consta si en el momento que el apoderado actúa, lo hace en cumplimiento o no de la cláusula que lo faculta para continuar ostentando la representación a pesar de la incapacidad del poderdante. Aunque en la práctica notarial cubana al

³⁵ Art. 587 la Ley 7/77 de 19 de agosto modificada mediante el Decreto Ley 241/2006 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

notario sólo le consta la subsistencia o no del poder notarial por la declaración que ante él realiza el apoderado, en el poder preventivo que sobrevive sigue el notario dependiendo de la declaración del apoderado sobre la incapacidad o no del poderdante. Particular que si bien no provoca daño ni perjuicio para el incapaz, siempre y cuando se realice dentro de los límites establecidos en el poder, lo cierto es que puede contribuir a la ausencia de un mecanismo efectivo de control de la actividad del apoderado, —más allá del que realiza el notario como fedatario público— dado que el representante se erige como único protector de los intereses del incapaz, riesgo que se sustenta, en la confianza que tuvo en su momento el poderdante para con el apoderado, y que le correspondía al notario, en su función asesora, haber advertido al mismo.

Tanto para este tipo de poder preventivo que subsiste como para el *ad cautelam*, el mecanismo ideal sería la creación de un mecanismo de publicidad que permita tener la certeza de la modificación de la capacidad de obrar de las personas, es decir de un Registro que permita saber tanto si esa persona ha realizado alguna disposición de ésta índole, como si la ha revocado, lo que deberá de ser tenido en cuenta tanto por el tribunal que declare la incapacidad como por el notario que autoriza un negocio representativo de ésta índole³⁶.

³⁶ En España la Ley 1/2009 de 25 de marzo que modifica diversas disposiciones de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad establece el **Libro de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de**

En el caso del poder que comienza a surtir sus efectos a partir de la acreditación de la falta de capacidad del poderdante, una vez verificado este requisito se deben de determinar dos supuestos para la implementación de los mecanismos de control: en el supuesto en que dicha falta de capacidad no se ha determinado en proceso de incapacitación y en el caso de que si se realizó el mismo.

Cuando el proceso de incapacitación no ha tenido lugar, con la simple acreditación de la incapacidad del poderdante, dicho poder comenzaría a tener sus efectos previstos, queda sólo en manos de los legitimados para instar la incapacidad y la tutela, poner en conocimiento del juez dicho poder; para que el mismo realice el necesario control. El juez entonces deberá determinar si el actuar del apoderado ha ido o no en detrimento de la voluntad del poderdante y específicamente de sus intereses, aunque también cabe la posibilidad, de que estas mismas personas promuevan la incapacidad y posteriormente la tutela, para la determinación de la vigencia o no del poder a partir de la decisión del juez. Siendo esta la posibilidad menos factible a partir de lo que implica la realización de un proceso de incapacitación.

Patrimonios Protegidos" en el Registro Central inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de cargos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos, y constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales específicamente en su quinto artículo añade a la citada Ley el artículo 46 *ter en el que se establece que: "En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante".*

Por lo general, en Cuba, sólo se llevan a cabo procesos de incapacitación cuando se necesita tomar alguna decisión sobre los bienes de la persona incapaz de hecho, siendo en la mayoría de los casos, actos de disposición sobre la vivienda. Existen personas incapaces que no han sido declaradas por el tribunal competente y son cuidadas y atendidas por los denominados guardadores de hecho, quienes pudieran ostentar la condición de guardador de hecho y apoderado, sin que ello implique, un perjuicio para los intereses del incapaz; todo lo contrario, siempre que no se demuestre dicho perjuicio, el apoderado podrá seguir realizando su gestión y no ser reconocido como representante legal del incapaz, aunque de hecho sea quien se preocupe por gestionar sus intereses, de su guarda y cuidado.

En el supuesto de que exista un proceso de incapacitación, que conllevaría a la declaración de la tutela, BERROCAL recomienda que el juez determine la necesidad de que el poder preventivo subsista o no. Ello no significa que los poderes preventivos tengan el carácter provisional hasta que se determine la incapacidad de la persona y el correspondiente nombramiento de un tutor, todo lo contrario, es factible la coexistencia de ambas instituciones siempre y cuando no exista contradicción de intereses. De hecho si el poderdante previó un acto, que es el interesado por el representante legal, en respeto al principio de autonomía de la voluntad el juez nunca deberá revocar dicho poder, siempre y cuando el apoderado no se haya apartado de la

voluntad del poderdante. De ahí la importancia de la interpretación de la voluntad del poderdante incapaz.

La creación de la tutela originará necesariamente la entrada en la relación jurídica subyacente, dígase mandato, del representante legal del mandatario. En este caso a criterio de autores como BERROCAL el apoderado deberá de rendir cuentas de su gestión al tutor, y es que, en pos de evitar todo tipo de confusión e inseguridad jurídica debe de existir una estrecha relación entre ambas figuras, cuyos actos deben de estar dirigidos a lograr la mayor protección del interés de tutelado/poderdante incapaz. Dicha protección sólo podrá ser posible cuando el Juez previamente haya ratificado el poder preventivo y deslindado las funciones de ambas figuras, pues aunque éstas recaigan sobre la misma persona, no tienen razón de ser si su objeto es el mismo. Particular que tiene su incidencia específicamente cuando se tratan de poderes preventivos generales.

V. POSIBILIDAD DE REVOCACIÓN, RATIFICACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LOS PODERES PREVENTIVOS

Más delicado en su tratamiento lo constituye el hecho de la revocación, ratificación y sustitución de los poderes preventivos.

La pérdida de la capacidad del poderdante hace imposible que el mismo pueda emitir la declaración de voluntad unilateral y recepticia en

que consiste la revocación, tanto del apoderamiento como de la relación que subyace en el mismo, de ahí que en este caso nos encontramos ante la irrevocabilidad del poder de la forma tradicionalmente aceptada por la doctrina, siempre y cuando el poderdante no previó quien tendría facultades para ello. En el supuesto de que el poderdante no se haya pronunciado al respecto, no compartimos la idea del profesor HUPKA de que cuando el poderdante haya perdido su capacidad *“los casos en que la situación hace necesaria o deseable la recogida de los poderes otorgados, estará presto seguramente el representante legal, pues para ello tiene facultades, a revocar el poder si éste fuera revocable”*³⁷.

Reconocer al tutor la facultad de revocar el poder crearía el riesgo de que ante cualquier desavenencia de este con el poderdante séale tutor quien determine la extinción o no de la relación jurídica del apoderamiento y por ende del mandato como relación subyacente, sin tener siempre presente el interés y la voluntad del poderdante incapaz. Tanto en el caso en que se haya decretado la tutela del incapaz como cuando no se haya realizado la misma, la revocación del poder preventivo deberá de ostentarla siempre el juez, aunque se le reconozca el derecho al tutor como a los legitimados para solicitar la incapacidad — en el caso de que no se haya determinado—, de instar al tribunal para que se pronuncie en relación a la revocación del mismo, siempre que se demuestre la existencia de una causa que contravenga el interés del poderdante.

³⁷ HUPKA Josef, Op. Cit, p. 364

A semejanza de la revocación, la ratificación, como declaración unilateral de voluntad recepticia del representado, de querer para sí el negocio que se celebró en su nombre (negocio representativo) sin poder³⁸, tampoco se podrá emitir de la forma tradicional en que está concebida por la teoría del apoderamiento, dado que al ser incapaz el poderdante este no puede emitir dicha declaración. En este caso, dicha declaración sí podrá ser emitida por el representante legal del poderdante incapacitado, a tenor de su función de garantizar la protección de la persona y los bienes del incapaz, y la posibilidad que existe por medio de la rendición de cuentas a que se somete, de explicar su decisión.

El criterio anteriormente expuesto nos hace concluir que sólo es factible la ratificación del apoderamiento, cuando se ha determinado por el tribunal competente un tutor. De no existir éste como cuando el tutor manifiesta contradicción con el negocio celebrado, el representante que ha celebrado un negocio sin poder tendrá que responder ante terceros, aplicándosele las reglas de la gestión sin mandato.

Sobre la posibilidad de que se pueda materializar la sustitución o no del poder preventivo debemos de deslindar el subapoderamiento de la sustitución propiamente dicha. Mientras que en el primer caso a partir de las facultades concedidas en el poder, el representante nombrado, mediante un negocio representativo, un segundo representante, que de

³⁸ Albaladejo Manuel, *Op. Cit.*, p. 829

ipso facto se convierte también en representante del poderdante, tanto de una como de varias facultades; en el caso de la sustitución no estamos hablando de la existencia de un negocio representativo, sino del hecho de que el representante nombra a su vez un representante que realice la gestión a la que estaba obligado con el representado original, no siendo en este caso el sustituto un representante del representado primero sino del representante de este último. En ambos casos es necesario, a partir de la necesidad que existe de proteger la voluntad y el interés del poderdante incapaz que ambas figuras se materialicen si así lo ha permitido éste último a partir de su capacidad previsor.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Sin bien pudiéramos afirmar, a partir de lo valorado anteriormente, que los poderes preventivos constituyen una necesidad de nuestra sociedad, lo cierto es que, sería iluso pensar que en el ordenamiento jurídico cubano están todas las condiciones dadas para su aplicación. Cambios legislativos, específicamente en la norma sustantiva, serán necesarios para su implementación, sin embargo, dicha modificación legislativa no debe verse como una quimera, sino como un reto para los teóricos y operadores del Derecho de nuestro país, y especialmente para los notarios, quienes como profesionales competentes serán los encargados, una vez llevado a cabo dichas transformaciones, de la aplicación del mismo. Los notarios como

artífices del instrumento público deberán de velar tanto por la legalidad de nuestro ordenamiento jurídico como por el respeto a la voluntad anticipada del poderdante, en una sociedad que está llamada no sólo a la actualización de su modelo económico, sino necesariamente de su ordenamiento jurídico, que cómo ente viviente deberá saber responder a las transformaciones que nuestra sociedad necesita.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil, Introducción y parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 2002; **MUÑOZ, Alberto**, *Cambios en nuestra legislación sobre protección de incapaces* en www.lwgaltoday.com/practica-juridica/civil/ consultado el 19 de enero de 2011; **ARNAU MOYA, Federico**, *Derecho Civil I*, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2003; **BARRIOS FLORES, Luis Fernando**, *El proyecto de ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Especial referencia a la “autotutela*; **BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel**, “El «apoderamiento o mandato preventivo» como medida de protección de las personas mayores”. Madrid, Portal Mayores, *Informes PortalMayores*, nº 78, en <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/> consultado el 19 de enero de 2011; **CEDREÑE OÑA, Ángel Humberto**, *La independencia negocial del apoderamiento. Acercamiento desde el*

ordenamiento jurídico cubano, en Revista de ONBC, No. 33, enero -marzo, 2009; **CHIKOC BARREDA Naiví**, *La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria)* en **PÉREZ GALLARDO, Leonardo** y **LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ Isidoro**, *Derecho Notarial*, tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana 2007; **COLECTIVO DE AUTORES**; *Temas de Medicina Legal para estudiante de Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004; **ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada**, *Apoderamiento preventivo y autodelación de la tutela* en www.notariosyregistradores.com consultado el 19 de enero de 2011; **DIEZ PICAZO**, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I; **DIEZ PICAZO** y **GULLON, Antonio**, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1992; **FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta**, “*La representación*” en **VALDÉZ DIAZ, Caridad del Carmen (coord.)**, *Derecho civil, Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana 2002; **GARCÍA Tomás**, *Autotutela y poderes preventivos*, en Ponencias del XV Encuentros del foro de Derecho aragonés en www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002866_Indice.pdf, consultado el 12 de diciembre de 2010 ; **GARRIDO DE PALMA, Víctor**, *La protección de los discapaces: La Autotutela y el Poder Preventivo de protección* en <http://ulpilex.es/> consultado el 12 de diciembre de 2010; **HERNÁNDEZ BEZANILLA, Emma**, *Reflexión sobre poderes preventivos o mandatos de protección* consultado en www.articulo12.org.ar, el 12 de diciembre de 2010; **HUPKA Josef**, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930; **MARIN, Carlos**, *Notas sobre la ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la ley de 8 de junio de*

1957, sobre el registro civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del código civil, de la ley de enjuiciamiento civil de la normativa tributaria con esta finalidad; **PARRA, María Ángeles**, *Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)*, en Ponencias del XV Encuentros del foro de Derecho aragonés consultado en [www.eljusticiadearagon.com/.../_n002863 Voluntades%20anticipadas.pdf](http://www.eljusticiadearagon.com/.../_n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf) el 12 de diciembre de 2010; **REY María Laura**, *La conciencia jurídica del siglo XXI en materia de discapacidad, frente al ordenamiento jurídico argentino y sus normas*, ponencia presentada en el 1º Congreso Internacional sobre discapacidad y derechos humanos en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/.../1-rey.pdf - consultado el 19 de enero de 2011; **VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen**, *Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana* consultado en www.revistapersona.com.ar/Persona58/58Valdes.htm el 19 de enero de 2011.

FUENTES LEGALES

Anteproyecto de Código de Familia en Cuba, febrero de 2010; Ley 59/1987 de 16 de julio, *Código Civil de la República de Cuba*; *Código Civil Español*; *Código Civil Italiano*; Ley 7/77 de 19 de agosto modificada mediante el Decreto Ley 241/2006 *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*; La Ley 41/2002, del Reino de

España, *básica reguladora de la autonomía del paciente*; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, Ley 1/2009 de 25 de marzo del Reino de España que *modifica diversas disposiciones de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos*, Dictamen No. 418 de seis de septiembre del año dos mil dos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de la República de Cuba; Dictamen N° 3/2004 de 5 de octubre de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

**LA INCIDENCIA DE LA CONVENCIÓN DE
NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL
SISTEMA ESPAÑOL DE INCAPACITACIÓN
JUDICIAL**

Montserrat Pereña Vicente¹

SUMARIO

I.-Introducción. II.- El sistema vigente de protección del Código civil español. II.1.- La autotutela y los poderes preventivos regulados por la Ley de 18 de noviembre de 2003 a la luz de la Convención. A) La ausencia de temporalidad. B) La ruptura con el

¹ Profesora Titular de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos de España.

principio de proporcionalidad. C) Las influencias indebidas. D) El Control judicial. II.2.- La rigidez del modelo de protección. A) Hacia la flexibilidad de los cargos tutelares. B) La capacidad natural. III.- A qué obliga la Convención de Naciones Unidas. IV.- Propuestas para una reforma. A) La formación de los actores implicados. B) El apoyo a las familias de las personas con discapacidad. C) La utilización de una terminología adecuada

RESUMEN

En las últimas décadas, la consideración de las personas con discapacidad por el Derecho se ha transformado en muchos ordenamientos jurídicos, consecuencia, en muchos casos, de las evoluciones y cambios sociales que se han producido. Sin embargo, todavía queda mucho camino por recorrer para lograr el pleno respeto de su dignidad. Para lograrlo, la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 conmina a los Estados que la ratifiquen a impulsar cambios legislativos para alcanzar tal objetivo. Por ello, es importante determinar qué adaptaciones o reformas deben hacerse en nuestras legislaciones para que la dignidad de las personas con discapacidad sea una realidad universal.

ABSTRACT

Over the past decades, the consideration of handicapped people by the Law has changed in many legal codes, as a consequence in many cases of the developments and social changes that have occurred. However, there is still a long way to go to achieve the full respect of their dignity. In order to achieve that, in the United Nations Convention held on December 13th 2006, the States were ordered to ratify it to promote legal changes to reach this goal. For this reason, it is important to determine which adaptations or reforms must take place in our legislations so that the dignity of handicapped people becomes a universal reality.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad. Incapacitación. Tutela. Autotutela. Poderes preventivos. Autonomía. Asistencia.

KEY WORDS

Handicap. Incapacitation. Guardianship. Self-guardianship. Preventive powers. Autonomy. Assistance.

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que, a fecha

de hoy, más de cien países han ratificado; entre ellos, Argentina y España.

Esta Convención se inscribe de lleno en una nueva visión y consideración de las personas con discapacidad que, en las últimas décadas, ha provocado importantes modificaciones en algunas legislaciones nacionales. Es el caso, entre otras, de la Ley francesa de 5 de marzo de 2007 que sitúa a la persona con discapacidad en el centro del sistema, o de la Ley española de 18 de noviembre de 2003 que incorpora grandes dosis el principio de autonomía de la voluntad al sistema de protección de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, regulando figuras como la autotutela o los poderes preventivos.

La Convención va más allá y consagra el respeto de la dignidad de la persona con discapacidad como uno de sus principios esenciales, conminando a los Estados que la ratifiquen a promover los cambios legislativos que sean necesarios para que la dignidad y la autonomía de las personas con discapacidad sean pieza clave del sistema de protección.

Su aprobación supone un hito si bien el cambio de perspectiva es anterior al año 2006 ya que, como subrayan Agustina Palacios y Francisco Bariffi², es “el último paso que traduce un cambio de paradigma, que a nivel internacional venía viéndose desde la década de

² Palacios, A., y Bariffi, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, ediciones Cinca 2007.

los años 80 del siglo XX”. La evolución social comenzó mucho antes que la normativa y, como subrayan estos autores, propició la aprobación de la misma la adopción, en el año 1993, de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

En España, la Convención ha generado un intenso debate sobre cuáles son las modificaciones que deben producirse en nuestro ordenamiento jurídico para respetar totalmente sus planteamientos. En este debate, comienza a tomar fuerza una posición que entiende que debe sustituirse el sistema basado en incapacitación y tutela o curatela por otro llamado “sistema de apoyos”. El argumento fundamental se encuentra en el artículo 12 de la Convención que impone a los Estados parte la adopción de “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Estos postulados proclaman que el modelo de tutela y curatela es incompatible con las exigencias de la Convención por lo que, incluso, abogan por no aplicar el sistema vigente recordando que la Convención es Derecho interno lo que impide la aplicación del Código civil pues, entienden, vulnera el modelo de Naciones Unidas. Este fue el planteamiento del Ministerio Fiscal en el caso que desembocó en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 a la que posteriormente nos referiremos.

Para poder profundizar, vamos a ver en qué consiste el sistema del Código civil español y a qué obliga la Convención.

II. EL SISTEMA VIGENTE DE PROTECCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El vigente sistema de protección, basado en la incapacitación judicial con nombramiento de tutor o curador, procede de la reforma de 24 de octubre de 1983. En pocas ocasiones ha existido tanto consenso en la doctrina como el que existió para exigir la reforma del sistema de incapacitación y tutela consagrado en el Código civil con anterioridad a la Ley del año 1983. Ya en 1977, autores como Díez-Picazo, Bercovitz, Rogel, Cabanillas y Cafarena Laporta, entre otros, expusieron en un trabajo la necesidad de reformar la materia.

Y es que, como subrayaba Sancho Rebudilla³ refiriéndose a la legislación anterior a 1983, el sistema consagrado por el Código, “funciona mal o no funciona”. Por ello, la reforma de 1983 fue acogida con entusiasmo ya que suponía un cambio profundo del modelo. El cambio legislativo hizo suya la interpretación correctora que el Tribunal Supremo había realizado del régimen de incapacitación consagrado por

³ Sancho Rebudilla, F., *La tutela*, en la obra “Protección jurídica de la familia”, Madrid 1982, pág. 182: “Desde su promulgación y primeras aplicaciones, -¡e inaplicaciones!-, el Código ha sido objeto de muchas críticas; y hoy los autores que se ocupan con especial atención de esta materia, advierten la necesidad y urgencia de su reforma. De hecho el sistema funciona mal, cuando funciona, porque su complejidad y elevado coste, la insuficiente protección de los intereses del pupilo, etc., hacen que sean pocas las tutelas regularmente constituidas y organizadas”.

el Código civil, convirtiendo la graduación de la sentencia en pieza clave del nuevo modelo. Es decir, incorporando el principio de proporcionalidad.

Proporcionalidad que se plasma en la idea de hacer un traje a medida de las necesidades de cada persona a la que no se impone un régimen de representación si tiene capacidad suficiente para ser solamente asistido. Por ello, la Ley de 1983 recupera la figura del curador, que es la que permite un acompañamiento o asistencia y no una sustitución.

El problema es que para que este régimen pueda ser aplicado, se hace necesario, imprescindible, dotar a los encargados de su aplicación de los medios y la preparación necesaria. Esto pasa por la especialización de los tribunales y la formación de los actores implicados: jueces, fiscales, abogados, psiquiatras, asistentes sociales y cargos tutelares. Hoy día, ni siquiera están implantados los juzgados especializados en todo el territorio nacional. Este factor, unido a la sobrecarga de trabajo existente en los juzgados ha ido configurando un sistema en el que la regla general suele ser la incapacitación total con nombramiento de tutor y, a menudo, se denuncia que las sentencias son idénticas en casi todos los casos y en los diferentes juzgados. Es decir, la implantación del modelo ha fracasado en la práctica y algunos de los principales objetivos de la reforma del 83 son, en realidad, papel mojado. No existe en muchos casos, ni proporcionalidad, ni graduación de la sentencia, ni análisis caso por caso.

Pero, además de estos problemas que la práctica ha acentuado, el sistema consagrado por la reforma de 1983, desde un punto de vista teórico, adolecía de dos importantes defectos o limitaciones: dejaba al margen la voluntad del interesado en su propia protección y consagraba un sistema rígido respecto al tutor y al curador. Veamos con más detalle.

II. 1. La autotutela y los poderes preventivos regulados por la Ley de 18 de noviembre de 2003 a la luz de la Convención

La Ley de 24 de octubre de 1983 consagró un sistema de autoridad huyendo de los abusos del pasado, lo que implicaba excluir de la materia el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, excluir totalmente la voluntad en el diseño del sistema de protección que debe ponerse en marcha si pierde la capacidad, pronto se revela como contrario al respeto de su dignidad y, ya en los años 90, se abre paso la idea de que hay que tener en cuenta la voluntad del interesado. Reflejo de esta idea, la Recomendación del Consejo de Europa de 23 de febrero de 1999, consagró como el noveno de sus principios el respeto de la voluntad pasada y presente y de los sentimientos del interesado, especialmente en lo que se refiere a la elección de la persona que le debe representar o asistir.

La incorporación al ordenamiento jurídico español del principio de autonomía de la voluntad en esta materia se ha llevado a cabo

mediante la ya muy estudiada y comentada Ley de 18 de noviembre de 2003 que ha regulado la autotutela y los poderes preventivos⁴.

Tener en cuenta la voluntad de la persona es uno de los principios y de las exigencias de la Convención de Naciones Unidas y, podemos decir, el legislador español fue pionero y mostró una especial sensibilidad al incluir estos instrumentos canalizadores de la voluntad años antes de su aprobación.

El problema deriva de la deficiente técnica legislativa empleada en su incorporación. No es ahora el momento oportuno para llevar a cabo el análisis del negocio jurídico de autotutela y de los poderes preventivos; solamente queremos poner de manifiesto cómo estos instrumentos, especialmente los poderes preventivos, no son compatibles tal y como están regulados en la actualidad, con la propia Convención de Naciones Unidas.

La ausencia de control judicial del comienzo de su eficacia y de la actuación del mandatario constituye, quizás, la vulneración más importante. Pero no es el único aspecto de su regulación que es claramente contrario a los postulados y principios de la Convención. Cuatro son las exigencias de la misma que quedan claramente

⁴ También en el ámbito de diferentes Derechos forales se regulan estos instrumentos. En Aragón, la Ley de 27 de diciembre de 2006 de Derecho de la persona regula conjuntamente la autotutela y los poderes preventivos. En Galicia, la Ley de 14 de junio de 2006 regula la autotutela con la facultad de delegación como especialidad y, en Cataluña, es la Ley de 29 de julio de 2010 que contiene el libro segundo del Código civil de Cataluña, la que regula ambas instituciones, si bien la autotutela ya había sido incorporada en el Código de Familia del año 1998.

comprometidas con la regulación actual de los poderes preventivos: temporalidad, proporcionalidad, evitar las injerencias indebidas y la exigencia de que exista un control judicial. Veamos.

A) La ausencia de temporalidad

Del artículo 12 de la Convención se ha rescatado solamente la parte que interesa para atacar el sistema de incapacitación más tutela. Sin embargo, una lectura completa⁵ del mismo pone de manifiesto que las exigencias de la Convención respecto a las medidas de salvaguardia que impone es más complejo. Así, exige que las medidas estén sujetas a “a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial”.

⁵ Artículo 12 de la Convención: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

Esta exigencia de temporalidad se rompe totalmente con los poderes preventivos que no están sujetos a revisión periódica de ningún tipo y cuya revocación por el poderdante deviene imposible una vez que ha comenzado su vigencia, ya que éste ha perdido la capacidad.

B) La ruptura con el principio de proporcionalidad

La Convención exige, también en el artículo 12, que las medidas de salvaguardia “sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”. Tanta importancia concede la Convención a la exigencia de proporcionalidad que insiste en la misma en el último inciso del número 4 del artículo 12 cuando dispone que “las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”. Es decir, que la Convención exige la graduación de las medidas, en línea con lo que se establece en el sistema consagrado por el Código civil, en el que, como acabamos de ver, la reforma del 83 sí impuso la obligación de que las medidas sean adaptadas a cada caso concreto, es decir, proporcionales, pero es la práctica la que ha relegado este principio a un segundo plano.

Sin embargo, ¿qué graduación existe en los poderes preventivos? Ninguna. No puede hablarse de proporcionalidad en un sistema que prevé, en todo caso, la representación del mandante y en el que, por la propia esencia de la institución, no es posible el complemento de capacidad, asistencia o apoyo, sino exclusivamente la sustitución, sea cual fuere el estado de salud del mandante. Pero además, y lo que es más importante, el mandato se suele referir a

cuestiones patrimoniales y el mandatario no tiene las obligaciones que con relación a la persona protegida tiene el tutor así es que deja de lado todo el aspecto personal y humano que conlleva el cargo de tutor para centrar la pretendida protección exclusivamente en el ámbito patrimonial.

C) Las influencias indebidas

El artículo 12 de la Convención exige también que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida en las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica. ¿Cómo se verifica que no hay influencia indebida si no existe control de ningún tipo en el comienzo de la eficacia ni en la ejecución del poder?

El legislador español no ha puesto en marcha ningún mecanismo o instrumento que permita evitar esa influencia indebida. Este problema presenta dos aspectos de trascendencia para la salvaguardia de los intereses del poderdante.

Por una parte, al no exigir el legislador ningún requisito de forma, la influencia puede estar en el propio otorgamiento del poder. A nadie se le escapa la situación de especial fragilidad en la que uno de estos poderes puede ser otorgado, incluso cuando se recurre a la forma notarial. Si los poderes generales han sido denominados “poderes de ruina” para describir gráficamente los peligros a los que se expone el poderdante, no es difícil imaginar que ese peligro aumenta si, vigente el poder, el poderdante pierde la capacidad, por lo que controlar que la

gestión del apoderado se ajuste a su voluntad e intereses deviene imposible.

D) El control judicial

Los problemas endémicos del sistema judicial español se acentúan en el caso de los procesos de incapacitación. Para solucionarlos hace falta, además de voluntad política, la asignación de más medios materiales y humanos, la creación de juzgados especializados, la formación de personal de justicia... Demasiado esfuerzo para los poderes públicos que nunca hacen de esta cuestión una prioridad, como se ha puesto de manifiesto en el Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2011 en el que el Ministerio de Justicia sólo insiste en la cuestión de la formación. Por ello es más fácil crear un sistema paralelo, fuera de ámbito judicial en el que todo se ventile “entre particulares” descargando a la justicia. Sin embargo, el propio artículo 12 de la Convención exige ese control judicial por lo que la actual regulación de los poderes preventivos en nuestro ordenamiento jurídico vulnera frontalmente la Convención. Con la generalización de estos poderes se está contractualizando la protección de las personas con discapacidad. No se trata ya de tomar en cuenta la voluntad de la persona protegida sino que se crea un nuevo modelo, paralelo al de incapacitación más tutela. No es posible convertir una institución cuya finalidad es agilizar el tráfico jurídico y económico, en el instrumento central de la protección de las personas con discapacidad porque implica un reduccionismo fatal que deja al margen todo el aspecto personal de la protección, somete a la persona a un elevado

riesgo de desprotección y, además, no fomenta, ni busca ni garantiza su autonomía. Si la existencia de poderes preventivos puede ser un instrumento útil para resolver cuestiones puntuales y agilizar la gestión patrimonial, en ningún caso puede convertirse en una opción de protección generalizada.

II. 2. La rigidez del modelo de protección

Desde la reforma del año 83 se ha asumido un modelo en el que existen dos alternativas en el momento de incapacitar: la incapacitación total en la que se nombra un tutor que representa y otra parcial en la que se nombra un curador que complementa la capacidad sin representar. Sin embargo, la complejidad y variedad de las patologías que dan lugar a una incapacitación, unido a la diversidad de circunstancias sociales, familiares y económicas que rodean a la persona con discapacidad, hacen que un esquema tan rígido no sea el más adecuado. En algunos casos, porque resulte insuficiente para la adecuada protección de la persona el nombramiento de un curador y, en otros, justo por lo contrario, es decir, porque el nombramiento de un tutor prive a la persona protegida de un margen de actuación que puede tener en ciertos ámbitos en los que sería suficiente con la asistencia y el complemento de su capacidad. La Ley exige que la sentencia se elabore para cada caso concreto, lo que se ha venido denominando el traje a la medida, pero ignora por completo la noción de capacidad natural que es la que permite reconocer parcelas o ámbitos en los que la persona,

incluso sometida a tutela puede mantener una cierta capacidad de decisión. Especialmente importante es la cuestión en los llamados actos personales.

Y es que el legislador de 2003, cuando ha incorporado el principio de autonomía a este ámbito, se ha centrado exclusivamente en el aspecto de la autonomía preventiva creando instrumentos que permiten, cuando se tiene plena capacidad, organizar el propio modelo de protección. Sin embargo, esta Ley ignoró por completo otro aspecto de este principio que es uno de los que pretende potenciar la Convención: la autonomía consustancial a la persona, incluso cuando ya está sometida a un régimen de protección. Este es el gran desafío ya que, como pone de manifiesto Bernheim-Desvaux, conciliar autonomía y protección es muy difícil⁶.

Dos son, por tanto, los aspectos que se entrelazan. Por una parte, la rigidez del papel atribuido al tutor y al curador y, por otra, la falta de reconocimiento de una capacidad natural a la persona protegida, es decir, de un ámbito de actuación que debe quedar preservado a pesar de la puesta en marcha de una medida de protección.

A) Hacia la flexibilidad de los cargos tutelares

⁶ BERNHEIM-DESVAUX, S., « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable » *Revue Juridique Personnes & Famille*, 2010, n° 4: « Concilier autonomie et protection est dès lors difficile, voir impossible ».

Ya hemos visto como en la mayor parte de los casos en que existe sentencia de incapacitación se opta por la incapacitación total⁷ con nombramiento de tutor, lo que de hecho da lugar a la exclusión total del incapacitado en la toma de decisiones ya que el tutor va a sustituirle. En la regulación de la tutela no se prevé que el tutor pueda acompañar, apoyar en la toma de decisiones, es decir, complementar la capacidad del tutelado ya que la rigidez con que se perfilan sus funciones en el Código hace que sea un representante, y como tal, sustituya al representado.

Lo mismo sucede pero en otro sentido con el curador, al que el Código atribuye el papel de complementar la capacidad pero no le permite, en actos concretos, representar al incapaz. Esto genera como efecto que, en aquellos casos en los que existe una necesidad de representación para cuestiones concretas, se pase del sistema de curatela al de tutela y, por tanto, se produce en la práctica un abuso del sistema

⁷ Esta deriva de la práctica la pone de manifiesto Pérez de Ontiveros Baquero en *La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español*, en el Cuaderno de Trabajo nº 7 “Capacidad jurídica y discapacidad”, Futex 2009, p. 41: “En primer lugar, la necesidad de adaptación de las medidas adoptadas a la situación específica de la persona. En este punto, es cierto que el Derecho español prevé, como vimos, que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y los límites de dicha resolución judicial. Ello exige un cierto rigor a la hora de concretar el contenido de la misma puesto que no siempre las sentencias de incapacitación gozan de la precisión que merece su trascendencia y, aunque es cierto que en la actualidad cada vez podemos observar una mayor preocupación a la hora de especificar el alcance de la limitación a la capacidad de obrar, aun pueden encontrarse sentencias que se limitan a realizar declaraciones de contenido general, debiendo suplirse estas omisiones con referencia a normas generales”.

de tutela. A pesar de que en el momento de su aprobación la doctrina⁸ elogió su flexibilidad, se trata de un sistema muy rígido.

El Código no prevé un sistema de curatela reforzada como el que existe en el Derecho francés que sí ha sido incorporado, aunque de modo muy limitado, por la Ley de 29 de julio de 2010 al artículo 223-6 del libro segundo del Código civil de Cataluña⁹. Por ello, además de las derivas a que la práctica ha conducido, el sistema adolecía de una rigidez intrínseca por lo que, autores como Lacruz¹⁰, reclamaron, ya desde su aprobación, una mayor flexibilidad.

B) La capacidad natural

Con independencia de cual sea la medida de protección más adecuada, cuestión a la que nos referiremos a continuación, uno de los problemas que presenta la legislación actualmente vigente en materia de incapacitación, reside en que no incorpora instrumentos que potencien y favorezcan la autonomía de la persona cuando exista el régimen de

⁸ Gordillo Cañas, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos 1986, p. 47: “El criterio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 Const.) informa así plenamente el régimen de la capacidad de obrar, y hasta tal punto ha querido ser fiel el legislador a este criterio que no se ha limitado a suprimir toda causa no natural de incapacitación, sino que ha dado a ésta un contenido tan adaptable y flexible cuanto sea necesario para hacer posible su ajuste al grado de incapacidad singular y concreta de cada enfermo”.

⁹ Artículo 223-6: “La sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma”.

¹⁰ Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil I*, vol. 2, Bosch 1990, p. 128: “Cabe pensar, en el terreno de posibles reformas legislativas, en formas de protección aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio quién y cómo decide el tratamiento médico del enfermo es más importante para él que la gestión prudente de sus bienes y a ayudarle a tomar y realizar decisiones adecuadas más que a privarle de ámbitos de capacidad”.

protección. No le reserva un ámbito de decisión incluso en los casos en que existe representación.

La Ley francesa de 5 de marzo de 2007 ha preservado un ámbito de decisión personal, determinando ciertos actos en los que, a pesar de que exista un tutor, no cabe representación sino que será la persona protegida la que tendrá que realizarlo si tiene capacidad para ello. De este modo, si tiene suficiente capacidad el acto será realizado por él y, si no la tiene, el acto no será realizado. Entre estos actos se enumeran, con carácter no exhaustivo, el reconocimiento de un hijo, los actos de la patria potestad relativos a los propios hijos o el consentimiento para la adopción de un hijo o para su propia adopción.

Esta Ley pretende situar a la persona protegida (en la terminología francesa) en el centro del sistema, como protagonista y actor de su propia vida, en el centro de decisión de las cuestiones más íntimas y personales, es decir, reserva un ámbito irrenunciable en el que despliega toda su fuerza el principio de autonomía.

Sin embargo, el elogio que merece esta reforma legislativa no puede esconder ciertas dificultades, algunas graves, de su puesta en marcha. La primera, la complejidad existente para determinar qué se entiende por capacidad suficiente, quién la valora y en qué momento. La segunda, de difícil solución, determinar si debe prevalecer en todo caso la autonomía aunque el acto realizado por la persona sea clara y objetivamente contrario a sus intereses. Se ha planteado el caso,

analizado por la doctrina¹¹, de una adopción del hijo, mayor de edad, autista de la pareja que no se pudo realizar por la imposibilidad de aquel de prestar su consentimiento, no pudiendo ser representado al tratarse de un acto personal. Como subraya el profesor Hauser¹², este es el meollo de la cuestión: el respeto de la capacidad natural de la persona a veces va en contra de su propio interés. Quizás, como afirma García Pons¹³, la Convención de Naciones Unidas supone un cambio de paradigma que implica que la protección pasa a un segundo plano, dejando su plaza al principio de autonomía que prevalece. Lo que debemos plantearnos, en realidad, es si queremos este cambio de modelo, es decir, si la autonomía es un principio sagrado que ni siquiera

¹¹ Murat, P., *L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption*, Droit de la Famille, n° 12, dec. 2008, p. 4 : « En fin de compte, dans tout cela, on a complètement perdu de vue que l'adoption est aussi une institution de protection : c'est le but essentiel dans l'adoption d'un mineur ; c'est un but parmi d'autres dans l'adoption d'un majeur qui peut certes prendre des visages différents, mais ce peut être tout de même le but d'une adoption simple. Les nombreux détournements de l'adoption simple nous l'ont sans doute trop fait oublier... Créer des catégories de personnes totalement interdites d'adoption revient à se priver d'un instrument utile de protection, à rebours du but recherché par la loi... »

¹² Hauser, J., *Protéger et respecter la persona*, en “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”, dir. José Pérez de Vargas Muñoz, p. 148: “La consecuencia es precisa, ya que dichos actos solo serán posibles si la persona dispone de un momento de lucidez. Este intento ha suscitado apreciaciones diversas por parte de la doctrina y, antes siquiera de ser publicada la ley, algunos usaron un caso (delicado y emblemático) para demostrar que el respeto de la persona protegida podía llevar a sacrificar su propio interés personal, en especial el patrimonial. El caso era el de un hijo mayor autista que la pareja del progenitor quería adoptar para que éste fuera su heredero. Dicha adopción implicaba el consentimiento de la persona adoptada, consentimiento imposible de obtener. La Corte de Casación estimó que no se podía hacer nada ya que no se le podía dar capacidad parcial al hijo para este acto. Estamos aquí ante el meollo de la cuestión, ¿el respeto de la persona y de su capacidad natural no va en contra, a veces, de sus propios intereses?”

¹³ García Pons, A., *Las personas...* op. cit., p. 49: “El principio de protección pasa a segundo plano en tema de capacidad de obrar, o al menos se contempla desde otra perspectiva, y entra en juego en primer término el principio de autonomía de la persona, así como el pleno desarrollo de su dignidad, personalidad y libertad. El principio de protección será, pues, supletorio del de autonomía de la persona con discapacidad y entrará en acción cuando la “autoprotección” por medio de la autonomía individual no pueda conseguirse”.

debe retroceder ante el interés de la persona. Dicho de otro modo, el interés de la persona es, precisamente, lo que él decida en ejercicio de su autonomía incluso a riesgo de perjudicarse: es el derecho a equivocarse.

III. A QUÉ OBLIGA LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS

La situación en que nos encontramos es, por tanto, la de un sistema que fue creado con unos objetivos claros que no se han cumplido. Una práctica que ha desvirtuado el espíritu y la letra de una Ley, la de 1983, que se quedó corta en cuestiones como incorporación de la voluntad del interesado en el diseño de su propio sistema de protección o la flexibilidad de los cargos tutelares.

En este contexto, el artículo 4 de la Convención de Naciones Unidas obliga a los Estados parte a “adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos” en la Convención. En la cuestión de la capacidad jurídica, el artículo 12 va a obligar a realizar algunos cambios. En esto existe un cierto acuerdo. Acuerdo que se rompe al tratar de definir en qué debe consistir la reforma.

Las posturas oscilan desde entender que se deben hacer reformas puntuales que incidan en la flexibilización introduciendo figuras complementarias a las existentes, a la de aquellos que entienden que la reforma pasa por la desaparición del sistema actual afirmando,

incluso, la imposibilidad de aplicar el sistema del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil hoy día. Rams Albesa¹⁴ propone una revisión a fondo de la legislación vigente y Pérez Ontiveros¹⁵, en el Cuaderno de Trabajo nº 7 sobre Capacidad jurídica y discapacidad realizado por Futuex para el CERMI, reclama una mayor flexibilidad, la regulación de figuras complementarias a la tutela y la curatela y modificaciones puntuales del procedimiento de incapacitación.

Recordando su aplicación directa al ser Derecho interno, el fiscal del Tribunal Supremo¹⁶, en el procedimiento que desembocó en la sentencia de 29 de abril de 2009, defendió que “la Convención propugna la sustitución del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” por el nuevo modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones” llegando a afirmar que “la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz”. Sin embargo, la sentencia, de la que fue ponente Roca Trías, concluye que la vigencia de la Convención en nuestro Derecho no impide aplicar el procedimiento de incapacitación ya que éste no es una medida discriminatoria o que vulnere las normas de Naciones Unidas.

El CERMI¹⁷, que tanto ha hecho en España por los derechos de las personas con discapacidad y, sobre todo, por lograr la visibilidad de las mismas y la sensibilización de la sociedad, está realizando estudios

¹⁴ Rams Albesa, J., *Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 723, 2011, págs. 211 a 296, p. 281.

¹⁵ Cuaderno de Trabajo nº 7... op. cit. p. 45.

¹⁶ Sentencia nº 282/2009, de 29 de abril de 2009, (La Ley 49525/2009), págs. 9 y 10.

¹⁷ Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

de gran calado sobre el impacto de la Convención en la legislación no sólo española sino también de los países de nuestro entorno. Fruto de estos estudios, ha realizado varias propuestas de cambios legislativos ante los Ministerios de Justicia y Sanidad, necesarios para ajustar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención. Una de ellas se refiere al modelo de incapacitación.

La propuesta parte de la sustitución del actual proceso de incapacitación judicial por otro denominado “procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones”. Se concibe como un procedimiento judicial inspirado por el principio de intervención mínima en el que prevalece el criterio “pro capacidad plena”. El procedimiento se sustanciaría como jurisdicción voluntaria o contenciosa, según los casos, y en el mismo se prevé la intervención de un equipo multidisciplinar de asistencia al juez. Concluirá mediante una Resolución sobre el Repertorio Individual de Apoyos, en el que se nombrará un gestor de apoyos.

El gestor de apoyos es la persona responsable “de acompañar y asistir activamente a la persona apoyada para que pueda adoptar, con la máxima autonomía, sus propias decisiones”.

Cabe destacar que el informe insiste en dos características, tanto del procedimiento como de los apoyos: la flexibilidad y la proporcionalidad, aunque no utiliza esta expresión, pero se refiere a que la Ley configura “moduladamente un elenco de apoyos diferenciados,

de menor intensidad a mayor¹⁸, en función del grado de acompañamiento y asistencia que precise la persona”.

La posición del CERMI se ha reforzado desde la publicación del informe a que nos referimos, y en una nota de prensa publicada en febrero de 2011, exige la derogación del sistema de incapacitación judicial.

Frente a esta postura, encontramos la defendida por FUTUPEMA¹⁹ en su informe²⁰ de julio de 2010 que entiende que la Convención “no se opone al sistema de tutela español dado que éste era esencialmente respetuoso con las personas con discapacidad”. A pesar de esta consideración, entiende que “la declaración de incapacitación debe ser excepcional y restringirse a aquellas áreas donde la persona necesite los apoyos que la tutela le proporcione, siendo conscientes de que existen casos muy graves en los que es imprescindible ejercer un apoyo total o representación a la persona con discapacidad”.

La Fundación Aequitas, que trabaja muy activamente para lograr que los derechos de las personas con discapacidad sean una realidad, ha adoptado en este tema una posición cercana al la del

¹⁸ A modo de ejemplo se propone una graduación en cuatro niveles: mínimo, medio, reforzado y máximo.

¹⁹ Fundaciones Tutelares de Personas con Enfermedad Mental Asociadas.

²⁰ Informe sobre la adecuación del actual sistema de protección español (incapacidad y tutela) a la Convención de Nueva York.

CERMI, entendiendo que el sistema de incapacitación más tutela es incompatible con la Convención²¹.

Se nos presenta la Convención como el hito que va a situar a la persona con discapacidad en el ámbito de los derechos humanos, que va a aportar el respeto de su dignidad. Pero se nos olvida que en nuestro ordenamiento jurídico, al menos desde un punto de vista de Derecho positivo, esto no es una novedad porque el artículo 49 de la Constitución ya reconoce a las personas con discapacidad la titularidad y el disfrute, en igualdad con el resto de los ciudadanos, de los derechos reconocidos en el Título Primero, entre los que se consagra, como primero, la dignidad de la persona (art. 10).

Es decir, que desde un punto de vista de Derecho positivo, nuestro ordenamiento ya sitúa a la persona con discapacidad en el ámbito de los derechos fundamentales, de los derechos humanos.

¿Significa esto que nuestro sistema es perfecto y que no hay que modificarlo? En absoluto. Ya hemos adelantado que son muchos los problemas que la práctica ha puesto de manifiesto o ha generado y, quizás, la Convención suponga el impulso definitivo para afrontar la

²¹ Así lo pone de manifiesto en las conclusiones de las jornadas que celebra sobre la materia. Como ejemplo, las conclusiones de las jornadas celebradas en Jaén los días 12 y 13 de noviembre de 2010 establecen: “Resulta imposible conciliar en algunos extremos la regulación de la incapacidad en el Código civil y la LEC, en cuanto que responde a un modelo de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con la Convención de las Naciones Unidas en la que el tratamiento de la discapacidad responde a un modelo de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de decisiones y en el ejercicio de su capacidad para lograr su integración social”. Publicadas en la web www.aequitas.org.

reforma de un sistema que la práctica ha desvirtuado y que provoca, en ocasiones, sufrimientos y conflictos innecesarios. La consagración de un derecho por una Ley, incluida la Constitución, no implica que ese derecho sea efectivo si no se aprueban los mecanismos necesarios para su implementación y no se corrigen las derivas que la práctica produce.

IV. PROPUESTAS PARA UNA REFORMA

El artículo 12 de la Convención se ha interpretado como impositivo de un sistema contrario al vigente en España y denominado “sistema de apoyos”. Sin embargo, entendemos que lo que hace la Convención es utilizar una expresión genérica en la que puedan incluirse los diferentes modelos o sistemas que puedan aplicarse a países tan distintos como España, Chile, Argentina, Marruecos o China o a los más de 100 países que ya la han ratificado. Y es que olvidamos que, como todos los instrumentos con vocación universal, tiene que utilizar un lenguaje lo suficientemente flexible como para englobar normas, conceptos, instituciones y terminologías muy diferentes. Como certeramente subraya Rams Albesa²², cuando el destinatario de la norma es la humanidad, el articulado no define los conceptos.

Es evidente que la Convención es Derecho interno, como recientemente ha puesto de manifiesto la sentencia del Tribunal

²² Rams Albesa, J., *Hombre y persona...* op. cit. p. 250.

Constitucional²³ de 14 de febrero de 2011, pero eso no significa que derogue el sistema de incapacitación más tutela. Si impusiese la obligación de que todos los Estados firmantes sustituyan sus modelos de protección, sea cual sea, por este denominado “sistema de apoyos”, nos encontraríamos con el primer caso en el que una Convención de Naciones Unidas pretende imponer el mismo modelo a todos los países que la ratifiquen. Entendemos que su objetivo es que el sistema que en cada país existe o se apruebe en el futuro, sea respetuoso con la dignidad y promueva la autonomía de las personas con discapacidad. Es decir, obliga a que se cumplan sus objetivos pero no impone un único modelo universal llamado “sistema de apoyos”. Esta terminología flexible y genérica utilizada por la Convención se debe a otro motivo al que ya nos hemos referido en otra sede²⁴: consagra un concepto muy abierto o genérico de discapacidad en el que se incluyen tanto las personas en las que concurre causa de incapacitación porque no pueden gobernarse por sí mismas, como las personas dependientes o las que sufren una discapacidad física que en nada afecta a la capacidad cognitiva y volitiva de la persona. En este sentido, un estudio²⁵ sobre el impacto de la Convención en nuestro ordenamiento jurídico, del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la

²³ Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 7/2011 de 14 de febrero 2011, rec. 3493/2007, La Ley 3403/2011.

²⁴ Pereña Vicente, M., *La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica*, en “La encrucijada....” op. cit., p. 203.

²⁵ *Estudio sobre el impacto de la Convención en el ámbito de Derecho Privado*, (investigadora responsable María José Santos Morón), en el informe “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, diciembre 2008, p. 458 y 459.

Universidad Carlos III, aún afirmando que, si bien la utilización del término “apoyo” tiene como fin “imponer un cambio de paradigma”, concluye que “del texto del precepto no puede deducirse una prohibición de recurrir a mecanismos de apoyo distintos del consistente en un “sistema de apoyo en la toma de decisiones”.

Es decir, el núcleo de la cuestión no es sustituir el sistema de incapacitación más tutela por un denominado “sistema de apoyos”. Dicho de otro modo, podemos cambiar de arriba abajo toda nuestra legislación, suprimir la tutela, la curatela y el procedimiento de incapacitación y sustituirlo por un nuevo sistema de apoyos en el que pasemos a referirnos a la “persona apoyada” y a la “persona que apoya” o al “gestor de apoyos” propuesto por el CERMI. Si de la aplicación de este sistema se van a encargar las mismas estructuras que ahora se encargan de la incapacitación, los mismos jueces, no especializados en muchos casos y sobrecargados de trabajo, si la “persona que apoya” va a tener la misma formación y ayuda en su labor que la que tienen ahora, si los fiscales se van a limitar a redactar la demanda sin hacer una labor previa de investigación de la situación médica, social, económica, laboral de la persona con discapacidad, el sistema, aunque creamos que es perfecto y respetuoso con la Convención de Naciones Unidas, volverá a fracasar porque, por desgracia, las palabras por sí solas no resuelven los problemas. Entendemos que el cambio tiene que ser mucho más profundo y que pasa por abordar la cuestión de la autonomía de las personas con discapacidad de un modo global e interdisciplinar, reclamando más

medios y no sólo un cambio en los términos que muchas veces no son más que eufemismos. Quizás se crea que la denominación “gestor de apoyos” es más dignificante para la persona con discapacidad que tutor o curador.

El sistema de gestión de apoyos que propone el CERMI, pretendiendo ser un cambio radical de modelo, se quedará en un simple cambio terminológico si no va acompañado de otras pretensiones derivadas de cumplir otros postulados de impone la Convención. Quizás, más importante que suprimir al tutor sea buscar la manera de hacer que el tutor o el curador tengan como objetivo primordial de su función prestar ese apoyo reclamado por la Convención a la persona con discapacidad, implicarse en conseguir, en el día a día, la mayor autonomía que sea posible. Esto no se consigue cambiándole el nombre al tutor, sino perfilando de nuevo sus funciones, concienciándole de su labor y de las implicaciones que la misma tiene para la dignidad de la persona y prestándole a él también ayuda y apoyos en esa labor.

A) La formación de los actores implicados

Uno de los postulados de la Convención, olvidado²⁶ en casi todos los estudios que se han llevado a cabo sobre la incidencia de la misma, es la formación. Y no hay uno ni dos sino seis preceptos²⁷ en

²⁶ El Manual de buenas prácticas si hace referencia a la formación pero únicamente referida a los fiscales.

²⁷ Artículo 4.1, i); art. 8.2,d); art. 9.2,c); art. 13.2; Art. 20, c); art. 26.2.

los que la Convención conmina a los Estados a promover y fomentar esa formación.

El legislador francés, consciente de esta necesidad, ha hecho de la formación una de las piedras angulares del nuevo modelo consagrado por la Ley de 5 de marzo de 2007, hasta el punto de que ha impuesto una formación obligatoria para aquellas personas que ejercen cargos tutelares, fuera del ámbito de la tutela familiar.

A menudo el respeto de la dignidad de la persona con discapacidad depende no de positivizar grandes principios, algo que todas las legislaciones de nuestro entorno hacen, sino de cómo la persona encargada de prestarle ayuda, apoyo o representación, se relacione con ella. Por eso, como subraya Moisdon-Chataigner²⁸, responsable de estos cursos en la Universidad de Rennes, la formación es clave para lograr el objetivo del respeto de la dignidad y el fomento de la autonomía porque “le pareció importante al legislador que, a lo largo de la formación, se estudien los deberes, las obligaciones y los límites de la intervención del mandatario (la no proyección de sus propios valores)” y se elabore el proyecto de la intervención. Éste es sólo uno de los aspectos de la formación que se imparte en Francia,

²⁸ Moisdon-Chataigner, S., *La profesionalización de los cargos tutelares*, en “La encrucijada...” op. cit. p. 411: “En el momento de establecer las nuevas reglas de protección de las personas mayores de edad, se planteó inmediatamente la cuestión de la formación. Son numerosos los informes que hacen hincapié en la necesidad de reformar el ámbito tutelar. Algunos insisten en la necesidad de formación y de cualificación por juzgar insuficientes las disposiciones pasadas. La Ley del 5 de marzo de 2007 deja clara la necesidad imperante de formación. La reflexión para conseguir esta nueva formación tutelar fue significativa y movilizó a numerosos actores: ponentes, parlamentarios, el Ministerio de Asuntos Sociales, grupos de trabajo constituidos por profesionales tales como directores de asociaciones tutelares y de familias o formadores”.

incluido en el llamado módulo de deontología y análisis de las prácticas, que se sitúa entre otros dedicados al estudio de las normas y los procedimientos, el campo médico-social, la gestión y administración presupuestaria y las relaciones con la administración de justicia.

En España no existe una formación ni una propuesta sobre el tema. La formación ha de existir no sólo para quienes ejercen o vayan a ejercer en el futuro los cargos tutelares o de apoyo si llegan a denominarse así, sino para todos los actores implicados. En especial para jueces y fiscales que, además de formación, para poder individualizar realmente las medidas han de trabajar con un equipo multidisciplinar, de modo que exista una visión de la discapacidad en movimiento, es decir, no sólo que conozca el origen o diagnóstico de la discapacidad sino cómo se va a manifestar la misma y sus síntomas en el día a día de la persona, en qué medida afectan a su percepción de la realidad y su proceso de toma de decisiones, qué alteraciones produce la enfermedad en las relaciones con la familia y el entorno, cuál es el grado de aceptación y conciencia de la propia enfermedad y, en consecuencia, si existe o no aceptación de un tratamiento; cuál es la situación económica y laboral, si ha recibido formación, la edad en la que se ha manifestado la discapacidad; el grado de socialización; la dependencia que la misma genera para actos de la vida cotidiana.

B) El apoyo a las familias de las personas con discapacidad

A estas alturas, nadie discute que las instituciones de protección deben perseguir la satisfacción del interés de la persona con discapacidad y no de sus familias o entorno²⁹. Sin embargo, a nadie se le escapa que, con mucha frecuencia, son las familias las que están al pie del cañón para prestar esa ayuda imprescindible para la participación en sociedad de la persona con discapacidad. Con frecuencia, las familias se quejan de su soledad frente a la discapacidad. Se encuentran desasistidos de los poderes públicos, desacompañados. Sólo las asociaciones les prestan alguna ayuda. Las familias son las grandes olvidadas de las reformas y de las propuestas de reforma. Sin embargo, la Convención reconoce su papel y reclama, si bien no en el articulado sino en el Preámbulo, que las familias de las personas con discapacidad reciban la protección y la asistencia necesaria³⁰.

Este apoyo y asistencia no puede limitarse a la fase en la que ya está en marcha la tutela, la curatela o la institución de apoyo, sino que han de arbitrase instrumentos de intervención pre-judiciales porque, en muchos casos, una adecuada y temprana intervención evita, precisamente, el deterioro o la exclusión social a la que puede conducir el abandono. Con mucha frecuencia, especialmente cuando la causa de la discapacidad es la existencia de una enfermedad mental grave, las

²⁹ Rams Albesa, J., *Hombre y persona...* op. cit., p. 294, aboga por desterrar de la práctica de la incapacitación “toda justificación que se apoye en el el interés de la familia”.

³⁰ Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas, apartado x): “Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”.

alteraciones del comportamiento que la misma provoca generan graves problemas y conflictos dolorosísimos en el seno de la familia que se encuentra impotente, sin mecanismos de actuación. Esto, unido al conflicto afectivo y emocional que tales situaciones provoca hace que en muchas ocasiones la intervención se produzca después de años de abandono o sufrimiento lo que genera que la situación de la persona se haya deteriorado hasta tal punto que, en ese momento, la única intervención posible sea la incapacitación total. Precisamente es una intervención temprana la que permite que el recurso a la incapacitación total no sea necesario más que en casos excepcionales. Con una frase muy clara aludía a la cuestión López Frías³¹ ya en el año 2003: “a mayor educación y prevención o, en su caso, prevención, diagnóstico y tratamiento precoz, menos incapacitación”.

C) La utilización de una terminología adecuada

El gran peligro de la Convención es provocar la aparición de un sistema de protección políticamente correcto, con una terminología *soft* que no se corresponde con nada, que utilice, en palabras de Rams Albesa³², un “estilo de ligereza, teórica y literaria propia de normas que tratan de descargar “tensiones sociales”, pero que, en verdad, no ofrecen soluciones lo suficientemente amplias, sino más bien acomodados para aquellos (individuos o países) que se lo pueden costear, cuando la cuestión resulta ser de tal importancia que requiere, primero, de una

³¹ López Frías, M. J., *Algunas notas...* op. cit.

³² Rams Albesa, J., *Hombre y persona...* op. cit. p. 218.

clarificación conceptual para nuestro idioma y sistema jurídico y, después, de posibilitar la generación de una protección real”.

Felizmente, términos como loco, demente o minusválido están proscritos de nuestras leyes y trabajos referidos a la discapacidad, pero hay que evitar que, buscando un efecto digno de elogio como es el respeto de la dignidad de la persona con discapacidad, lleguemos a aceptar una terminología vacía de contenido que no se corresponda con nada. O, lo que es peor, que cree confusión. Se pone como ejemplo de adaptación a la Convención el Código civil catalán, que ha incorporado la figura de la asistencia dedicándole un Capítulo en el nuevo Libro II de la persona y la familia³³. Sin embargo, aunque reconocemos el mérito de intentar incorporar la Convención, el modo en que se ha hecho genera grandes interrogantes, y, quizás, nuevos problemas. Y es que el artículo 226-1 dispone que “la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente”. ¿Alguien puede explicar en qué consiste la “disminución no incapacitante” de las facultades físicas o psíquicas? Por no hablar de la contradicción que existe entre esta definición y las facultades que se le atribuyen ya que en el artículo 226-2 se establece que será el asistente el que dará el consentimiento en determinados actos relacionados con tratamientos médicos “si la persona asistida no puede decidir por ella

³³ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

misma” y, en el ámbito patrimonial, debe intervenir junto con la persona asistida y, además, el juez le puede conferir funciones de administración del patrimonio. Es decir, que se crea una nueva figura cuya misión no es “apoyar en la toma de decisiones” sino hacer un poco de tutor y un poco de curador, ya que, en ciertos casos complementa la capacidad y en otros la sustituye, y, todo esto, con relación a una persona que tiene una “disminución no incapacitante” de sus facultades.

El hecho de situar la protección de las personas con discapacidad en la órbita de los derechos humanos propicia la utilización de esta terminología más *soft* y el recurso a grandes principios y derechos en los estudios sobre la materia en detrimento de las cuestiones patrimoniales que derivan de estas situaciones. Se hace primar el aspecto personal sobre el patrimonial.

Sin embargo, no hay que olvidar que la enfermedad mental es una de las primeras causas de exclusión social y que la autonomía se logra también a través de la independencia económica y, si no se establecen mecanismos de preservación del patrimonio, la autonomía sólo servirá para pedir ayudas sociales. La dignidad se mantiene más fácilmente si se conserva la vivienda habitual que si, en aras de la autonomía, se pierde por no haber establecido un mecanismo apropiado para evitar una enajenación lesiva para los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad. Sin embargo, este planteamiento sólo es posible si admitimos que queremos mantener un

sistema de protección. A pesar de que en ocasiones se defiende que la Convención nos aleja del sistema de protección, este no es ajeno a su terminología y se refiere a la misma en el Preámbulo al afirmar que las personas con discapacidad “deben recibir la protección y la asistencia necesaria”.

Ojala las palabras fuesen un bálsamo o produjesen un efecto curativo o sanador y, por el hecho de reconocer a las personas con discapacidad que tienen capacidad, se resolviesen todos sus problemas pero, por desgracia, no es así y, a pesar de las grandes declaraciones de principios, o de consagrar sus derechos en una Convención internacional, ellos seguirán enfrentándose, día a día, a los mismos problemas: influencias indebidas de terceros, abuso de confianza de personas del entorno que se aprovechan de la alteración de las facultades cognitivas o volitivas, realización de actos de gestión patrimonial que ponen en riesgo su patrimonio o lo hacen desaparecer. Cuestiones que no pueden considerarse menores, especialmente cuando se trata de personas con enfermedades mentales graves y a las que la propia Convención se refiere, precisamente, en el último inciso del artículo 12.5 cuando establece que los Estados Parte “velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

Es decir, que, si es importante para fomentar la autonomía de la persona con discapacidad reservarle un ámbito de decisión no lo es menos mantener mecanismos que protejan su patrimonio frente a esas

privaciones arbitrarias que pueden producirse precisamente, porque la causa de la discapacidad produzca una alteración de las facultades cognitivas y/o volitivas y le conduzca a la celebración de actos dañosos o lesivos para su patrimonio.

Por ello hay que buscar un equilibrio entre autonomía y protección. No hay que rechazar el papel tutelar del Estado. También existe en otros supuestos y a nadie le extraña o le parece contrario a la dignidad: cuando somos consumidores reclamamos una legislación que nos proteja frente a las empresas. Esta protección lleva, incluso, a protegernos frente a los efectos perjudiciales de nuestro propio consentimiento cuando hemos aceptado, teniendo plena capacidad, cláusulas abusivas. Por qué no aceptar, como mínimo, esa misma protección frente a las consecuencias perjudiciales de nuestro consentimiento, cuando nuestras facultades cognitivas o volitivas pueden estar alteradas.

La dignidad no está reñida con la protección y creer lo contrario es desconocer el día a día de millones de personas que el mundo entero son las que más sufren las consecuencias de sus propios actos.

LAS PRÁCTICAS JURÍDICAS: CRITERIOS ACTUALES ADOPTADOS EN RELACIÓN AL PROBLEMA DEL EJERCICIO DE DERECHOS POR PARTE DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

María Claudia Torrens¹

Sumario:

El presente texto muestra algunos significativos avances logrados en el orden jurídico en torno al trato respetuoso a niñas, niños y adolescentes en su calidad de sujetos de derechos. Describe además como este acercamiento contribuye al desarrollo de novedosas

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

soluciones aplicables a la problemática de otros sujetos de derechos en similares situaciones de vulnerabilidad.

Puntualmente detalla actuales criterios adoptados por las prácticas jurídicas en relación al problema del ejercicio de derechos por parte de niñas, niños y adolescentes. En una primera parte se reseñan los dos modelos en conflicto en la dogmática civil: el que reivindica para los menores de edad la posibilidad del ejercicio de algunos derechos de contenido patrimonial -cuando las condiciones de madurez se lo permitan- y las posiciones doctrinarias que se atienen a la incapacidad como regla para analizar la capacidad de los menores de edad.

En la segunda parte se destacan las posiciones teóricas asumidas por la filosofía del derecho sobre la fundamentación de los derechos humanos de los menores de edad en relación a los problemas derivados del ejercicio y la titularidad de dichos derechos.

Palabras Claves:

Derechos del Niño – Capacidad de Derecho y capacidad de obrar

Summary:

The following paper summarizes the significant progress made in the legal area towards a more respectful treatment of children and adolescents as subjects of rights. It also describes how this approach contributes to the development of new solutions that are applicable to the needs of other vulnerable subjects of rights.

This piece of work analyzes the current criteria adopted by legal practice in relation to the exercise of the rights of children and adolescents. The first part summarizes the two models that are in conflict in nowadays' civil rights debates: the model that allows minors to exercise some patrimonial rights -provided that the child is mature enough- and the doctrinal position that sticks to inability as a rule to analyze children's and adolescents' ability.

The second part of this paper highlights the theoretical positions of law's philosophy regarding the foundations of the rights of minors in relation to the problems derived from the exercise and ownership of those rights.

LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LAS PROFESIONES JURÍDICAS

El filósofo del derecho, Alessandro Baratta, en sus estudios sobre la relación entre Infancia y Derecho analiza como la situación jurídico-social de niñas y niños es el resultado del trabajo de tres pilares fundamentales: las políticas públicas, el movimiento social y el orden jurídico. Subyace a esta afirmación, la posición ante el derecho sostenida por este autor, quien entiende que en "En las luchas para la definición y la implementación del derecho el objetivo es siempre, al mismo tiempo, el comportamiento individual de ciudadanos o

funcionarios y el mantenimiento o transformación de la estructura ideológica y material de las relaciones sociales”.²

Puede pensarse entonces, que para considerar los avances en el afianzamiento de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, puede resultar importante registrar los logros obtenidos en cada uno de los pilares indicados. Así, en el pilar de las políticas públicas se pueden registrar cuatro niveles, de acuerdo al esquema elaborado por Emilio García Méndez, “las políticas sociales básicas (escuela, salud), las políticas de ayuda social (medidas de protección en sentido estricto), las políticas correccionales (medidas socio-educativas de respuesta a la delincuencia juvenil), y finalmente las políticas institucionales que se refieren a la organización administrativa y judicial, es decir, a los derechos procesales fundamentales de los niños”.³

En cuanto al movimiento social se deberá estar atento, como nos indican los autores antes citados, a los trabajos que realicen a favor de la infancia las denominadas Organizaciones No Gubernamentales, a las que se caracteriza como “grupos con un alto nivel de identidad y

² Alessandro Baratta, *Democracia y Derechos del niño* en *El Derecho y Los Chicos*, María del Carmen Bianchi (Compiladora), Buenos Aires, Espacio Editorial, 1995, Pág. 40.

³ Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá, Forum Pacis, segunda Ed. 1997, Págs.241 y siguientes. Citado por Alessandro Baratta en *La Situación de la Protección del Niño en América Latina*, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, Serie Estudios de Derechos Humanos Tomo II Pág. 316.

coherencia programática, al mismo tiempo que con una relativa centralidad organizativa”⁴.

En relación al orden jurídico deberemos tener en cuenta el avance en el espacio de las normas, en las decisiones judiciales y en las prácticas de las profesiones jurídicas. En el plano normativo irrumpen la Convención sobre los Derechos del Niño y en las decisiones judiciales destacan, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al definir el Corpus Iuris de los Derechos Humanos del Niño.

En el trabajo de las profesiones jurídicas, tanto las teóricas como las prácticas, sobresalen los actuales posicionamientos en relación al problema del ejercicio de derechos por parte de niñas, niños y adolescentes. Teorías y prácticas dentro del derecho civil desarrollan nuevos modelos de interpretación flexible y amplia de la capacidad de las personas, aplicando criterios en consonancia con postulados registrados en distintos Tratados sobre derechos Humanos.

También, las posiciones teóricas asumidas por la Filosofía del Derecho en torno a los estudios sobre las fundamentaciones de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes logran posicionarse netamente, en el campo de los contenidos, de las prácticas, de la teoría jurídica y de la enseñanza del derecho.

⁴ Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá, Forum Pacis, segunda Ed. 1997, Págs.244.

I Nuevos posicionamientos en el ámbito civil sobre la Capacidad de los Menores de Edad

Dentro de las prácticas que las profesiones jurídicas realizan para la consolidación y el respeto de los derechos de los niños, me referiré al trabajo de los escribanos. En particular describiré una importante resolución de la Dirección General del Registro y Notariado Español que refleja la más moderna doctrina sobre la capacidad en el ámbito de la dogmática civil, dictada hace más de dos décadas.

La resolución, y el trabajo profesional notarial que la acompaña, se sitúan en una perspectiva teórica jurídica que profundiza la atribución de derechos a niñas, niños y adolescentes cuestionando a las teorías generales del derecho y a las dogmáticas específicas cuando éstas se los niegan. Novedosamente, ubican las prácticas del derecho en torno a los más elevados parámetros para el trato respetuoso de los derechos humanos de toda persona y reivindican, para la infancia, las nuevas soluciones que la normativa internacional viene gestando. Esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España fue dictada el 3 marzo de 1989, adelantándose a las pautas que establecería la Convención sobre los Derechos del Niño meses después.

En Plasencia, Provincia de Cáceres, Comunidad Autónoma de Extremadura, España, se autoriza una escritura de donación de finca urbana, en la que se hace constar la aceptación de la misma por parte de dos mayores de edad y dos menores de 16 y 17 años. El Registrador

de la Propiedad de Plasencia suspende la inscripción de la donación, en la parte correspondiente a los menores, afirmando que los mismos no estaban capacitados para prestar su consentimiento de conformidad al art. 1263 del Código Civil Español. El mencionado artículo se encuentra ubicado en el Capítulo II del Código Civil de España que lleva el título “De los requisitos esenciales para la validez de los contratos” y establece “No pueden prestar consentimiento 1º Los menores no emancipados 2º Los incapacitados”.

El Notario autorizante de la referida escritura cuestiona esta interpretación y recurre la decisión adoptada por el Registrador alegando la capacidad de los menores para la aceptación de una donación simple sobre la base de una interpretación no restrictiva de la capacidad de los menores de edad.

Esta discusión se plantea en el derecho español al coexistir al momento del dictado de la resolución de referencia, dos interpretaciones muy distantes en torno a la capacidad de obrar de los menores de edad en general, y en particular, en relación a la aceptación de las donaciones simples. Respecto a la capacidad para la aceptación de las donaciones simples, el Código Civil español establece en el artículo 626 que “las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes”, y el artículo 625 establece que “podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la Ley para ello”. De este modo, una parte de la doctrina entendía que “relacionando ambos artículos era factible interpretar a contrario

sensu”⁵ que los menores no emancipados, podían aceptar donaciones que no sean onerosas ni condicionales. Sin embargo, esta interpretación era cuestionada por quienes consideraban que los menores de edad portaban una incapacidad de obrar absoluta en virtud del art. 1263 antes transcrito.

La Dirección General de los Registros y del Notariado de España concluye la disputa, reconociendo a los menores de 16 y 17 años la capacidad para efectuar la aceptación en el caso de la donación simple y al mismo tiempo, se introduce de pleno en la discusión acerca de la capacidad de obrar de los menores en general. Afirma que los menores de edad sólo tienen una capacidad limitada en los supuestos establecidos legalmente y no una genérica incapacidad de obrar. Seguidamente transcribo la parte principal de la argumentación:

“En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación

⁵ Joaquín Zejalbo Martín, *La capacidad del menor no emancipado para aceptar donaciones no onerosas ni condicionales: visión histórica y doctrinal*- Trabajo publicado en el número 285 del Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada año 2006 Pág.177-

legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. artículo 162-1.º del Código Civil); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. artículos 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad”⁶.

Como lo adelantara, entiendo que la resolución se enmarca en la más moderna teoría civil sobre la capacidad de obrar de las personas. Con contundencia, les otorga a los menores de edad, el ejercicio de

⁶ Resolución del 3 de marzo 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España RJ 1989/2380. Agradezco la referencia para la localización de la presente resolución facilitada por la Prof. María Jesús Díaz Veiga Profesora Asociada Universidad Carlos III, España.

derechos cuando se encuentren en condiciones de madurez, apartando presunciones generales sobre la incapacidad que no se encuentren legalmente establecidas.

Sobresalen en la resolución reseñada tres consideraciones fundamentales:

1º) **La capacidad de los menores de edad es la regla:** La resolución sostiene que al detenemos a evaluar jurídicamente la capacidad de las personas, siempre se debe partir de la pauta interpretativa, que considera que la capacidad es la regla. Desde esta posición -que confirma el trato jurídico respetuoso a las personas- se debe tener presente además que la capacidad determina y orienta la participación de otros institutos. Así en relación a los menores, la resolución indica que es la capacidad la que establece el ámbito de actuación del instituto de la representación. No debiendo entenderse, por el contrario, que las disposiciones sobre representación podrían indicar el grado de capacidad de los menores.

2) **La Capacidad es un concepto independiente de Minoría de edad y Mayoría de edad:** La resolución aporta una novedosa línea de interpretación de la capacidad al diferenciarla de la mayoría y minoría de edad. Sostiene que no puede derivarse la incapacidad de los menores de edad del límite de edad a partir del cual se es capaz para todos del actos de la vida civil dispuesta en el art. 322 del CC español. Dice el mencionado artículo: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código”.

De este modo la resolución comentada hace hincapié en que cada uno de los conceptos en juego (capacidad, minoría de edad y mayoría de edad) tienen ámbitos de aplicación cercanos, pero diferentes, lo que abre la posibilidad de nuevos estudios que señalen en profundidad esta interpretación.

3) **El Menor de edad es sujeto de derechos:** Resalta la resolución que ante una actuación jurídica en la que intervenga un menor, deberá procederse en igualdad de trato que ante cualquier otro sujeto. En consecuencia si ante una actuación jurídica determinada no está expresamente establecida la incapacidad del menor, deberá resolverse la situación de su capacidad recurriendo a los medios integradores del derecho establecidas por el CC español y no conforme a una supuesta incapacidad. Instituye además claramente la participación del niño al citar artículos de la legislación española que ordenan tener debidamente en cuenta las opiniones del niño.

La resolución es paradigmática en la defensa de la titularidad y ejercicio de los derechos del niño al afirmar que deben analizarse cuidadosamente las limitaciones en su capacidad de obrar. Impone, de este modo, el principio de interpretación restrictiva de las normas limitativas de la incapacidad y deja claro que de la legislación civil vigente en España no se puede establecer una incapacidad genérica de obrar de los niños. Esta conclusión, gira en torno a la interpretación de Federico de Castro y Bravo, reconocido civilista español, que aún antes

de mediados del siglo pasado venía sosteniendo que: “Menor de edad e incapacidad no son conceptos sinónimos sino todo lo contrario”⁷.

Con posterioridad, la nueva normativa que regula lo referente a la protección de la infancia en España, Ley Orgánica 1/1996, en su art. 2.2 remarcó con contundencia esta conclusión al disponer: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

La resolución analiza en profundidad aspectos teóricos y prácticos fundamentales de la constitución del niño como sujeto de derecho, distanciándose de aquellas posiciones que sin profundidad, niegan en forma absoluta la atribución de derechos u otorgan un ejercicio absoluto que ningún adulto detenta.

Las diferencias con la legislación civil argentina son evidentes y muy importantes. Nuestro código ha establecido una restricción de la capacidad de los menores que implica anular la misma: Desde la declaración de incapacidad absoluta de menores impúberes (art. 54 CC) hasta la restrictiva regla interpretativa de la capacidad del menor adulto, (art. 55 CC), pasando por la sustitución de la voluntad de los menores a favor de sus padres o tutores establecidas por los artículos 274, 380 y 411.⁸

Sin embargo, a pesar de las señaladas disposiciones del Código Civil sobre cuya reforma se está trabajando, entendemos que en el

⁷ Federico de Castro y Bravo, *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas, , 1984 Pág. 169

⁸ A los fines de profundizar en el estudio del articulado del Código Civil Argentino en relación a las incapacidades de hecho de los menores de edad, remito al exhaustivo texto “ Alicia B.Rajmil y E:Jorge Arévalo, *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, Año 2010, Rosario, Argentina , Pág 87 a 137.

orden jurídico argentino debe imponerse lo establecido por el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹: la autonomía progresiva o ejercicio de los derechos en función de la madurez de los menores, en su aplicación conjunta con el art. 12 de la citada Convención que establece: “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”

Esto determina aplicar el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina que establece la jerarquía constitucional para los Tratados de Derechos Humanos, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño. Contamos con los remedios procesales para imponer dicha jerarquía, no sólo el recurso de inconstitucionalidad sino también el novedoso “control de convencionalidad” establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile” en el ámbito de la Convención Americana sobre DDHH.

⁹Art. 5 CDN : “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Pero además, conforme los mecanismos de interpretación establecidos en nuestro derecho interno, la ley especial en una materia prevalece sobre la normativa común. De este modo, la ley 26061 denominada “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y adolescentes” se impone por sobre la legislación común del Código Civil. El artículo 24 de la citada norma instituye para los menores de edad el derecho a opinar y ser oído “conforme a su madurez y desarrollo” a tenor del cual no hay dudas que debería requerirse también en nuestro derecho interno la participación de un menor de 16 y 17 años de edad en un tema de tal trascendencia como la aceptación de una donación.

II Las teorías sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes y las teorías generales del derecho

En torno a los aspectos de la legitimación del Derecho, se han incrementado en las últimas décadas, los análisis respecto a los derechos de los niños. Esto ha determinado, que en ocasiones, la teoría de los derechos de los niños colisione fuertemente sobre la filosofía del derecho y las teorías generales. En estas disciplinas se han desarrollado dos ideas importantes en relación a los derechos de los niños. La primera se concentra en los aspectos epistemológicos de la vinculación niñez y derecho. Su autor es Neil MacCormick, resaltada en España por Liborio Hierro. Describe esta posición, los desafíos teóricos y prácticos que generan los derechos del niño para la teoría del derecho. La segunda trabaja sobre una línea de investigación más vinculada a los

estudios sobre los derechos humanos, deteniéndose en resaltar las capacidades de los niños y su participación democrática. Esta ha sido desarrollada por Alessandro Baratta.

1.1. Los derechos de los niños como “test case” de las teorías generales del derecho: Para esta teoría, los derechos de los niños constituyen una ocasión para dejar de lado teorías que pongan en duda la atribución de derechos a determinadas personas. MacCormick lo dice así: “Precisamente porque el concepto de ‘derechos de los niños’ difícilmente cuadra con algunas teorías que tratan de explicar lo que significa que una persona tenga un derecho, los derechos de los niños constituyen un supuesto idóneo para verificar las teorías de los derechos en general.”¹⁰

La posibilidad de constituir los derechos de los niños como caso para el testeo (“test case”) de las Teorías del derecho, fue expresada por primera vez, en un texto de “comunicación al Congreso de la Sociedad de Filosofía Jurídica y Social del Reino Unido (la sección británica de IVR) celebrado en Cambridge en 1975.

En sus trabajos, el autor buscaba mejorar problemas de la filosofía del Derecho, y al constatar como algunos análisis neutralizaban la posibilidad de ser titulares de derechos a los niños y niñas, constituyó a la infancia en una atalaya para la observación de las teorías del derecho. Cuestiona principalmente a aquellas teorías generales basadas

¹⁰ NEIL MAC CORMICK “ Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos” Anuario de la Facultad de Derecho T:V, Madrid, 1988 , Pág. 294 (Lo resaltado es nuestro)

en la Teoría de la Voluntad, por no haber considerado como diferentes las siguientes afirmaciones: “(...) un niño **debe ser** cuidado, nutrido y, si es posible, querido, y afirmar que todo niño **tiene derecho** al cuidado, a la alimentación y al amor”¹¹.

Desde este planteo, MacCormick, señala dos errores que cometen las teorías voluntaristas a partir de los cuales dejan sin derechos, entre otros, a los niños: 1) sostener que prevalecen los deberes sobre los derechos y 2) considerar que las facultades de renuncia o ejecución son constitutivas de los derechos mismos. Interpreta en cambio que los poderes de renuncia y ejecución no hacen a la estructura de los derechos sino que se encuentran supeditadas a ellos.

Los teóricos que han trabajado en el desarrollo de los derechos subjetivos de los niños, se han volcado mayoritariamente al apoyo de la teoría del interés en la conocida puja Teoría de la Voluntad y Teoría del Interés. Sin embargo, destacar lo que podría llamarse el “triumfo de alguna teoría” por la cantidad de adeptos que logra cosechar no es lo importante comparado a la importancia que tiene convertir a las teorías sobre los derechos de los niños en el factor que decide acerca de la teoría con la que cada disciplina determina trabajar.

De este modo, Mac Cormick , constituye los derechos de la infancia, en el “caso” que valide la teoría de los derechos, formulando el

¹¹ Neil Mac Cormick, *Los Derechos de los Niños Un Test para las teorías de los Derechos*, en ISABEL FANLO (compiladora), *Derecho de los niños Una contribución teórica* Fontamara, México , 2004 Pág. 67

debate en un plano epistemológico. Plano que determina que pueda costar repetir -sin al menos sonrojarse y no considerarse fuera del juego de la teoría del derecho- que los niños no tienen derechos.

Confrontar las teorías del derecho con los derechos de los niños, en cuanto a las problemáticas que desenvuelve su titularidad y ejercicio representa el inicio -desde la filosofía del derecho- de un posicionamiento en defensa de la igualdad de trato jurídico de toda persona.

Es Liborio Hierro, en España quien señala, lo significativo que resulta “develar lo que la afirmación de los ‘derechos de los niños’ ha supuesto para la teoría y práctica de los derechos humanos que lo que esa misma afirmación ha supuesto para la situación jurídica de los niños y ello con independencia que esto último tenga mucha más importancia ética y política que aquello”¹². Señala que en la relación entre teoría general y teoría sobre los derechos del niño, además de los niños ha salido triunfante la propia teoría general. Permitir que los niños influyan sobre el armado de una teoría general no puede devolvernos la misma teoría.

Lo dice con contundencia “...tratarse de examinar algunas cuestiones que los derechos de los niños plantean a la Teoría de los Derechos Humanos, cuestiones -que recurriendo nuevamente a una

¹² LIBORIO L. HIERRO “ El Niño y los Derechos Humanos” en ISABEL FANLO (Compiladora) “El derecho de los niños . Una contribución teórica” Fontamara México 2004, Pág. 178.-
Pág. 178 en FANLO

figura retórica- me atrevo a denominar como la impagable aportación de los niños a los derechos de los adultos”¹³

1.2 El derecho de los niños como impulsor de nuevos derechos:

Esta segunda línea de análisis a favor de los derechos de los niños dentro de la filosofía del derecho, es la desarrollada por Alessandro Baratta. Esta perspectiva pone como horizonte la “participación” del niño remarcando que posee capacidades para ello, proponiendo el abandono de la categoría infancia y adolescencia en tanto construcción de un sujeto menospreciado.

Baratta constituye a la niñez en un modo de establecer nuevos logros humanos. Logros vinculados fundamentalmente a la democratización de la sociedad y la familia, lo dice así: “... el mensaje de la niñez como ciudadanía puede convertirse en el eje de una autentica revolución cultural en la cual esté contenida quizás, la oportunidad para la transformación de la sociedad en una sociedad mas justa, mas humana, mas madura. No están solamente en juego los derechos de los niños”¹⁴

De este modo Baratta asume un abanico de nuevas perspectivas: El reconocimiento de capacidades positivas en los niños y la importancia que reviste en lo social y en lo político, su participación. Detalla como la vinculación entre sociedad, democracia y niñez logra

¹³ LIBORIO HIERRO “ El Niño y los Derechos Humanos” en ISABEL FANLO (Compiladora) “El derecho de los niños . Una contribución teórica” Fontamara México 2004, Pág. 179.

¹⁴ Alessandro Baratta “La niñez como arqueología del futuro” en EL DERECHO Y LOS CHICOS compilado por Maria del Carmen Bianchi, editora Espacio Editorial Bs. As. 1º Edición 1995 Pág. 20

un desarrollo beneficioso para el conjunto “Esta capacidad de los niños, no solamente de disfrutar el proceso democrático, sino de ser la ocasión, el alimento del mismo proceso democrático que se extiende también a todo el abanico de los derechos humanos y no solamente a los de los niños, es un punto que merece la mayor atención”¹⁵

Baratta resalta como característica positiva distintiva de los niños, su más profunda colocación en el tiempo cultural. Piensa a los niños como aquellos portadores de mayor memoria histórica e imaginación: “A raíz del pragmatismo cínico de la razón instrumental, que reduce nuestra función a la reproducción de la estructura económico-política existente, nosotros los adultos, no solamente hemos perdido el futuro o sea la capacidad de política como proyecto sino que tampoco tenemos un pasado”.

El autor entiende que los adultos nos alejamos por la degradación de la comunicación social, de los mitos, los cuentos, los símbolos que hacen al tiempo histórico de nuestra identidad cultural, también la cultura de masas los ha comercializado como cualquier otra mercancía, “... los niños tienen milenios porque a través de los cuentos, de los sueños y de la imaginación continúan siendo portadores de los

¹⁵ Alessandro Baratta *La niñez como arqueología del futuro* en EL DERECHO Y LOS CHICOS compilado por María del Carmen Bianchi, editora Espacio Editorial Bs. As. 1º Edición 1995 Pág. 15

mitos no como realidad virtual sino como una verdad de nuestra identidad cultural”¹⁶

Baratta entiende a los niños como una guía importante en el proceso general de emancipación y en este sentido ellos “representan una suerte de ciudad del sol que a diferencia de la lejana utopía de Campanella, está tan cerca de nosotros que no logramos reconocerlas. Su luz nos hace ciegos”¹⁷ y reconoce en esta perspectiva de análisis, las puntualizaciones realizadas por Emilio García Méndez, Este autor ha sostenido: “Los niños son buenos para la democracia” ante la constatación que “La democracia es buena para los niños”¹⁸, de James P. Grant, exdirector ejecutivo de UNICEF

Los derechos de participación de los niños resultan para Alessandro Baratta, el eje fundamental de una nueva alianza en la que los niños tienen voz. Desde esta posición, el autor entiende que el Derecho se encuentra interpelado para construir nuevas instituciones y nuevos conceptos que nos permitan incluir a todas las personas en la titularidad y ejercicio de los derechos.

Las perspectivas antes detalladas, tanto las prácticas como las teóricas, nos muestran otro trabajo profesional que vivencia los

¹⁶ Alessandro Baratta “La niñez como arqueología del futuro” en EL DERECHO Y LOS CHICOS compilado por María del Carmen Bianchi, Espacio Editorial Bs. As. 1º Edición 1995 Pág. 21

¹⁷ Alessandro Baratta “La niñez como arqueología del futuro” en EL DERECHO Y LOS CHICOS compilado por María del Carmen Bianchi, Espacio Editorial Bs. As. 1º Edición 1995 Pág. 20

¹⁸ Alessandro Baratta “Infancia y Derecho” en García Méndez, Emilio y Belloff, Mary *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 1 ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, Pág. 1 a 25

derechos de los niños para su trato jurídico respetuoso enmarcado en la efectividad de los Derechos Humanos de la persona.

“Develar lo que los derechos de los niños”, ha supuesto para la teoría y práctica de los derechos humanos tal como lo sostiene Hierro, significa tomar una perspectiva que rescate las contribuciones que sujetos no propietarios, adultos y hombres pueden realizar por la teoría de los derechos. Este camino no significa desechar otras perspectivas, sino la idea es la construcción de un calidoscopio desde donde mirar la problemática a resolver para mejorar la situación jurídica de la niñez y adolescencia.

LEGISLACIÓN

LEY N° 14.334¹

El Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, sancionan con fuerza de LEY

Artículo 1º. Incorpórase como artículo 619 bis del Decreto-Ley 7425/68 (Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires) y sus modificatorias, el siguiente:

“Artículo 619 bis - El Juez oficiará al registro de Actos de Autoprotección establecido en los artículos 184 bis y subsiguientes del Decreto Ley 9020/78 y sus modificatorias, quien deberá informar sobre el registro de decisiones tomadas por el presunto insano para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas al Juzgado actuante y consideradas especialmente por el Juez al momento de resolver.

¹ Ley de la Provincia de Buenos Aires, publicada en el Boletín Oficial el 16 de enero de 2012

El Juez prescindirá de la consulta en los supuestos en que se demuestre que el presunto incapaz no tenga patrimonio y se solicite su declaración para la obtención del Beneficio de Pensión Social, Ley 10.205 y sus modificatorias, o cuando se acredite que por las características del mismo nunca ha gozado de la capacidad necesaria para otorgar un acto de esta naturaleza.”

Art. 2º. Modifícase el artículo 814 del Decreto-Ley 7425/68 (Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires) y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 814 - Trámite. El nombramiento de tutor o curador y la confirmación del que hubieren efectuado los padres se hará a solicitud del interesado o del Ministerio Público, sin forma de juicio, a menos que alguien pretendiere tener derecho a ser nombrado. Si se promoviere cuestión, se sustanciará en juicio sumarísimo. La resolución será apelable en los términos del artículo 813.

El Juez oficiará al registro de Actos de Autoprotección establecido en los artículos 184 bis y subsiguientes del Decreto Ley 9.020/78 y sus modificatorias, el que deberá informar acerca de disposiciones efectuadas por la persona sujeta a curaduría, en relación a la designación de su propio curador. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas por el Registro al Juzgado actuante, y serán consideradas especialmente al momento de dictar resolución.

El Juez prescindirá de la consulta en los supuestos en que se demuestre que el presunto incapaz no tenga patrimonio y se solicite su declaración para la obtención del Beneficio de Pensión Social, Ley 10.205 y sus modificatorias, o cuando se acredite que por las características del mismo nunca ha gozado de la capacidad necesaria para otorgar un acto de esta naturaleza.”

Art. 3º. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

La ley 14.334 de la Provincia de Buenos Aires.

Luis Rogelio Llorens. 1

I. Antecedentes:

La ley de la provincia de Buenos Aires que precedentemente reproducimos fue sancionada el 23 de noviembre de 2011 y publicada con fecha 16 de enero de 2012. Obedece a la iniciativa del Diputado Abel Eduardo Buil, quien es también notario en actividad en dicha provincia. Lamentablemente, el proyecto original tuvo algunas modificaciones durante el proceso de su sanción, que comentaremos.

El registro de actos de autoprotección de la provincia de Buenos Aires fue creado por decisión del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de esa provincia el 23 de abril de 2004 y comenzó sus actividades el 1º de marzo de 2005.

Posteriormente, en el mes de julio de 2010, también por iniciativa del diputado y colega Abel Eduardo Buil, se sancionó la ley

¹ Abogado. Titular de Registro Notarial de la Provincia de Buenos Aires. Miembro Honorario del Instituto de Derecho e Inegración .

14.154 que introdujo una reforma en la Ley Orgánica del Notariado provincial (Decreto – Ley 9020/78). El primero de sus artículos (el 184 bis de la mencionada ley orgánica) dispone que “El Colegio llevará el Registro de Actos de Autoprotección, en el que se tomará razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí, cualquiera fuere la causa que motivare esa imposibilidad.”

Se dio así un reconocimiento legislativo expreso al mencionado registro.

Esta ley introdujo, además y entre otros, en la Ley Orgánica del Notariado de la Provincia de Buenos Aires el art. 184 quater que establece que “En ningún caso la matrícula indicará dato alguno relativo al contenido de lo dispuesto por el otorgante”, inspirado en el primitivo reglamento sancionado por el Consejo Directivo del colegio notarial, dictado en oportunidad de la creación del registro (Art. 11 del reglamento dictado en el año 2004).

Sin embargo, a la época de la sanción de la ley, el mencionado reglamento había sido modificado por resolución del 5 de junio de 2009 que dispone en su artículo 11, inc. f) que “Los asientos contendrán: ... f) La constancia de la existencia de directivas: f-1) Relacionadas con la salud del otorgante, cuya transcripción requerirá su expresa autorización. f-2) De contenido patrimonial y personal. f-3) Relacionadas con la designación de curador.”

Esta modificación surgió de considerar que en materia de salud, el contenido del acto debe ser brindado a los prestadores de salud con la premura que la naturaleza del caso requiera y, por tanto, en la mayoría de ellos, sin dilaciones. Se inspiró en decisiones de similar tenor adoptadas por otros colegios notariales del país, a partir de la asumida por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (2da. Circunscripción – Rosario) en agosto de 2008.

Ante la dificultad generada por el conflicto entre la ley 14.154 y el reglamento existente, el colegio notarial de la provincia de Buenos Aires interpretó, por decisión de su Consejo Directivo y con abundante fundamento, que lo dispuesto en el art. 184 quater de la Ley Orgánica del Notariado de la Provincia de Buenos Aires lo es en el sentido de que la prohibición de indicar datos del contenido del acto en la matrícula se refiere sólo a los casos en que no lo hubiere autorizado expresamente el otorgante del acto.

Así las cosas, el colegio notarial de la provincia de Buenos Aires mantuvo el reglamento vigente que autoriza la inscripción del tipo de contenido del acto y la transcripción de las disposiciones de salud. Se encuentra actualmente en vías de informatizar el funcionamiento del Registro de Actos de Autoprotección para que – cuando así lo autoriza el otorgante del acto – las disposiciones en materia de salud estén disponibles para los profesionales de la medicina en todo momento.

II.- La nueva ley 14.334.

a) Las fuentes:

La nueva ley se inspira en la ley 6.212 de la provincia del Chaco, sancionada en el año 2008, que modifica el Código de Procedimientos Civil y Comercial de esa provincia. Ella, entre otras disposiciones, introduce en el art. 779 de dicho código que “En todos los casos, el Juez deberá requerir Informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, quien deberá expedirse acerca de la existencia de disposiciones efectuadas por el interesado en cuanto al discernimiento de su propio curador. De existir estipulaciones de este tipo, el Juez deberá considerarlas especialmente en pos de respetar la voluntad del interesado, siempre que no afecte los derechos de terceros.” También introduce dicha ley principios atinentes al respeto de la voluntad de la persona presuntamente discapacitada (Art. 603).²

También se inspira la ley de la provincia de Buenos Aires en la práctica de numerosos magistrados de esa provincia que, como medida de mejor proveer, requerían desde hace años este informe; y en el favorable acogimiento que tuvo la divulgación de esta práctica en las V Jornadas de Asesores de Incapaces, Defensores Oficiales Civiles y Curadores Oficiales de la Provincia de Buenos Aires, realizadas en la

² Similar propuesta contiene el proyecto del Dip. Hugo María Marcucci para la provincia de Santa Fe. Ver Revista IDeI Nro. 2, Pág. 207.

ciudad de Necochea, de esa provincia, del 31 de marzo al 1 de abril del año 2011.

b) Procesos de “Declaración de Demencia”³:

La ley recientemente sancionada en la provincia de Buenos Aires, que comentamos, introduce al Código Procesal Civil y Comercial, en primer lugar, un nuevo artículo, el 619 bis.

De tal manera, como una de las medidas preliminares del proceso de “Declaración de Demencia”, se ordena al magistrado oficial al Registro de Actos de Autoprotección “establecido en los artículos 184 bis y subsiguientes” de la Ley Orgánica del Notariado de la Provincia de Buenos Aires, conforme con la ya citada ley 14.154, con el fin de que éste informe “sobre el registro de decisiones tomadas por el presunto insano”.

A diferencia de la ley de la provincia del Chaco, se ha introducido un segundo párrafo según el cual el juez se encuentra habilitado para prescindir del informe “en los supuestos en que se demuestre que el presunto incapaz no tenga patrimonio y se solicite su declaración para la obtención del Beneficio de Pensión Social ...”, o “cuando se acredite que por las características del mismo nunca ha

³ Entrecorramos “Declaración de Demencia” pues el viejo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, como todos los de nuestro país, no se encuentra adaptado, ni siquiera en su terminología, a las disposiciones de la ley nacional 26.378 que adopta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

gozado de la capacidad necesaria para otorgar un acto de esta naturaleza”.

De los dos supuestos de prescindencia precedentemente citados, nos preocupa especialmente el primero (la carencia de patrimonio y al sólo fin de obtener beneficios previsionales) pues constituye un caso de discriminación ilegítima, ya que ella “carece de justificación objetiva y razonable”.⁴

Olvida la ley considerar que “Toda persona posee un patrimonio, aunque no lo integre bien alguno. Será el conjunto vacío, pero no dejará de existir como tal”⁵; y que será imposible para el magistrado conocer con certeza cuál es la relevancia de ese patrimonio sin tomar pasos procesales al respecto.⁶

Pero no es esto lo realmente importante aquí, sino que el hecho de que una persona tenga un patrimonio nulo no le hace perder su

⁴ “Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose 'en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos' definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando 'carece de justificación objetiva y razonable' (Eur. Court H. R., *Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium'* [merits], judgment of 23rd July 1968, p.34)” “Matrimonio y Discriminación” (ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS). en “LA FAMILIA EN EL NUEVO DERECHO” (Aída Kemelmajer de Carlucci. Directora. Marisa Herrera. Coordinadora) Tomo I. 368/70. Rubinzal-Culzoni. Editores. Sta. Fe. 2009.

⁵ Ricardo D. RABINOVICH-BERKMAN. “Derecho Civil. Parte General”. 1ra. Reimpresión. Astrea – 2000, pág. 424.

⁶ De igual manera, ¿cómo puede saber el magistrado al inicio del proceso que la persona sujeta a él “*nunca ha gozado de la capacidad necesaria para otorgar un acto de esta naturaleza*” (segundo supuesto de excepción a la obligación de solicitar el informe al registro).

dignidad ni el derecho a ser escuchada, por ejemplo, para saber qué quería esa persona en lo atinente a la designación de su curador que es, precisamente, quien va a cobrar el beneficio previsional que se pretende. También tiene derecho a que se la escuche en cuanto a su lugar de residencia, sus afectos o demás circunstancias personales.

En caso de que algún magistrado deje de oficiar por esta causa prevista en la ley, creemos que se está introduciendo una afrenta a la persona sujeta al proceso, que, además, abre la posibilidad de eventuales daños de otra naturaleza.

c) El nombramiento del propio curador.

Se introduce mediante un agregado al art. 814 del código de rito la obligación de oficiar al mencionado registro de actos de autoprotección con el fin de conocer las disposiciones “efectuadas por la persona sujeta a curaduría, en relación a la designación del propio curador”.

En este caso también, a diferencia de la ley chaqueña, el juez puede prescindir del oficio al registro en iguales circunstancias a las previstas en el ya comentado art. 619 bis, lo que nos llama a formular igual crítica.

Cabe advertir aquí que conforme con el art. 383 del código civil “El padre mayor o menor de edad, y la madre ... el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura

pública ...” y que el 479 del mismo cuerpo legal confiere igual facultad a los padres para nombrar curadores a los hijos mayores de edad “dementes o sordomudos”, pero sólo bajo forma testamentaria. Y que estas decisiones se registran en el Registro de Testamentos⁷ y no en el Registro de Actos de Autoprotección pues se trata de disposiciones para ser cumplidas luego del fallecimiento del otorgante (actos de última voluntad).

d) El contenido del informe.

Tanto en el nuevo art. 619 bis como en el nuevo 814 del código de rito, se dispone que “De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas por el Registro al Juzgado actuante, y serán consideradas especialmente...” por el magistrado.

De la redacción transcrita de ambos artículos surge una contradicción con el ya citado art. 184 quater de la ley orgánica del notariado de la provincia, conforme con la redacción de la ley 14.154, el que dispone la prohibición de inscribir “dato alguno relativo al contenido de lo dispuesto del otorgante”, por lo cual resulta imposible al registro cumplir con la obligación de remitir al juzgado oficiante las

⁷ Decreto-Ley 9020/1978: “Artículo 178: El Colegio llevará el registro de testamentos, en el que se tomará razón de la existencia de documentos respectivos de manifestaciones de última voluntad, con prescindencia absoluta de su contenido, a saber: 1. Testamentos por acto público. ... 5. Las escrituras públicas por las que se nombra tutor con efecto para después del fallecimiento del otorgante ...”

“estipulaciones⁸ al respecto”. Sólo podría hacerlo en el supuesto de que se hubieren transcripto en la matrícula en virtud de la interpretación efectuada por el Consejo Directivo del colegio notarial (el caso de existencia de autorización expresa del otorgante del acto). Pero esta excepción está prevista por el reglamento vigente sólo para temas referidos a la salud del otorgante.

Entendemos que la búsqueda de la armonización de ambas leyes induce a interpretar que el Registro de Actos de Autoprotección sólo se encuentra obligado a responder mediante la indicación de la escritura, fecha, folio, registro notarial y demás datos que obren en sus matrículas acerca del acto otorgado por la persona a la que se refiere el oficio judicial. El magistrado deberá, en caso de informe positivo, requerir un nuevo oficio al notario actuante o al archivo en donde se encuentren guardados esos protocolos para conocer su contenido.

III. Colofón.

Al establecer la obligación de requerir informe al Registro de Actos de Autoprotección en los procesos en que se ventilen las limitaciones a la capacidad de obrar por sí misma de determinada persona, la nueva ley 14.334 de la provincia de Buenos Aires constituye un importante avance para garantizar la autodeterminación personal y el respeto de los derechos humanos esenciales.

⁸ Cabe acotar que la palabra “estipulaciones” no es la más apropiada, pues en la generalidad de los casos no se trata de estipulaciones (que siempre hacen referencia a actos bilaterales) sino de disposiciones unilaterales.

Lamentamos, empero, algunas modificaciones introducidas durante el proceso de su sanción, tales como: a) La falta de precisión en algunos de sus postulados (nos referimos específicamente a la designación del registro como informante del contenido de los actos al juez oficiante); y b) con todo énfasis, a la falta de respeto hacia las personas carentes de un patrimonio importante (al establecer que en estos casos el magistrado puede prescindir del informe).

Lo dicho conduce también a reflexionar acerca de la difícil tarea que tiene el legislador. Los nuevos paradigmas que imperan en cuestiones de capacidad de las personas – especialmente a partir del principio de “capacidad como variable” y de “capacidad progresiva” – exigen el dictado de normas muy diferentes a las vigentes en las legislaciones tradicionales. Surge así en la actualidad una nueva generación de ellas que no se basan en antecedentes remotos y largamente conocidos por los operadores del derecho.

Sin perjuicio de opinar que podría haber existido mayor esmero en la redacción de la mayoría de las disposiciones acuñadas recientemente, reconocemos que el cambio de paradigmas y la falta de antecedentes incide, a nuestro entender, en la existencia de muchas de las críticas y dudas que se formulan.⁹

⁹ Como otro ejemplo cabe mencionar las divergencias originadas en la sanción del Art. 152 ter del Código Civil (conforme ley 26.657). Si bien su postulado – en general – atiende a adecuar la legislación a los nuevos paradigmas, su redacción ha dado lugar a cantidad de críticas y dudas.

Deberá entonces el legislador extremar el cuidado – más de lo habitual - en la redacción de las que se dicten en el futuro, vinculadas con estos temas.

PROYECTO DE LEY MODIFICACIÓN LEY

26.529

Artículo 1º Modifícase el inciso e) del artículo 2º de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

e) *Autonomía de la voluntad.* El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Art. 2º Modificase el artículo 5º de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo. 5º: *Definición.* 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:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a 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 ;

b) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Art. 3º Modifícase el artículo de 6º de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 6º: *Obligatoriedad.* Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Art. 4° Incorpórase en el artículo 7° de la ley 26.529, el siguiente inciso:

f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

Art. 5° Modifíquese el artículo 10 de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 10: *Revocabilidad*. La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar

fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica.

Las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Art. 6º Modifíquese el artículo 11 de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

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 testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

Art. 7º Incorpórase como artículo 11 bis de la ley 26.529 - Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el siguiente texto:

Artículo 11 bis: Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.

Art. 8º Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

**COMENTARIO SOBRE EL PROYECTO DE
LEY SANCIONADO POR LA CÁMARA DE
DIPUTADOS DE LA NACIÓN. MODIFICACIÓN
LEY 26529. MUERTE DIGNA. DIRECTIVAS
ANTICIPADAS.**

Luis Rogelio Llorens¹

Alicia Beatriz Rajmil²

Considerando las opiniones vertidas y la evaluación realizada en el seno de la Comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino, realizamos a continuación un breve comentario sobre el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación, el que deberá ser considerado ahora en el Senado. Nos centramos para ello en el aspecto jurídico y especialmente en el tratamiento de las directivas

¹ Abogado. Titular Registro Notarial de la Provincia de Buenos Aires. Miembro Honorario del Instituto de Derecho e Integración.

² Abogada. Notaria. Titular de Registro Notarial de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe. Directora del Instituto de Derecho e Integración. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

anticipadas en el ámbito de la salud, sin incursionar en temas bioéticos que nos exceden.

I) INTRODUCCIÓN

La Cámara de Diputados de la Nación aprobó el pasado 30 de noviembre un proyecto de ley que modifica la ley 26529 sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. El proyecto con media sanción es el resultado del tratamiento y análisis de al menos, 10 proyectos legislativos acerca del ejercicio del derecho de toda persona a una muerte digna.

Debemos señalar que este derecho es ya reconocido en la práctica médica y en la legislación vigente pero que su ejercicio se torna complejo cuando el paciente encuentra dificultades para manifestar su voluntad en el momento de la decisión. Podemos advertir en el tratamiento del tema tres aspectos: Uno, con importantes vínculos con la moral y con la religión, acerca de la pertinencia o no del sostenimiento de la vida humana biológica en situaciones críticas; otro, con más incumbencia propia de lo jurídico que se refiere al derecho de cada individuo a decidir al respecto sobre sí mismo; y finalmente el modo o continente de esas decisiones, de propia competencia notarial. En estos últimos aspectos es en donde más estamos obligados a expresarnos.

El derecho a decidir sobre el propio cuerpo, a aceptar o rechazar tratamientos o terapias médicas, a intervenir en las decisiones sobre la propia salud, como derecho personalísimo que corresponde a todo ser humano, nos indica con meridiana claridad que nadie puede ser tratado médicamente en contra de su voluntad. Sin embargo, si el paciente no está consciente al momento de la decisión, otros, familiares y médicos, decidirán por él, quizás violando sus más íntimos sentimientos y valores.

En tal sentido, una muy reciente sentencia del 6/9/2011 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala I, en autos “D., M.A.”³ conforme con el voto de la Dra. Patricia Clerici, sostuvo que “en el juzgamiento de la cuestión (decisión de interrumpir la vida de quien se encuentra en estado vegetativo permanente y –obviamente- sin posibilidad de decidir por sí mismo desde hace muchísimos años) debe atenderse, exclusivamente, a la voluntad del paciente: - la de los médicos puede estar, directa o indirectamente, influenciada por otros intereses ..., - la de los parientes, aún en grado íntimo, también (...) la desconexión de las vías de alimentación y de hidratación es una condena de muerte cierta”.

Desde el ámbito notarial, desde hace tiempo, se da respuesta adecuada a la inquietud de asentar decisiones previas a través de los actos de autoprotección, conocidos también en relación a la salud como directivas anticipadas, que garantizan el derecho de todas las personas a

³ <http://www.abeledoperrot.com/NewsDetail?nid=108351>

tomar sus propias y libres decisiones autorreferentes para que sean respetadas en el futuro ante la pérdida de sus aptitudes de autogobierno. Estos actos, instrumentados en escritura pública, permiten dejar asentada de manera fehaciente nuestra voluntad aceptando o rechazando determinados tratamientos o decisiones con respecto a nuestra salud y también con respecto a otros temas no menores que refieren a nuestra calidad de vida, al manejo de nuestros bienes, a la designación de nuestro propio eventual curador y otros que hacen a nuestra dignidad.

II) OBSERVACIONES GENERALES:

El proyecto se propone atender el reclamo social generado por algunos casos que han sido dados a conocer por los medios de comunicación masivos de situaciones extremadamente dolorosas en el proceso de morir o en el de enfermedades de desarrollo prolongado y graves sufrimientos sin esperanza de mejoría. Apunta a facilitar la toma de decisiones con un mayor ejercicio consiguiente de la autonomía personal y a evitar el llamado “encarnizamiento terapéutico”.

Sin embargo, en este orden de ideas, el proyecto de ley no da respuesta al supuesto que más ha llamado la atención de los medios, cual es el de aquellas personas de cualquier edad que sin haberlo previsto se encuentran carentes del discernimiento necesario para

decidir por sí mismos y sufren un cruento y largo proceso de degradación personal que sólo puede conducir a la muerte.

Esa falta de respuesta, seguramente, es ajena a nuestros legisladores: La gravedad de la cuestión bioética y los otros intereses en juego a que se refiere la sentencia a la que hemos aludido, torna en extremo dificultoso hallar una solución prudente a tamaño problema. Al menos, en el estado actual de la evolución de nuestra cultura.

III) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El primer artículo del proyecto modifica el inciso e) del artículo 2º) de la ley 26529, el que queda redactado de la siguiente manera:

“Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual

situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.”

Lo resaltado en negrita corresponde a la modificación introducida por el proyecto en estudio.

Como podemos observar el párrafo incorporado especifica la potestad del paciente que se encuentra en determinadas circunstancias (enfermedad irreversible, incurable o en estadio terminal) de manifestar su voluntad en cuanto al rechazo también de determinados tratamientos (procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital) cuando sean desproporcionadas en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. Se trata de evitar el llamado encarnizamiento terapéutico. Puede considerarse sobreabundante ya que esta potestad no constituye una

excepción al derecho del paciente a aceptar o rechazar procedimientos o terapias médicas y otras decisiones relativas a su salud que reconoce el primer párrafo de la norma vigente, con más amplitud inclusive ya que el agregado del proyecto se refiere al derecho del paciente a “manifestar” su voluntad cuando la primer parte del artículo habla directamente del derecho a aceptar o rechazar dichos tratamientos.

Seguidamente la norma propuesta legisla con respecto al derecho del paciente a rechazar procedimientos de hidratación o alimentación, y lo circunscribe al caso de que dichos procedimientos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. Ya no se habla de “manifestar” la voluntad sino del derecho a aceptar o rechazar estos procedimientos, por lo cual se infiere que también es esta la intención del legislador en el párrafo anterior. Se trata de un tema medular en el debate generado en torno a la muerte digna y en el cual no incursionamos en el presente comentario por considerar que excede el ámbito exclusivo de lo jurídico notarial.

Entendemos que la reforma se propone una definición más contundente referida al derecho a la muerte digna, y a su vez intenta diferenciarlo del concepto de eutanasia lo cual surge del reclamo social al que hemos hecho referencia, pero nos preguntamos si la mayor especificidad no resulta limitativa del derecho del paciente a expresar su voluntad con respecto a su propia salud y a rechazar determinados tratamientos, más allá de las características de su dolencia.

Por otro lado por una cuestión de técnica legislativa y de claridad, el texto proyectado debería ser incluido entre el primer y segundo párrafo vigente, ya que podría interpretarse que el agregado se refiere sólo a los menores de edad.

IV) CONSENTIMIENTO INFORMADO

1) Contenido de la información.

El artículo segundo del proyecto aprobado por Diputados modifica el 5° de la ley vigente que define el consentimiento informado y establece el contenido de la información que el médico previamente debe brindar al paciente, el que queda redactado de la siguiente manera:

“Art. 5° - Definición. 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:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable ;

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.” Se resalta en negrita el texto introducido por la reforma propuesta.

Sin dudas se impone brindar al paciente la mayor y más clara información y asesoramiento en estos temas a fin de garantizar que su voluntad se exprese con total discernimiento, intención y libertad y con cabal comprensión de las consecuencias de sus decisiones. El agregado incorpora como información necesaria que debe recibir todo paciente la

que refiere al derecho a rechazar determinados procedimientos, no sólo a manifestar su voluntad al respecto, en las mismas circunstancias y con los alcances planteados en la primera norma analizada. Observamos una contradicción en el texto ya que la última parte del inciso limita el derecho a rechazar procedimientos de hidratación y alimentación al caso en que produzcan **como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable**, pero estos procedimientos ya están incluidos en la enumeración anterior del mismo inciso sin la limitación de la última parte.

2) Obligatoriedad. Incapacidad del paciente.

El artículo 3° del proyecto introduce un agregado al 6° de la ley 26529, artículo que se refiere a la obligatoriedad de contar con consentimiento informado del paciente para toda actuación médica, el que queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 6°: *Obligatoriedad.* Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas

en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. La negrita indica el texto agregado

En primer lugar debemos advertir que resulta impreciso el uso de la palabra “incapacidad” ¿Se refiere a la existencia de una sentencia limitativa de la capacidad de obrar o la mera falta de discernimiento? Por otro lado la CDN⁴, CDPD⁵ y las leyes 26061⁶ y 26657⁷ son portadoras de nuevos paradigmas que modifican el tradicional régimen de capacidad jurídica de las personas de nuestro CC, otorgan relevancia a la voluntad de los menores de edad y de las personas con discapacidad, y propenden al ejercicio autónomo de sus derechos, desterrando la sustitución de su voluntad por sus representantes legales.

⁴ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre de 1989. Aprobada por nuestro país por ley nacional 23849. Incorporada a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (artículo 75 inciso 22) con jerarquía constitucional.

⁵ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Incorporada al derecho argentino por ley 26378 en el año 2008.

⁶ Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada por el Congreso de la Nación el 28/09/2005.

⁷ Ley Nacional de Salud Mental. Sancionada por el Congreso de la Nación el 25/11/2010.

En materia bioética suele usarse la palabra “competencia” o “incompetencia” con un sentido preciso que no llama a duda alguna acerca de si se trata de la incapacidad declarada judicialmente o a la mera pérdida del discernimiento. Volveremos sobre ello al referirnos a las directivas anticipadas.

Debemos observar también que el proyecto remite a las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193 (trasplante de órganos), a fin de brindar el consentimiento en el supuesto planteado. Dicho artículo ha sido sustituido por el 8º de la ley 26.066 y designa en orden taxativo: a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma continua e ininterrumpida; b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho (18) años; b) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho (18) años; e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho (18) años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador.

Advertimos, tal como lo destaca la sentencia referida al inicio, que estas personas, generalmente eventuales herederos del paciente, pueden abrigar intereses contrapuestos. Sin lugar a dudas la primer persona que debería decidir en caso de incompetencia del paciente es aquella designada por él mismo en una directiva anticipada y sólo en

ausencia de dicha designación se debería apelar a sus familiares directos. Esto permitiría al paciente excluir a aquellos parientes de los que pueda tener sospechas o desconfianza o con los que no mantiene estrecha relación.

Pero debemos tener en cuenta que la norma de la ley 24193 apela a las personas señaladas, en el caso concreto de la ablación de órganos, para que den testimonio de la última voluntad del causante al respecto. Este es el aspecto medular que debemos considerar también aquí, ya que el proyecto nos remite a los mismos requisitos de aquella norma, siempre es preeminente la voluntad del paciente y a ella se deben remitir todas las decisiones. En definitiva consideramos confusa la redacción y entendemos que es fundamental dejar claramente establecidos los principios que deberían respetarse, a nuestro entender:

- a) La preeminencia de la voluntad del paciente por sobre la de los allegados.
- b) La preeminencia de la voluntad posterior por sobre la anterior en tanto y en cuanto no cambien las circunstancias.
- c) Que los allegados no pueden modificar la voluntad expresa y anterior manifestada por el propio paciente.

Todo debería también que dar librado a la prudencia de los beneficiarios de las declaraciones de voluntad.

Consideramos positivo el último párrafo de la norma en cuanto garantiza la participación del paciente “en la medida de sus posibilidades” en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, acorde con la CDPD, ley 26061 y 26657. En materia de minoridad se habla de la “capacidad progresiva” y en materia de mayores incompetentes de la “capacidad como variable”. Esta expresión “en la medida de sus posibilidades” habilita ambos conceptos: Capacidad progresiva y capacidad como variable.

Deseamos destacar también que la norma establece la obligación de los médicos de obtener el consentimiento informado del paciente para toda práctica médica, pero no se expide con respecto a la responsabilidad que le cabe en el caso de no cumplir con la voluntad expresada.

3) Forma

El artículo 4° del proyecto modifica el 7° de la ley 26529 que se refiere a la forma del consentimiento informado, el que será verbal con las siguientes excepciones: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación. **La reforma incorpora el inciso f)** el que establece que en el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° (entendemos que se refiere al rechazo del

tratamiento propuesto) deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto. Es decir que mientras el paciente acepte los tratamientos propuestos es suficiente su mera expresión verbal, no así en el caso de su rechazo en el cual se exige una mayor formalidad. La norma apunta más a salvaguardar la responsabilidad profesional que a garantizar el respeto a la voluntad del paciente.

4) Revocabilidad

El artículo 5° del proyecto modifica el 10 de la ley 26.529, que establece la revocabilidad de la decisión del paciente en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados y obliga al profesional tratante a acatar dicha decisión y a adoptar todas las previsiones del caso para asegurar que fue adoptada con conocimiento de los riesgos previsible que la decisión implica. La reforma elimina del primer párrafo al representante legal del paciente e introduce en un segundo párrafo a las personas señaladas en el artículo 21 de la ley 24.193 quienes podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.

Valgan aquí las mismas observaciones que efectuamos al comentar el artículo 3° del proyecto, su taxativo orden de prelación y la necesidad de reconocer en primer lugar a la persona designada por el paciente previamente.

V) DIRECTIVAS ANTICIPADAS

El artículo 6° del proyecto modifica el artículo 11 de la ley 26.529 el que quedará redactado de la siguiente manera:

“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 testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”. El párrafo destacado en negrita corresponde a la reforma.

1) Aspectos generales.

Esta modificación reviste, por las razones ya expresadas al comienzo del presente comentario, un gran interés notarial. Al respecto debemos señalar en primer lugar que el proyecto pierde la oportunidad de corregir la redacción originaria de la ley 26529 en aspectos que consideramos poco precisos y confusos. Nos referimos concretamente a:

- a) Introducir “y” entre “capaz” y “mayor”. Sin la conjunción la expresión resulta confusa.
- b) La expresión “deberán ser aceptadas por el médico a cargo” quiere indicar, indudablemente que las directivas anticipadas son obligatorias para el médico a cargo. Sin embargo, podría mal interpretarse de manera tal de entender que ellas requieren la aceptación del médico a cargo.
- c) Sustituir la palabra “inexistentes” pues las eventuales directivas anticipadas que “impliquen prácticas eutanásicas” serían nulas, de nulidad absoluta, pero serían “existentes”. La categoría jurídica de los actos inexistentes se sostiene por parte de la doctrina para otra categoría de actos (Ej. acto jurídico carente de firmas).

2) Forma

El texto vigente de la ley 26.529 carece de indicación acerca de las formas del acto. Corresponde, dada la gravedad de la cuestión, que el acto reúna las formas requeridas por la ley. El proyecto da respuesta a esta necesidad, pero al respecto debemos señalar lo siguiente:

- a) La expresión “por escrito ante Escribano Público” debería reemplazarse por razones de claridad y seguridad jurídica por “escritura pública”. La escritura pública es el instrumento idóneo para asentar de manera fehaciente la voluntad de las personas en el sentido indicado. Asegura la privacidad y certeza que el ejercicio de estos derechos reclama así como la autenticidad del documento. Da plena fe sobre las

declaraciones que contiene, confiere fecha cierta y matricidad. Se trata de la herramienta adecuada para rodear al acto de las garantías que aseguren la voluntad bien deliberada, la intención y la libertad de su autor. Resultan fundamentales las entrevistas previas, que servirán al escribano para interpretar cabalmente la voluntad de su requirente y le permitirá a su vez brindarle el asesoramiento necesario sobre el alcance y las consecuencias del acto a otorgar. De manera alguna estas garantías estarían presentes en el otorgamiento del acto en forma privada con firmas certificadas por escribano público.

b) En cuanto a que estas declaraciones puedan otorgarse ante “juzgados de primera instancia”, vemos serias dificultades prácticas para su implementación de manera segura y eficiente. La celeridad no se compatibiliza con los procedimientos judiciales. ¿Se trataría de un proceso de jurisdicción voluntaria? ¿Se trataría de una información sumaria? ¿Requeriría una sentencia judicial para otorgarle validez? Genera más dudas que seguridades y requerirá una reglamentación exhaustiva.

c) Con respecto a los testigos no queda claro si es un requisito para los actos a otorgar ante Juzgados de Primera Instancia o también “por escrito ante Escribano Público”.

d) Establece la norma proyectada que la revocación se puede otorgar sin recurrir a forma alguna. A primera vista parece afectar el principio que resulta del art. 1.184 inc. 10 del código civil. Sin embargo, parece apropiado que en estos supuestos (al igual que el testamento ológrafo

posterior que revoca uno por escritura pública anterior), en aras al respeto de la voluntad del paciente, cualquiera sea la forma, la decisión posterior revoque a la anterior.

3) Capacidad y mayoría de edad.

Debemos referirnos nuevamente al requisito de que el otorgante del acto sea capaz y mayor de edad. Este tema amerita ser considerado con prudencia. Es necesario comprender los grandes cambios operados en el régimen de capacidad jurídica de las personas por las normas internacionales, constitucionales y nacionales vigentes que mencionamos. Ellas nos hablan de una capacidad jurídica universal y protegen el ejercicio autónomo de los derechos de todas las personas, con el apoyo necesario en caso de limitaciones de sus naturales aptitudes de autogobierno. Es decir que se da prioridad al discernimiento concreto de la persona para el acto que va a otorgar y no a parámetros rígidos.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño y la ley 26.061 reconocen a las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a su madurez y desarrollo, el derecho a expresar su opinión libremente y a que ésta sea tenida en cuenta en todos los asuntos que le conciernan y en aquellos en que tenga interés. Este derecho abarca todos los ámbitos en que se manifieste, lo cual es reconocido específicamente en materia de salud por el artículo dos, inciso “e”, de la misma ley nacional 26.529

cuando establece que tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Nos preguntamos entonces la razón de vedarles el derecho a expresar dicha opinión anticipadamente para ser tenida en cuenta, en caso de que no pueda expresarse al momento de la decisión, a fin de ser ponderada junto con las decisiones de sus representantes legales y demás circunstancias clínicas. No es más que efectivizar el derecho a ser oído.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce a las personas con deficiencias mentales o intelectuales, estén protegidas o no por un régimen de salvaguardias en el ejercicio de su capacidad, el respeto a su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la igualdad de oportunidades (art 3). En todas las medidas que se tomen con respecto a su capacidad jurídica (art. 12) se debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, sin excluir la voluntad y las preferencias expresadas con anterioridad a la pérdida o disminución de la aptitud de valerse por sí misma.

Con igual espíritu la ley 26657 incorpora al CC el art Artículo 152 ter que establece: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse

por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”. Es decir que si la sentencia no impide al afectado otorgar este tipo de actos estaría habilitado para hacerlo.

Aún más, entendemos que una sentencia que declara la “incapacidad” de una persona, en los términos de los artículos 140 y 141 del CC., de conformidad con el nuevo art. 152 ter incorporado al mismo cuerpo, no podría restringirle a esa persona el derecho a opinar y a que esa opinión sea tenida en cuenta. (Art. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; art. 475 del código civil; art. 2, 3, 24 y 27 de la ley 26.061⁸. Dicho esto – obviamente – en la medida en que las circunstancias personales de la persona le permitan emitir opiniones.

Considerando esta normativa creemos que el esquema al que debe atenerse la norma propuesta es el siguiente:

a) Toda persona en pleno uso de su discernimiento y con comprensión de las consecuencias de su decisión, puede otorgar directivas anticipadas sobre su propia salud. Dichas directivas son de cumplimiento obligatorio para el médico tratante en tanto no varíen las circunstancias, no exista revocación por algún medio o sean contrarias al ordenamiento jurídico.

⁸ Se refieren al derecho a “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés” y a “Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”.

b) En el caso de menores de edad, dichas directivas deberán ser tenidas en cuenta por el médico tratante y ponderarse junto con las decisiones de sus representantes legales y demás circunstancias.

c) En el caso de personas con deficiencias psíquicas o intelectuales, de no existir sentencia que limite el ejercicio de este derecho, el médico debe cumplir con las directivas impartidas. Aún cuando exista limitación al ejercicio de esos derechos, dichas directivas deberán ser tenidas en cuenta por el médico tratante y ponderarse junto con las decisiones de sus representantes legales y demás circunstancias.

4) Responsabilidad profesional

El artículo 7° del proyecto incorpora como artículo 11 bis de la ley 26.529 - el siguiente texto:

“Artículo 11 bis: Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.

Al respecto nos preguntamos: ¿Quién puede ser responsabilizado por el cumplimiento de una ley? Por otro lado no establece responsabilidad para el que la incumple al no ejecutar la voluntad del paciente contenida en las directivas anticipadas con lo cual se resta imperatividad al derecho que se pretende proteger.

En definitiva el proyecto detalla prolijamente el derecho del paciente a manifestar la voluntad en cuanto a la elección de procedimientos médicos, a su rechazo, etc. (tanto en el consentimiento informado como en las directivas anticipadas) pero no resulta clara su obligatoriedad para el médico tratante. La obligatoriedad se remarca en cuanto a la necesidad de contar con el consentimiento informado pero no a la obligatoriedad del cumplimiento de la decisión presente o anticipada.

V) CONCLUSIONES

Como comentario final señalamos que el ejercicio del derecho a otorgar directivas anticipadas sobre salud debe estar garantizado por el principio de igualdad de oportunidades. A tal fin, además de las observaciones expresadas, consideramos que tanto el acceso a la escritura pública como a los tribunales debe asegurar la gratuidad para el supuesto de carecer de medios el otorgante.

El tratamiento de este proyecto significa un avance importante hacia la protección del ejercicio igualitario de los derechos personalísimos de todos los seres humanos. De superar algunos aspectos confusos el objetivo buscado sin dudas tendrá el éxito que merece.

El derecho a decidir, inclusive de manera anticipada, sobre la propia salud, refiere al ejercicio de un derecho personalísimo

garantizado por principios constitucionales. Por lo tanto, su regulación debe ser clara y evitar conflictos interpretativos. En concreto, debe respaldar un principio tantas veces enunciado y, a veces, lamentablemente olvidado: la seguridad jurídica.

**"HACIA LA PROTECCIÓN DE LA VOLUNTAD
DE LA PERSONA VULNERABLE:
COMENTARIO DE LA LEY 29633, QUE
FACULTA LA DESIGNACIÓN DEL PROPIO
CURADOR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA"**

Rosalía Mejía Rosasco¹

Sumilla: Introducción. Denominación de la norma. Marco Jurídico Existente a la Promulgación de la Ley: Tratados Internacionales. La Incorporación de los Derechos Fundamentales en el régimen constitucional del Perú en los últimos 30 años. Constitución de 1979. Constitución de 1993. El Tribunal Constitucional. La persona en el Código Civil. La Capacidad en el Código Civil. La Curatela en el Código Civil. Comentarios a la Ley 29633. Nombramiento de la persona del

¹ Notaria de Lima. Magister en Maestría Registral y Notarial. Profesora de la Maestría de Derecho Civil y Derecho Registral y Notarial en la Sección Pos grado de la Universidad San Martín de Porres, Perú.

curador. Formalidades de la Designación del Nombramiento de curador.
a).- Por escritura pública. b).- Testigos. c).- Facultades. d) Inscripción en el Registro de las Personas Naturales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). Efecto Vinculante del Nombramiento. Vigilancia del ejercicio del cargo del curador.
Conclusiones.

Introducción.

La novísima Ley 29633, denominada "*Ley que fortalece la Tutela del Incapaz o Adulto Mayor Mediante la Modificación de Diversos Artículos del Código Civil*", fue promulgada en el diario oficial El Peruano, con fecha 18 de diciembre del año 2010. Esta norma modifica la institución de Curatela regulada en el Código Civil. Incorpora el artículo 568°-A, que faculta a toda persona adulta mayor a nombrar en forma anticipada la persona que ejercerá el cargo de curador en caso de su futura incapacidad, modifica el artículo 569° estableciendo la prelación de la Curatela legítima e incorpora el inciso 9 al artículo 2030°, que establece la inscripción del nombramiento del curador en el Registro Personal.

En cuanto a las formalidades, la Ley ha señalado la escritura pública como la única forma válida para el nombramiento del curador. Además, establece la inscripción del acto en el Registro Personal de la Oficina de los Registros Públicos.

El Proyecto de Ley fue elaborado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, y aprobado por la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social del Congreso de la República.

No existió debate conocido, ni publicidad previa alguna. Su promulgación tomó por sorpresa a la ciudadanía, hasta el punto que a pesar de haber transcurrido casi un año desde la promulgación de la norma, son muy pocos los comentarios presentados y siguen pendientes de promulgarse normas complementarias, que permitirían la mejor ejecución de tan importante cambio en la institución de la Curatela.

A pesar de lo mencionado, han sido inscritas en la Oficina Registral diversas escrituras públicas de designación del propio curador, lo que acredita la aceptación en la sociedad de esta facultad anhelada desde hace algún tiempo. Este hecho cobra mayor relevancia al tener en cuenta los cambios ocurridos en la estructura de la familia (tales como la adopción de nuevos modelos o el reconocimiento de la unión de hecho) y las nuevas posibilidades que plantea el diagnóstico, en las decisiones referidas a la salud mental de las personas.

La legislación peruana en materia de salud desde hace más de catorce años² ha regulado el consentimiento informado y los derechos del

² La Ley 26842, Ley General de la Salud promulgada en el 15 de julio de 1997 establece lo siguiente:

Artículo 15o.- Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

c) A no ser sometida, sin su consentimiento, a exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes;

paciente, así como la obligación de contar con su consentimiento previo antes de someterlo a cualquier intervención de parte de los profesionales de la salud.

Sin embargo, lo que aún se encuentra pendiente es la actualización de la legislación civil a esta nueva realidad, configurada por los avances de la ciencia y la tecnología, y que coloca a la persona en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esto se evidenciaría en temas concernientes a la atención de las personas frente a su propia incapacidad o del ejercicio de sus derechos fundamentales, en especial los referidos a la autonomía.

Dichos temas motivaron mi atención en el ejercicio de la función notarial, en la asesoría de personas que acudían al despacho con la intención de ordenar sus bienes y tomar las decisiones respecto a su persona ante una ausencia por viaje, frente a una futura incapacidad, y aun para después de su muerte. Pude advertir que el mandato y el testamento eran las instituciones civiles que resolvían la ejecución por un

d) A no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo;

g) A que se lee en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren;

h) A que se le comunique todo lo necesarios para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste (...)

tercero de las disposiciones durante la vigencia de su capacidad y para después del fallecimiento de la persona, respectivamente; pero que existía un espacio de tiempo en que la persona en caso de encontrarse con vida, pero incapacitada perdía la autonomía y el derecho a autogobernarse. Esta era sustituida por un tercero, a quien el Juez designaba.

Es así que llegué a la conclusión que frente a la propia incapacidad, había un alto riesgo que la persona no pueda expresar su voluntad. Por lo tanto, era imprescindible encontrar una herramienta legal, que le permita en forma anticipada designar a la persona de su propio curador e instruirla sobre las decisiones que deberían ser tomadas para hacer valer sus derechos fundamentales y, de esa forma, asegurar el respeto a su dignidad.

Fue en el año 2007, cuando cursaba la Maestría de Derecho Notarial y Registral, que escribí un primer artículo al respecto, publicado en la página web de la Sección de Pos Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Al terminar el artículo, estaba convencida que la investigación apenas comenzaba. Por ello, ese fue el tema de mi tesis de maestría, que después fue publicada bajo el título “Estipulaciones de Autotutela para la Propia Incapacidad: La Penúltima Voluntad”. La frase final del título tenía el propósito de presentar el tema, que en ese momento era nuevo, casi desconocido en la legislación y la doctrina en el Perú.

En el trabajo mencionado, presenté un proyecto de ley que ha sido reflejado en lo sustantivo en la Ley 29633. Así, por ejemplo, ésta

asume la posibilidad del nombramiento anticipado de la persona del curador, la libertad en la elección (sin exigir vínculo de parentesco), la posibilidad de negarse al nombramiento de una persona determinada, las facultades a ser otorgadas, la formalidad de la escritura pública, la presencia de los testigos, entre otros aspectos. Sin embargo, hay temas que sugerí en el proyecto y que la norma no ha regulado (o lo ha hecho en sentido diferente), como la inscripción en el Registro Personal sin limitación de publicidad (en lugar de la inscripción sugerida con el carácter de reservado en un registro especial) u otros, que seguramente serán objeto de regulación posterior, mediante normas especiales.

Ha sido necesario dejar transcurrir el tiempo, antes de comentar la mencionada ley, a fin de evitar la comparación subjetiva con el proyecto que presenté en su oportunidad.

Denominación de la norma:

Una primera reflexión que motiva la Ley es el título asignado por el legislador. El título de una norma jurídica usualmente tiene como objetivo resaltar en forma breve los aspectos que regula. La Ley 29633 se denomina *“Ley que fortalece la Tutela del Incapaz o Adulto Mayor Mediante la Modificación de Diversos Artículos del Código Civil”*. El título nos sugiere algunas interrogantes como las siguientes:

¿Incapaz y Adulto Mayor son sinónimos?

¿Todo adulto mayor es incapaz?

Entendemos que son dos conceptos diferentes. “Adulto Mayor” es un término que no aparece contemplado en el Código Civil. Este cuerpo legal, que se maneja con terminología vigente en la fecha de su promulgación (año 1984), se refiere a la persona como “menor de edad” y “mayor de edad”.

En cuanto al concepto de capacidad, el Código Civil distingue a las personas clasificándolas como “capaces” - siendo la edad uno de los criterios utilizados -, y por otro lado, como “incapaces” (a los que a su vez divide en incapaces “absolutos” y “relativos”). Si bien no define el término, el legislador establece los casos en que se adquiere la capacidad de ejercicio o de goce, y en los que no se ha adquirido aún, o que teniéndola se pierde.

La Curatela, regulada en el Código Civil hasta antes de la Ley 29633, no hizo mención alguna al concepto “Adulto Mayor”.

La definición de “Adulto Mayor” apareció en la legislación nacional recién con la Ley 28803, de fecha 19 de julio del año 2006. El objeto establecido en el artículo primero de la norma es *“...que garantice los mecanismos legales para el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en la Constitución Política y los Tratados Internacionales vigentes de las Personas Adultas Mayores para mejorar su calidad de vida y que se integren plenamente al desarrollo social, económico, político y cultural, contribuyendo al respeto de su dignidad”*.

El artículo segundo de la Ley 28803 define el concepto legal de Adulto Mayor: *“Entiéndase por personas adultas mayores a todas aquellas que tengan 60 o más años de edad”*.

Esta norma legal fue promulgada como resultado de la aplicación de diversos compromisos asumidos en eventos internacionales, que se desarrollaron en los últimos 20 años del s. XX.

La preocupación generalizada por la calidad de vida de la persona mayor o de la tercera edad, así como la necesidad de protección especial que merece del Estado, se inició con la Primera Asamblea Internacional sobre el Envejecimiento (Viena, 1982). Dicha inquietud fue asimismo objeto de la Conferencia Internacional Sobre la Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social (Copenhague, 1995).

Estos primeros eventos pusieron en relieve la situación de vulnerabilidad del denominado “Adulto Mayor”. Dichos acontecimientos motivaron, en el año 1988, la aprobación del Plan Nacional de Población 1998-2002³; dispositivo que recoge el mandato de las Naciones Unidas de proporcionar un marco de referencia para la protección y promoción de los derechos de personas de más de 60 años, a los cuales se hizo referencia como los “Adultos Mayores”.

A nivel internacional, se evaluaron los resultados de este compromiso en la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento

³ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-98-PROMUDEH

(Madrid, 2002). En dicho encuentro se aprobó el *Plan de Acción y Estrategias a largo plazo para un envejecimiento saludable*.

En el año 2006, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) presentó el "*Plan Nacional para las Personas Adultas Mayores 2006-2010*" (D.S. N° 006-2006-MIMDES), con la finalidad de implementar acciones coordinadas entre las organizaciones gubernamentales y la sociedad civil. De esa forma, se buscaba incrementar la calidad de los servicios de salud y así garantizar un envejecimiento saludable.

La título de la Ley 29633 señala como uno de los objetivos, el de "*Fortalecer la Tutela*". Por ello, modifica las normas del Código Civil que regulan la Tutela del Adulto, denominada Curatela (la institución de la Tutela en la legislación se encuentra contemplada para el amparo del menor de edad).

Sin embargo, ambas instituciones se rigen por las mismas normas en todo lo que resultase pertinente, salvo en las reglas específicas. En el caso de la Tutela, reconoce a los padres como tutores de los hijos menores y adultos incapacitados. Establece la posibilidad de que ellos designen tutor por escritura pública o testamento. En el caso de la Curatela de la persona mayor de edad, el nombramiento es exclusivamente judicial y según el orden preestablecido en el Código Civil.

En consecuencia, nos preguntamos lo siguiente: ¿el legislador sólo ha pretendido modificar la Curatela al establecer la posibilidad del nombramiento anticipado de toda persona mayor de edad? ¿O debemos entender que se encuentra incorporada la posibilidad de que una persona adulta mayor pudiera nombrar a su propio curador, aun en los casos en que se encuentre incurso en una de las causales previstas para la declaración de interdicción?

De ser esta última una interpretación válida, el nombramiento del curador es una facultad que puede ser invocada para proteger a cualquier persona, se encuentre en estado de incapacidad o no, con el solo requisito que sea mayor de edad.

En otras legislaciones europeas, como es el caso del Código Civil Italiano, se reconoce la figura del curador por decisión propia del adulto mayor. Este, manteniendo sus facultades para actuar por sí mismo, toma la decisión de designar curador con el objeto de que lo proteja y actúe en su nombre ante determinados actos, tales como prestar el consentimiento en medidas relacionadas con su propia.

La nueva relación horizontal del médico con el paciente, ha motivado el deber de información previa de los profesionales de la salud con este último. Del mismo modo, la consecuente obligación de recabar el consentimiento informado en forma previa, trae como resultado una nueva responsabilidad para el propio paciente respecto de sí mismo.

En efecto, el paciente no tiene más una actitud pasiva frente a las decisiones médicas respecto de su salud. Por el contrario, es un sujeto activo que recibe información, la analiza y forma una voluntad propia, aceptando o rechazando las posibilidades que se le presentan. Así, la persona ejerce el control del ejercicio que los profesionales de la salud asumirán respecto a sí mismo.

Este nuevo rol del paciente, sin embargo, ha tomado por sorpresa a algunas personas, en especial a los adultos mayores. Por ello, frecuentemente prefieren no tomar decisiones por sí mismos. La información y la posibilidad de elegir les produce temor e inseguridad, por lo que renuncian al ejercicio de este derecho, al otorgarle la facultad a un tercero (quien presta el consentimiento o rechazo de la propuesta médica).

A pesar de que ni el proyecto ni la ley han presentado una exposición de motivos suficiente, resulta claro que la colectividad venía reclamando el derecho de designar en forma voluntaria y anticipada el nombramiento del curador, ante el evidente perjuicio que significa el transcurso del tiempo necesario para obtener su designación por vía judicial.

Marco Jurídico Existente a la Promulgación de la Ley:

Se reseñará en forma breve el marco legal vigente a la fecha de promulgación de la Ley 29633, conformado por los Tratados

Internacionales ratificados por el Perú (incorporados en la Constitución) y la legislación vigente. Estos reconocen los derechos fundamentales de la persona, a la vida, la igualdad, la dignidad y la autodeterminación de la persona, entre otros; que en términos tan precisos, el maestro Fernández Sessarego refiere como “Proyecto de Vida” en procura de la efectivización de la defensa de los derechos fundamentales de la persona, el respeto a su dignidad y la garantía de protección de la colectividad y el Estado.

Tratados Internacionales.

El Perú ha suscrito diversos tratados internacionales que han sido promulgados en los últimos 50 años del siglo pasado. Estos acuerdos han perfilado la labor del legislador en los documentos nacionales, a través de su incorporación en la Constitución, el Código Civil y la demás legislación.

Nos referimos, en primer lugar, a la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, del 10 de diciembre de 1948, que entró en vigencia en el Perú a partir del año 1976.

Este instrumento consagra, en el artículo primero, la libertad e igualdad en dignidad de todos los seres humanos. El artículo 2º ratifica la universalidad de la aplicación de los derechos. Señala lo siguiente: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier*

otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

En segundo lugar, es importante mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. El Preámbulo de este documento establece el *“propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”*.⁴

Por otro lado, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵; reconocen el derecho a la vida, a no ser sometido a torturas, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la igualdad, entre otros. Crea el Comité de Derechos Humanos, para actuar en forma independiente de los gobiernos, supervisar el cumplimiento del Pacto por los estados parte y recibir comunicaciones de quienes aleguen haber sido víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos reconocidos.

Además se suscribió el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Culturales y Sociales, - sobre no discriminación -, que garantiza la igualdad del hombre y la mujer a gozar de los derechos

⁴ Este instrumento fue aprobado mediante el Decreto Ley 22231 del 11 de julio de 1978.

⁵ Ambos actos entraron en vigor el 18 de julio de 1978.

reconocidos, el trabajo, la educación y la salud. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, integrado por expertos independientes, tiene a su cargo la vigilancia de la aplicación del Pacto.

Bajo la influencia de estos documentos, en 1979 se promulgó en el Perú la Constitución Política del Estado que modificó la anterior de 1933. Aquella introdujo por primera vez, los derechos fundamentales de la persona en la Constitución Peruana. Del mismo modo, reconoció el derecho de toda persona a la vida, al libre desenvolvimiento de su personalidad, a la igualdad ante la ley, a la libertad de conciencia y de religión, a las libertades de información, opinión, expresión y difusión de pensamiento, al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, entre otros derechos fundamentales de la persona.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” fue adoptado el 17 de noviembre de 1988.

El Preámbulo de este documento señala que los Estados partes de la Convención Americana, reconocen la estrecha relación existente entre los derechos civiles y políticos, y los estados económicos, sociales y culturales, *“por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente...”*

Los Estados que Ratifican el Protocolo *“se comprometen a adoptar las medidas necesarias (...) hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”*.

Este instrumento reconoce el derecho a la salud, a un medio ambiente sano y a la familia. Del mismo modo, enfatiza de manera expresa el de los niños, ancianos y minusválidos.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en Guatemala el 6 de julio de 1999, por la Asamblea General de la OEA, fue ratificada por el Perú el 6 de agosto del mismo año.

Esta constituye el primer instrumento regional en materia de discapacidad. Reafirma *“que todas las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano.”*

El Artículo I define el término discapacidad como *“una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”*.

Esta definición de la discapacidad de la persona, desde el punto de vista jurídico, incorpora en un solo término todas las definiciones legales anteriores asumidas por el Código para referirse a los individuos, que por deficiencias físicas, mentales o sensoriales se encuentran limitados en el pleno goce de sus derechos.

El punto 2) del Artículo I se refiere a la orientación que debe tener en cuenta el legislador nacional al regular la promoción, integración o desarrollo preferencial de las personas con discapacidad, evitando que tal distinción afecte su derecho a la igualdad. De singular relevancia, resulta la mención expresa referida a la declaración de la interdicción: *“En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”*.

Concluimos que la Convención ratifica que la persona que incurra en una de las causales previstas legalmente para ser declarado interdicto, le resulta de aplicación los derechos y reconocimientos estipulados en ésta.

La Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad ⁶, incorporó a la legislación nacional los Convenios Internacionales suscritos por el Perú, sobre los derechos y obligaciones a favor de dicho grupo humano. La Ley establece el régimen legal de protección de la persona con discapacidad para que *“...alcance su desarrollo e integración social, económica y cultural, previsto en el Artículo 7 de la Constitución Política del Estado”*.

⁶ Promulgada el 31 de diciembre de 1998.

Reconoce la igualdad de derechos de la persona con discapacidad, sin perjuicio de los derechos especiales contemplados en la Constitución o las disposiciones especiales.

El Artículo 2 de la Ley 27050 recoge la definición de la persona con discapacidad establecida en la Convención. Estipula lo siguiente:

“La persona con discapacidad es aquella que tiene una o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad.”

La Incorporación de los Derechos Fundamentales en el régimen constitucional del Perú en los últimos 30 años.

Constitución de 1979.

En el Perú, los derechos fundamentales de la persona fueron recogidos por primera vez en la Constitución Política de 1979 (promulgada por la Asamblea Constituyente, después de doce años de la dictadura del gobierno militar), que entró en vigencia al instalarse el Gobierno Constitucional, en las elecciones 1979-1982.

La Constitución de 1979 ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo Facultativo del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (incluidos sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y el Convenio 151 de la Organización Internacional de Trabajo (sobre protección del derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública).

Respecto a los derechos fundamentales de la persona, la Constitución de 1979 dispone que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*. De esta forma, establece como obligación horizontal de todos los ciudadanos - y no solo de las autoridades - el rol que les corresponde respecto a la defensa de la persona y el respeto de su dignidad.

La Constitución de 1979 reconoce como fundamentales de la persona el derecho a la vida, al nombre propio, a la integridad física, al “libre desenvolvimiento de su personalidad”, a la igualdad ante la ley, a la no discriminación, a la libertad, al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, entre otros.

El artículo 4 de la Constitución establece el número apertus de los derechos del hombre sustentados en la dignidad.⁷

En lo que respecta al derecho de la salud, la Constitución de 1979 incide todavía en el rol del Estado como conductor de la salud pública de los ciudadanos. Sin embargo, introduce el concepto de la salud como derecho y deber de la persona: “*Artículo 15.- Todos tienen derecho a la protección de la salud integral y el deber de participar en la promoción y defensa de su salud, la de su medio familiar y de la comunidad*”.

Resulta innovador el pronunciamiento expreso que contiene el artículo 19 de dicha Carta Magna, respecto a los derechos de la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de deficiencia física o mental, el reconocimiento del derecho de su dignidad y la obligación de establecer “*un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad*”. Establece además beneficios tributarios a las entidades sin fines de lucro que presten algún servicio especial a dicho grupo humano, ya sean personas jurídicas o individuales⁸.

⁷ Artículo 4.- *La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

⁸ Artículo 19.- *La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Las entidades que sin fines de lucro prestan los servicios previstos en este régimen, así como quienes tienen incapaces a su cargo, no tributan sobre la renta que aplican a los gastos correspondientes. Tampoco tributan las donaciones dedicadas a los mismos fines.*

Por otro lado, esta fue una Constitución de gran importancia para el Perú, ya que se originó en un momento crucial en la historia nacional: el abandono de una dictadura militar, que había subordinado los derechos constitucionales al Estatuto Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Además preparó la base constitucional para la instauración de un régimen democrático, que restauró la Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico. Todo ello implicó el consiguiente reconocimiento de los derechos fundamentales, el respeto a la dignidad de la persona e inclusive, la ratificación de los documentos internacionales promulgados durante el régimen de dictadura, que contemplaban su regulación en temas específicos.

Constitución de 1993

Si bien la Constitución de 1979 cumplió un objetivo histórico, no pudo brindar todas las condiciones necesarias para instaurar un régimen de economía social de mercado que asegure la inversión extranjera.

Respecto a la persona, la Constitución de 1993 establece lo siguiente: “Artículo 1º.- Defensa de la persona humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

De la lectura de esta norma, ratificamos que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad no es solo función del Estado, sino

que constituye un deber de las personas individuales y colectivas (de derecho privado o público). Por lo tanto, coincide con el carácter horizontal de la defensa de la persona humana y de su dignidad, reconocidas en la Constitución de 1979.

Aunque algunos doctrinarios han pretendido discutir la sutil diferencia que encuentran en la redacción de una y otra Constitución; resulta irrelevante detenerse en ello, porque en lo esencial, ambos dispositivos contienen el mismo reconocimiento respecto de la persona y el rol de defensa, que no es exclusivo del Estado.

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1993 recogen los derechos ya establecidos en la anterior, incorporando algunas precisiones acordes con los tratados internacionales promulgados más recientemente. Algunos de ellos son los criterios de interpretación de las resoluciones de Tribunales Internacionales y el Tribunal de Garantías Constitucionales (posteriormente el Tribunal Constitucional), así como la doctrina internacional y nacional.

Los derechos fundamentales que se vinculan con nuestro tema, reconocidos en por el artículo 2º de la Constitución de 1993, son (entre otros) el derecho:

“1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar....2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado ...3. A la libertad de conciencia y de religión, ...5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad

pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal ... 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar...7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias...22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.”

La Constitución de 1993 reconoció expresamente el *numerus apertus* de los derechos de la persona vinculados en la dignidad del hombre.⁹

En cuanto al derecho de la salud de las personas, el artículo 7° de la Constitución dispone que: *“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.”*

Adviértase la gran diferencia con la regulación de este mismo tema, en la Constitución de 1979. En efecto, el artículo 19 de la anterior

⁹ Artículo 3°.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus *La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

Constitución reconocía beneficios tributarios a las “... entidades que sin fines de lucro prestan los servicios previstos en este régimen, así como quienes tienen incapacas a su cargo, no tributan sobre la renta que aplican a los gastos correspondientes. Tampoco tributan las donaciones dedicadas a los mismos fines”.

La Constitución vigente no contiene dispositivo similar, lo que resulta lamentable. Es evidente que la atención de una persona incapacitada no puede generar ingresos por sí misma, salvo que sea propietaria de bienes que generen renta, a pesar de no ocuparse ella misma de su administración. Aun en este caso, la generación de rentas estará supeditada a una buena administración, dirigida evidentemente por una persona que tendrá que dedicar tiempo y esmero en su atención. En peor situación se encontraría la persona incapacitada, que para su atención requiere que otro disponga parte de su patrimonio en los gastos que origina el cuidado de sí mismo, los cuales no podrían ser justificados para efectos de la tributación.

La omisión de la Constitución respecto a este beneficio tributario, que hubiera significado una garantía de protección a la persona incapacitada, pudo haber sido subsanado en la Ley 29633.

Xosé Antón Barreiro Pereira se pronunció en ese sentido, al comentar la Ley 29633, en un artículo publicado con motivo de su promulgación. Reconoce el acierto de la norma, al señalar que “*En un país como el Perú en el que la justicia civil se encuentra crónicamente al borde del colapso, es un lujo prescindir de los técnicas de autonomía privada, por eso la institución de la*

*delegación de curador por la propia persona que en un futuro pueda necesitar de esta institución o no, ha significado un paso adelante muy importante.*¹⁰

Sin embargo, el autor reclama la ausencia de beneficios tributarios al curador, encargado del cuidado de la persona incapacitada. Dice al respecto lo siguiente: “... *el legislador peruano debe acompañar esta reforma legal con reformas fiscales de tal suerte que el hecho de ser un tutor o curador de una persona incapaz, no suponga un mayor coste económico y moral no solo protegiendo el patrimonio del incapaz, sino también premiando y ayudando impositivamente al tutor o curador.*”

En lo que se refiere a la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la Cuarta Disposición Final y Transitoria dispone que debe aplicarse la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú sobre la materia. En consecuencia, explicita el carácter de incorporación a la legislación nacional (es decir, por encima de la Constitución) de los documentos internacionales ratificados en el Perú.¹¹

¹⁰ Artículo publicado en Gaceta Jurídica, Revista Jurídica del Perú, enero 2011, Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú. Pág. 19.

¹¹ Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

El Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional es el órgano diseñado por la Constitución para interpretar y adecuar los principios y las normas que ella regula. De esa forma, se encarga de velar por su aplicación en todos los demás dispositivos legales (ante la decisión de los jueces, tribunales, otras autoridades públicas o civiles y los particulares en general).

Las sentencias del Tribunal Constitucional constituyen la interpretación auténtica de la Constitución frente a situaciones generadas en la realidad que, aunque no tienen una regulación especial en la Constitución, se encuentran amparadas por los principios y derechos reconocidos en esta norma de superior jerarquía.

Se señalarán, a continuación, algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional de los últimos 5 años; que han sido emitidas con posterioridad a la ratificación de los Convenios Internacionales antes señalados, y en las que se reconocen derechos vinculados a la autodeterminación de la persona, la Curatela y el discernimiento.

En la sentencia de fecha 24 de setiembre de 2009, recaída en el Expediente N° 2313-2009-HC/TC, el Tribunal Constitucional resolvió la denuncia de Habeas Corpus formulada por el hermano de una persona declarada interdicta, a la que no se le dejaba salir de una Casa de Reposo y Cuidados Especiales.

El Fundamento 5 de la sentencia define el derecho de autodeterminación en el caso de las personas con capacidades atenuadas:

“El concepto de autodeterminación se encuentra directamente ligado al de dignidad, principio fundamental que verdaderamente estructura nuestro sistema jurídico. Así la autodeterminación se compone de elementos como la libertad, la autoridad para asumir decisiones y la responsabilidad que estas determinaciones puedan generar. Si bien las personas con enfermedades mentales ven estas capacidades atenuadas –dependiendo el deterioro cognoscitivo y mental que afronten – ello no significa, en principio la pérdida absoluta de las mismas.”

Respecto a la validez de la expresión de la voluntad de las personas con discapacidad mental, el Fundamento 6 de la sentencia del Tribunal precisa lo siguiente:

“La discapacidad mental no es sinónimo, prima facie, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las personas que adolecen de enfermedades mentales, suelen tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta puesto que ello es una manifestación de su autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad”.

Incluso en los casos en que se encuentre nombrada la persona del curador, de conformidad con los requisitos establecidos en el Código Civil - que en la fecha de la sentencia solo podía ser designado por el Juez -; el Tribunal reconoce en el Fundamento 7, el derecho de la persona declarada interdicta de expresar su voluntad y decidir respecto a los actos relevantes de su vida.

En reciente sentencia de fecha 19 de julio de 2011, recaída en el Expediente N° 00032-2010-PI/TC, en el Proceso de

Inconstitucionalidad de la Ley N° 28705, '*Ley General para la Prevención y control de los Riesgos del Consumo de Tabaco*'; el Tribunal interpreta el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad - reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución - respecto al ejercicio de la autonomía de la persona, al señalar lo siguiente:

“... no cabe que el Estado limite la libertad de elección y acción de las personas, con el objetivo de lograr su propio bienestar, bajo el argumento de una supuesta formación y ejecución irracional de la voluntad. Dicha limitación constituiría una seria afectación a la autonomía moral del ser humano, subrogando el Estado su propio criterio acerca de la racionalidad al criterio que el ser humano debe ser libre de forjar y ejecutar al amparo de la construcción de su propio plan de vida.”

Invoca el esencial reconocimiento del derecho a “equivocarse”, vigente en el Estado Constitucional. Al respecto, sostiene lo siguiente:

“La persona humana debe gozar del mayor grado de libertad posible en la construcción y ejecución de su propio proyecto de vida y de la satisfacción de sus propios intereses, aun cuando éstos puedan resultar irracionales para una amplia mayoría social...”

La persona en el Código Civil.

El Código Civil Peruano de 1984, que sustituyó al de 1936, fue considerado, en la fecha de su promulgación, un instrumento legal de avanzada. Reconoce a la persona como una categoría del sujeto de

derecho, que resulta inherente a la persona natural desde su concepción y durante toda su vida, y que sólo se extingue con la muerte.

El Artículo 5 reconoce como derechos de la persona:

“El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6º”.

El Artículo 6 prohíbe *“los actos de disposición del propio cuerpo, cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres”*. Sin embargo, el mismo artículo contempla como excepción aquellos casos en que tal decisión corresponda *“a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.”*

El Artículo 7 establece la facultad de donar: *“partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneren”*. Señala, por primera vez en un texto legal vinculado a la salud de la persona, la obligación de prestar *“consentimiento expreso y escrito del donante”*.

Debe tenerse presente que esta norma no se refiere a los actos de disposición para después de la muerte, sino que regula aquellos que sin comprometer la vida de la persona, le producen un deterioro en la salud. Es evidente aunque el perjuicio no resulte grave, sin lugar a dudas afectaría la condición y/o calidad de la persona.

La Capacidad en el Código Civil.

El Código Civil sigue la teoría de la capacidad como elemento natural de la persona. Desarrolla el tema desde una posición dualista, a saber, capacidad de goce y capacidad de ejercicio. En el artículo 3º, establece la universalidad de la capacidad: *“Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley.”*

La capacidad de ejercicio de todas las personas mayores de edad se encuentra reconocida en el artículo 42º del Código Civil, que establece: *“Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43º y 44º”.*

En lo que respecta al tema de la capacidad de la persona, el Código Civil lamentablemente sigue regulando el tema de la incapacidad como un binomio: mantiene el concepto de capacidad versus incapacidad, al presentar ambos conceptos como opuestos.

Según lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil, la designación de curador se encuentra contemplada para las personas referidas en los artículos 43 (incisos 2 y 3) y 44 (incisos 2 a 8), que establecen lo siguiente:

“Artículo 43.- Incapacidad absoluta

Son absolutamente incapaces

2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Artículo 44. Incapacidad relativa

Son relativamente incapaces

2. Los retardados mentales.

3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.”

En conclusión, el Código Civil no especifica que la capacidad es un proceso que se adquiere paulatinamente y se pierde, por lo regular, de la misma manera. Este hecho comprobado es reconocido en las legislaciones más modernas, que han adecuado los conceptos legales a la realidad en temas de salud mental.

La capacidad, una vez obtenida, se va perdiendo gradualmente con el transcurso del tiempo. Ésta se vería afectada por la pérdida de habilidades mentales, el deterioro de la salud mental y física, la acción ajena e imprevista de un accidente o ante hechos relacionados a la salud (en algunos casos predecibles y en otros, no). Podría ser la consecuencia, por ejemplo, de los efectos colaterales de una operación quirúrgica o de la aplicación de un tratamiento médico severo.

La Curatela en el Código Civil.

La institución de la Curatela se encuentra regulada desde el artículo 564° hasta el 618° del Código Civil. Fue concebida a partir del concepto de capacidad jurídica, antes descrito como una institución de amparo familiar.

En la fecha en que fue promulgado el Código Civil de 1984, se encontraba todavía vigente el concepto de Familia Tradicional, entendida como el núcleo de la sociedad. Ésta se conformaba por una pareja unida en matrimonio, vinculada a los demás integrantes por lazos de consanguinidad. Entre los presupuestos del legislador, se encontraba la unión indestructible de los vínculos generados en la familia, que entre otras cosas aseguraba el apoyo moral y económico entre sus miembros.

La realidad actual de la familia es muy diferente. El legislador y los Tribunales reconocen cada vez mayor diversidad en los componentes familiares, el tiempo de duración de ésta como institución y los tipos de vinculación, apoyo y soporte que se encuentran presentes entre sus miembros. La corta duración de los matrimonios, las diversas modalidades de uniones de pareja, los hijos que se incorporan en las nuevas familias, el hecho de no compartir el mismo domicilio (ya sea por razones de trabajo, estudio o salud), son tan solo algunas de las circunstancias que han variado los presupuestos bajo los cuales se reguló originalmente la institución mencionada.

La Curatela se encuentra contemplada en el Capítulo Segundo del Título II del Código Civil, denominado "*Instituciones Supletorias de Amparo*". La tutela y el consejo de familia, que constituyen las otras dos

instituciones de amparo familiar, se encuentran reguladas en el Capítulo Primero y Tercero, respectivamente, de esta misma sección.

La Curatela es una institución prevista para las personas mayores de edad en determinados casos de incapacidad, ya sea absoluta o relativa. Concretamente se refiere a las personas que se encuentran en las situaciones indicadas en los incisos 2 y 3 del artículo 43° del Código Civil, y en los incisos 2 a 8 del artículo 44°.

En cambio, la regulación de la Curatela establecida en la Ley 29633, se encuentra referida solo a las personas mayores adultas que se encuentren en los supuestos contemplados en los numerales 2 y 3 del artículo 43, y numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil. En consecuencia, el nombramiento del propio curador, apenas tendría vigencia en los siguientes casos:

- Los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento.
- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.
- Los retardados mentales.
- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Resulta lamentable que una ley moderna, que incorpora la Autotutela o Actos de Autoprotección a través de la facultad del

nombramiento del propio curador, se haya visto obligada a conservar, por razones de técnica legislativa, el infeliz texto del todavía vigente Código Civil.

Comentarios a la Ley 29633.

A continuación, se comentarán las principales modificaciones introducidas por la Ley 29633 en la legislación vigente:

- Nombramiento de la persona del curador.

El Código Civil establecía la exclusiva facultad del Juez de nombrar la persona del curador, siendo un requisito indispensable previo, la declaración judicial de interdicción.

El artículo 568 del Código Civil establece, para la Curatela, la aplicación supletoria de las reglas relativas a la Tutela, que es designada judicialmente por los padres a través de la escritura pública o por testamento. El artículo 569 del mismo cuerpo legal establece la prelación de las personas a ser designadas por el Juez, en el cargo de curador.

La Ley 29633 optó por la modificación de este dispositivo legal al incorporar, en forma previa al 569, un nuevo artículo designado por la Ley como Artículo 568-A, que establece la facultad de todo adulto mayor de nombrar su propio curador.

Artículo 568-A.- Facultad para nombrar su propio curador

Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos.

En consecuencia, el otorgante puede designar a una o varias personas. En caso de más de un curador, su ejercicio puede ser conjunto, indistinto o sucesivo. La elección le corresponde al otorgante al momento del nombramiento.

La actuación conjunta de más de un curador puede estar justificada en la diversa naturaleza de las facultades que le pueden ser asignadas. Así, por ejemplo, uno de los curadores podría recibir las facultades necesarias para el cuidado personal del otorgante, y otro las que se encuentren destinadas a la administración de los bienes.

Además, la facultad del otorgante de designar más de una persona en el cargo de curador se asimila a lo previsto por el legislador en el nombramiento de Albacea, especificado en el artículo 778° del Código Civil, que señala:

Artículo 778°.- Nombramiento de Albacea

El testador puede encomendar a una o varias personas, a quienes se denomina albaceas o ejecutores testamentarios, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad.

Resulta recomendable que se estipule una norma similar a la establecida en el artículo 780° (que regula la actuación de la pluralidad de albaceas):

Artículo 780.- Pluralidad de albaceas

Cuando hay varios albaceas testamentarios nombrados para que ejerzan el cargo conjuntamente, vale lo que todos de consuno o lo que haga uno de ellos autorizado por los demás. En caso de desacuerdo vale lo que decide la mayoría.

Al regular la actuación de varios curadores, habrá que tener en cuenta la naturaleza específica de dicho encargo. A diferencia del Albacea que solamente administra bienes de la masa hereditaria, el curador debe dirigirse tanto a atender el cuidado de la persona declarada interdicta (velar por su salud, alimentación y bienestar), como a administrar sus bienes.

Es probable que lo conveniente sea que el otorgante, al realizar el nombramiento, establezca las obligaciones del curador; que por un lado son de naturaleza extrapatrimonial - de índole personalísima- y, por el otro, corresponden a la esfera de los derechos extrapatrimoniales. Solo por excepción y previa autorización expresa, podrán ejercerse facultades de naturaleza patrimonial. Subsiste, por tanto, la actitud conservadora del patrimonio del sujeto devenido en incapaz.

Una de las particularidades de la Ley 29633 respecto al nombramiento de la persona del curador, es haber contemplado la posibilidad de que la persona declare su voluntad en la escritura pública únicamente de forma negativa. Esto es, que no ejerza la facultad de nombrar su curador, pero que imposibilite que el Juez nombre a una

persona que podría encontrarse entre los previstos en la ley para ejercer el cargo.

La negativa a la designación de determinada persona como curador no tiene que ser justificada, puesto que a pesar de que las personas contempladas en el Código para ocupar el cargo son el cónyuge y los parientes directos, no constituye un derecho de éstos el ser designados como curadores. Éste es, más bien, un privilegio de la propia persona ante su futura incapacidad. Por ello, se concluye que a pesar de mantenerse la Curatela dentro de las instituciones de amparo familiar, el legislador ha reconocido que existe la posibilidad de que alguien encuentre fuera del entorno familiar a la persona con mayores cualidades para dicho cargo.

Se ratifica pues que la facultad concedida a toda persona adulta mayor de nombrar a su propio curador es un reconocimiento al derecho de autodefinición de su proyecto de vida, que se mantiene más allá de la capacidad.

- Formalidades de la Designación del Nombramiento de curador.-

En cuanto a los aspectos formales del nombramiento del curador, la Ley 29633 ha señalado los siguientes requisitos:

a) Escritura pública.

La escritura pública es la más exigente de las formalidades que el legislador o las partes optan para obtener la mayor garantía de seguridad, certeza, conservación y Fe Pública.

Los requisitos formales de los actos y contratos se encuentran regulados en el Código Civil, en cada caso específico. En nuestro ordenamiento legal, la escritura pública exige como requisito previo la presentación de la minuta o contrato privado suscrito por los otorgantes, y autorizada por abogado. De acuerdo con la legislación peruana, el notario no está autorizado a suscribir minutas, salvo en aquellos casos (como de causa propia o de familiares directos) en los que éste, por norma expresa, se encuentre prohibido de ejercer su función.¹²

No obstante lo anteriormente señalado, existen determinados actos o contratos, previstos expresamente en la legislación, en los cuales no resulta exigible la presentación de la minuta para la extensión de la escritura pública. En su mayoría, estos casos se vinculan a temas familiares. La opción del legislador habría sido beneficiar la formalización

¹² Decreto Legislativo del Notariado, Decreto Legislativo N° 1049.

Artículo 17°.- Prohibiciones al Notario

Está prohibido al notario:

a) *Autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado, respectivamente.*

b) *Autorizar instrumentos públicos de personas jurídicas en las que él, su cónyuge, o los parientes indicados en el inciso anterior participen en el capital o patrimonio, salvo en aquellos casos de sociedades que se cotizan en la bolsa de valores; así como de aquellas personas jurídicas en las que tengan la calidad de administradores, director, gerente, apoderados o representación alguna.*

de actos de repercusión en el ámbito familiar, al dotarlos de la seguridad de la escritura pública, sin exigencia de minuta.

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 del Decreto Legislativo 1049, no es exigible la minuta en los siguientes casos: *a) Otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del poder. b) Renuncia de nacionalidad. c) Nombramiento de tutor y curador en los casos que puede hacerse por escritura pública. d) Reconocimiento de hijos. e) Autorización para el matrimonio de menores de edad otorgada por quienes ejercen la patria potestad. f) Aceptación expresa o renuncia de herencia. g) Declaración jurada de bienes y rentas. h) Donación de órganos y tejidos. i) Constitución de micro y pequeñas empresas. j) Hipoteca unilateral; y, k) Otros que la ley señale.*

El nombramiento de curador, establecido en la Ley 29633, no señala en forma expresa si resulta exigible la minuta como requisito previo a la formalización ante Notario, con la extensión de la escritura pública. Consideramos que la minuta no debería ser un requisito previo en este caso particular, debido a la reserva que debe procurarse en el nombramiento del curador. Del mismo modo, se debe tener en cuenta el criterio del legislador en otros casos de similar naturaleza, en los que ha eximido al otorgante del requisito de presentación de la minuta.

Es más, se plantea que aun sin aclaración expresa de la norma para esta nueva facultad de nombrar curador en forma anticipada, que ha regulado la Ley 29633, resultaría de aplicación el inciso c) del artículo 58 del Decreto Legislativo 1049 (antes transcrito), que establece que no

resulta exigible la minuta en los casos de nombramiento de curador que pueden hacerse por escritura pública.

b) Testigos.

La Ley 29633 no ha establecido los requisitos y/o impedimentos para ser testigos al momento de extenderse la escritura pública.

La presencia de testigos en sede notarial ha quedado reducida a algunos casos puntuales: el otorgamiento de Testamento por Escritura Pública, el Testamento Cerrado, la formalización de una escritura pública de una persona iletrada o con impedimento físico para firmar, entre otros. Así también, es requisito indispensable la presencia de testigos en el trámite de algunos procesos no contenciosos por disposición expresa de norma especial, como - por ejemplo - el Reconocimiento de la Unión de Hecho o la Prescripción Adquisitiva de Dominio.

Al tener en cuenta la naturaleza del acto que constituye el nombramiento del propio curador, es evidente que el testigo debería ser una persona que tenga cualidades específicas que acrediten su idoneidad para participar en este acto. Consideramos que deberían resultar de aplicación los requisitos e impedimentos similares a los testigos en testamento, por tratarse de actos jurídicos análogos. Esta similitud se evidenciaría sobre todo en la trascendencia del acto unilateral que realiza el otorgante, los requisitos de reserva, que exigen la mayor discreción, imparcialidad y ausencia de interés personal del testigo.

c) Facultades.

La Ley 29633 no ha establecido limitación alguna a las facultades que el otorgante puede asignar al curador. Sin embargo, consideramos que resultaría de aplicación en este caso, lo dispuesto en el Código Civil para la misma circunstancia.

El artículo 576 del Código Civil establece: *“El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de incapacidad, en sus negocios”*.

Las facultades del curador contempladas en el Código Civil responden a la realidad vigente en la fecha de su promulgación (1984), en la que el legislador no había recogido aún ciertos derechos de los pacientes. Nos referimos tanto al derecho a ser informado en forma previa con respecto a cualquier medida a ser aplicada en materia de su salud, como a la obligación de los médicos, y demás profesionales de la salud, de recabar el consentimiento informado del paciente.

La Ley General de la Salud del Perú, Ley N° 26842, fue publicada 13 años después (1997), a la vigencia del mismo Código Civil. Es recién en esa fecha, que se incorporaron en la legislación nacional los derechos del paciente.

Así lo contempla el Artículo 4 de la Ley, que dice lo siguiente: *“Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o*

estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia”.

La norma se pronuncia, a continuación, respecto a las personas incapaces y las formalidades del consentimiento informado: *“En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos”.*

El último párrafo de esta norma hace una invocación a que el reglamento establezca *“...los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido”.*

El derecho de información del paciente y el consentimiento informado, que se encontraban regulados desde su promulgación en el artículo 15 de la Ley General de la Salud, fueron modificados por la Ley 29414 - *“Ley que establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud”*-, publicada el 2 de octubre del año 2009. Ésta señala que toda persona tiene derecho a lo siguiente:

“15.2 Acceso a la información

a) A ser informada adecuada y oportunamente de los derechos que tiene en su calidad de paciente y de cómo ejercerlos, ..

b) (...)

c) *A recibir información necesaria sobre los servicios de salud a los que puede acceder y los requisitos necesarios para su uso, previo al sometimiento a procedimientos diagnósticos o terapéuticos, con excepción de las situaciones de emergencia en que se requiera aplicar dichos procedimientos.*

d) *A recibir información completa de las razones que justifican su traslado dentro o fuera del establecimiento de salud, otorgándole las facilidades para tal fin, minimizando los riesgos. El paciente tiene derecho a no ser trasladado sin su consentimiento, salvo razón justificada del responsable del establecimiento. Si no está en condiciones de expresarlo, lo asume el llamado por ley o su representante legal.*

e) (...)

f) *A recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren. Tiene derecho a recibir información de sus necesidades de atención y tratamiento al ser dado de alta.*

g) *A ser informada sobre su derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa. La negativa a recibir el tratamiento puede expresarse anticipadamente, una vez conocido el plan terapéutico contra la enfermedad.*

b) *A ser informada sobre la condición experimental de la aplicación de medicamentos o tratamientos, así como de los riesgos y efectos secundarios de éstos.*

i) (...)

15.4 Consentimiento informado

a) *Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad;*

b) *A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece;*

c) *A no ser sometida, sin su consentimiento, a exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes;*

d) *A no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo;*

e) *A no ser discriminado en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afectare;*

f) *A que se le brinde información veraz, oportuna y completa sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y demás términos y condiciones del servicio;*

g) A que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las medicamentos que se le prescriban y administren;

h) A que se le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste;

i) A que se le entregue el informe de alta al finalizar su estancia en el establecimiento de salud y, si lo solicita, copia de la epicrisis y de su historia clínica”.

La Ley General de la Salud ha sido objeto de normas reglamentarias específicas - tales como Directivas, Resoluciones Ministeriales o Resoluciones Directorales -, pero no han sido sistematizadas en un reglamento general. Algunas de las disposiciones de menor rango emitidas por el Ministerio de Salud, han establecido formalidades expresas para el otorgamiento del consentimiento informado, según los diferentes casos de aplicación de la ciencia o la tecnología en los pacientes. Algunas de estas formalidades a las que aluden normas de la salud, han exigido la presencia de testigos, la firma legalizada del paciente, entre otros requisitos.

Las autoridades de la administración de la salud han entendido que un simple formulario no resulta suficiente para la declaración del consentimiento informado del paciente.

Consideramos que la escritura pública de nombramiento de curador ofrece la oportunidad adecuada para que la persona preste su consentimiento informado en forma anticipada. De esa forma, entregaría al curador las facultades suficientes para realizar las acciones necesarias frente a todo tipo de autoridades y, así, velar por el respeto de su consentimiento informado en materia de la salud.

Nos permitimos sugerir, que al extender la escritura pública, el otorgante, de considerarlo pertinente, exprese lo siguiente:

El curador nombrado en este documento ejercerá las facultades que se indican a continuación, que expresan mi voluntad asumida voluntaria y libremente en pleno uso de mis facultades mentales, y en ejercicio del derecho de autodeterminación del proyecto de vida que he diseñado para mi persona hasta el final de mi existencia, siendo éstas las siguientes:

- Decisiones referidas a la salud:

Declaro que en caso de encontrarme en estado vegetativo o con agudo sufrimiento por una enfermedad terminal, sin posibilidad de recuperación, mi voluntad es la siguiente:

1).- No deseo que me conecten a un respirador artificial, ni que me practiquen la alimentación por vía gaseométrica o por entubamiento directo.

2).- Rechazo todo procedimiento tendiente a la resucitación y los tratamientos invasivos a permanencia que prolonguen mi vida artificialmente.

3).- Rechazo el resucitador cardiopulmonar.

4).- No acepto ser sometido a decisión médica alguna que conlleve el riesgo de tener que someterme a diálisis por el resto de mi vida.

5).- No deseo permanecer internado en un centro hospitalario, ni en un centro de recuperación, casa de bienestar o de cuidados especiales. Es mi mayor deseo permanecer en mi actual domicilio por todo el tiempo que resulte posible.

6).- Acepto se me administren drogas para aliviar el dolor y evitar el sufrimiento, aunque ellas puedan acelerar mi muerte.

En los supuestos casos en que el otorgante tuviera conocimiento anticipado de los problemas de salud que pueden generar la pérdida de su capacidad, así como los tratamientos o intervenciones (y los riesgos que éstos tendrían respecto a su salud), podría hacer referencia expresa a esta situación, al orientar el ejercicio del cargo del curador.

d) Inscripción en el Registro de las Personas Naturales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).-

El Registro de Personas Naturales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, de acuerdo con lo estipulado en el inciso a del Artículo 2º de la Ley 26366, Ley General de los Registros Públicos, unifica los siguientes: Registro de Mandatos y Poderes, Registro de Sucesiones Intestadas, Registro Personal y Registro de Comerciantes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2030 del Código Civil, en el Registro Personal se inscriben (entre otros) los actos, contratos y resoluciones judiciales que se mencionarán a continuación:

“1.- Las resoluciones en que se declara la incapacidad y las que limiten la capacidad de las personas.”

Coincidimos con la Ley 29633 en que el Registro Personas Naturales es al que corresponde la inscripción de la designación de la persona del curador. Sin embargo, no estamos de acuerdo con la ausencia de las formalidades establecidas respecto a la publicidad de la inscripción.

En efecto, tal y conforme ha sido redactada la norma, no ha enfatizado la reserva que debe exigirse en un acto de dicha naturaleza.

El legislador no habría advertido que la designación de la persona de curador es un acto unilateral, establecido en forma anticipada al momento de su ejecución. El otorgante, al momento de elegir a la persona que podrá ejercer el cargo de curador ante la futura incapacidad, concede un encargo de extrema confianza a un tercero que puede ser su cónyuge, familiar o un tercero. La designación de dicha persona podría generar resentimientos entre los miembros de la familia del otorgante, lo que alteraría la paz y armonía en las relaciones familiares.

Por consiguiente, consideramos que la ausencia de reserva de este acto podría tener efectos negativos, al desalentar la utilización de dicha facultad de parte de las personas, ante el temor de la publicidad de una

decisión que no necesariamente se habría comunicado a los propios familiares.

El nombramiento de curador se distingue del mandato o poder, en gran medida, debido al momento de su ejecución. El mandatario o apoderado, por regla general, ejerce el mandato inmediatamente después de haber sido designado. En cambio, el curador designado por el interesado, ejerce su encargo recién a partir del hecho de la incapacidad del otorgante. En consecuencia, la publicidad del otorgamiento de un mandato o poder se encuentra acorde con la naturaleza del acto y el momento de su ejecución, situación que no ocurre en el caso de la designación del curador.

Entendemos que la designación de curador se asemejaría, más bien, al otorgamiento del testamento; que por ser un acto que contiene disposiciones de carácter extrapatrimonial - tales como la designación de los herederos, legatarios, albaceas o el reconocimiento de hijo, personal y patrimonial -, se mantiene en reserva hasta que ocurra el fallecimiento del testador. En el caso de la designación de curador, el cargo es de naturaleza personalísima (pues será la persona encargada de velar por la salud y el bienestar del otorgante a partir de su incapacidad), por lo que debería seguir las mismas reglas de reserva que el testamento.

En consecuencia, la publicidad sin reserva alguna de la designación anticipada del curador atentaría contra el derecho fundamental a la intimidad de la persona, que ha sido reconocido en la

Constitución como un límite a la publicidad de la información recibida por cualquier entidad pública o privada.

Siguiendo el mismo lineamiento, el artículo 128° del Reglamento General de los Registros Públicos - contenido en la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 195-2001-SUNARP-SN -, establece como límite al acceso a la información de los actos y contratos inscritos en el archivo registral, la información que *“afecte el derecho a la intimidad, ésta sólo podrá otorgarse a quienes acrediten legítimo interés, conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos”*.

En consecuencia, se esperaría que a pesar de no existir mandato expreso, la Oficina Registral, en aplicación de los dispositivos legales invocados y al tener en cuenta el artículo 1 de la Constitución - que establece la defensa de la persona en los derechos fundamentales y el respeto a su dignidad - , deba mantener la reserva de los actos de nombramiento de curador hasta que el propio otorgante se encuentre en estado de incapacidad.

El texto de la norma, que podría incorporarse al Reglamento de Inscripciones para los actos de designación de curador, sería el siguiente:

El nombramiento de curador, las modificaciones, ampliaciones, revocaciones, extinción y cualquier resolución judicial que se remita al nombramiento del propio curador, se inscribirán en el Registro Personal con el carácter de reserva mientras no se

acredite el estado de incapacidad del otorgante. Solo se publicitará el contenido de la inscripción al propio otorgante o al Juez.

También se encontraría pendiente la estipulación legal de la reserva que debe guardar el Notario, respecto al nombramiento del curador. Éste quedaría prohibido de informar, otorgar testimonios o prestar declaración alguna acerca de las escrituras públicas que hubiese otorgado de nombramiento de curador, hasta la fecha en que el Juez le comunique que se haya iniciado el proceso de interdicción o verificado la incapacidad del otorgante.

Efecto Vinculante del Nombramiento.

La Ley 29633 establece que el nombramiento de curador efectuado por el interesado bajo las formalidades establecidas en la ley, tiene efectos vinculantes para el Juez (por lo que este último no podría nombrar a persona distinta a la designada por el curador).

El segundo párrafo del nuevo artículo 568-A, introducido por la Ley 29633, establece: *“El Juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez”.*

De la lectura de esta norma, se advierte que el valor vinculante, y por consiguiente la ejecución del nombramiento efectuado en forma anticipada por la persona, no surtiría efectos hasta después de declarada la interdicción del otorgante.

Nos preguntamos: ¿en todos los casos en que la persona se encuentre en incapacidad de expresarse por sí mismo, presupuesto para el cual nombra el curador en forma anticipada, sería necesario esperar la declaración de interdicción?

¿Acaso no existiría la posibilidad de que la incapacidad total y absoluta del otorgante sea tan solo temporal, y que aun así se requiera el ejercicio del cargo del curador nombrado, sin esperar el pronunciamiento judicial que declare interdicto al otorgante?

Nos referimos a casos como el de una persona que por razones de enfermedad o accidente quede absolutamente incapaz de expresarse en forma válida, hasta que se someta a una intervención, que en breve tiempo lograría que recupere su capacidad total. ¿No podría el curador ejercer el cargo de inmediato?

Consideramos que el legislador debería reflexionar sobre la actualización integral de la institución de la Curatela y la consiguiente declaración de interdicción. Asimismo, se debería tener en cuenta las diversas situaciones en las que se puede encontrar una persona frente a la atención de su salud; de manera tal que se le otorgue las herramientas legales necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho a

decidir acerca de la persona de su curador, y prestar su consentimiento en todos los demás temas relacionados con su salud, ya sea directamente o a través de éste. Para el último caso, podría expresar su voluntad por adelantado, mediante el otorgamiento de una escritura pública que se haría efectiva en el momento inmediato en que es requerida.

Proponemos se establezca que frente a casos de inmediata necesidad del otorgante, la persona, designada en forma anticipada en escritura pública, se encuentre facultada para asumir el cargo. Con el objeto de evitar abusos, podría establecerse la obligación del curador de comunicar los hechos al Juez, para lo cual deberá acompañar el certificado médico que acredite la incapacidad del otorgante.

En la fecha, existe ya regulación especial dirigida a la verificación inmediata - por parte del Fiscal, Juez u otra autoridad competente -, de hechos sorprendidos que coloquen en situación de inminente riesgo la salud, vida u otro derecho fundamental de la persona, con el objeto de que se tomen las medidas pertinentes de protección.

Si bien los hechos que determinan el estado de incapacidad de las personas pueden ser progresivos - tales como la demencia senil, el Alzheimer y otros casos de enfermedad de deterioro paulatino - , es importante mencionar que existen otros casos (como un accidente súbito que deja a una persona en estado de coma) que son instantáneos y requieren actuación inmediata.

Vigilancia del ejercicio del cargo del curador.

Una de las graves omisiones en la Ley 29633, es no haber establecido la forma en que se debe vigilar y supervisar el desempeño del curador.

Entre las facultades reconocidas a la persona, debería considerarse la de establecer por sí mismo la forma en que se debe controlar el ejercicio de dicho cargo y sus causales de cese.

El artículo 176 del Código de Familia de Cataluña regula sobre la materia y dispone: *“Tanto la persona interesada como el padre y la madre del menor o incapaz pueden establecer las medidas de control de la actuación tutelar y, en su caso, de la administración patrimonial que se crean convenientes, sin perjuicio de las que puedan establecerse judicialmente”*.

Por consiguiente, el efecto vinculante de la designación de la persona del curador no eximiría al Juez de la labor tuitiva que debe cumplir, en defensa de la persona devenida en incapaz.

Podría presentarse inclusive el caso que el propio curador devenga en incapaz, o se encuentre ante la imposibilidad de ejercer el cargo por razones de salud, viaje o cualquier otra circunstancia perjudicial no prevista por el otorgante. En dichos casos, se entiende que es el Juez el llamado a decidir las medidas necesarias en beneficio de la persona incapaz.

Emelina Dávila Huertas, al comentar la Autotutela, señala que la persona: *“También tendrá plena libertad para determinar si junto a la persona del*

*tutor deberán constituirse otros organismos tutelares, como puede ser un Consejo de Familia, un protutor, un administrador patrimonial...*¹³

Conclusiones.

La Ley 29633 tiene el inmenso valor de haber establecido la posibilidad de que la persona designe en forma anticipada a la persona de su curador.

La labor del Juez frente a la Curatela de la persona devenida en incapaz no es más de su exclusiva competencia, sino que se encuentra supeditada a la voluntad de la propia persona, antes de hallarse ésta en estado de incapacidad.

El Juez cumple una labor supletoria o, en todo caso, complementaria, pero siempre protectora de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad de la persona en estado de incapacidad.

Existen temas pendientes de ser atendidos por el legislador frente a las modificaciones de la Curatela: la reserva del contenido de la escritura pública del nombramiento, los órganos de vigilancia del control de las funciones del curador, y la distinción entre la incapacidad sobrevenida en forma súbita (quizás temporal) y la que es producida por causas irreversibles.

¹³ Pérez De Vargas Muñoz, José, La Autotutela: Una Institución a regular por nuestro Código Civil. En Revista de Derecho Privado, Universidad de La Rioja. Diciembre 2001. Págs. 25-26

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL COLEGIADO

DE FAMILIA Nro 5 ¹

Y VISTOS: los presentes caratulados B., L. R. Y OT. S/ VENIA PARA CONTRAER MATRIMONIO. Expte. 3323/11.

De los que resulta: Que L. R. B. y P. G. N. padres de N. P. N. de 17 años de edad y B. A. M. de 16 años con patrocinio letrado solicitan se dispense a la última del impedimento de edad mínima para casarse. Relata que B. y N. iniciaron una relación de noviazgo y el 2 de agosto del año pasado la menor toma conocimiento de su embarazo y el 18 de agosto se resuelve la prohibición de acercamiento de los padres de B. en los autos B. L. R. C/ A. J. R. Y OTROS S/ VIOLENCIA FAMILIAR. Exte. 2714/11, por lo que aquella queda al cuidado responsabilidad de B., la madre del novio. Aclaran que piensan fijar domicilio donde vive la última persona citada. Ofrecen prueba documental, testimonial e instrumental (fs.15/16)).

Brindado el trámite pertinente (fs. 17) en la audiencia la novia expresa que tiene fecha prevista de parto para el 14 de marzo de 2012 que se realiza los controles respectivos. Los novios manifiestan que su

¹ Sentencia de fecha 17 d febrero de 2012

relación es buena y desde los diez años de la niña que se quieren, que mantienen relaciones sexuales desde hace cuatro años, pero que ocultaron esa relación por temor a sus padres. El novio trabaja en una empresa de carga y descarga de camiones y está construyendo una habitación en la parte de atrás de la vivienda que comparten. La madre de la novia expresa su preocupación atento ser el novio prima de la novia y que el padre de la menor – que no asiste a la audiencia - se encuentra distanciado por no estar de acuerdo con la relación. (fs. 26 de los autos B. L. R. C/ A. J. R. Y OTROS S/ VIOLENCIA FAMILIAR. Exte. 2714/11).

El Defensor General escucha a la menor según constancia de autos B. L. R. C/ A. J. R. Y OTROS S/ VIOLENCIA FAMILIAR. Exte. 2714/11 a fs. 7). La Defensora General que representa a la menor ratifica que B. cumplirá 17 años el 17 de junio de 2012 y sostiene que es una muchacha madura que ha pasado a 5°. Año de la Escuela Gregoria Matorras en la especialidad corte y confección. Agrega que el novio gana un sueldo de \$575 por semana y acompaña certificado de conducta del mismo. Aclara que es imprescindible percibir la asignación por embarazo para protección social que el Estado paga a través del ANSES. (fs. 22), por lo que se encuentran los presentes en estado de resolver;

Y CONSIDERANDO: Que en autos se trata de un pedido de dispensa efectuado por los padres de un menor de diecisiete años

quienes prestan su asentimiento para que su hijo contraiga matrimonio y por la Defensora General en representación de una menor de dieciséis años embarazada de aquél. La madre de la adolescente se opone porque los novios son primos por línea materna.

De las constancias obrantes se tiene: 1) la legitimación se encuentra acreditada según documental agregada de fs. 1 a 6.

2) En la audiencia para tomar contacto con las partes, la madre de la adolescente reitera la oposición porque no está de acuerdo con el casamiento de su hija con su sobrino –hijo de una hermanastra- y refiere que el padre de aquella también se opone, aunque no asiste a la audiencia. (fs.26)

3) En la presentación sobre violencia familiar, la madre del novio relata que su media hermana le dijo que “antes de que se case con tu hijo lo mata a él y después la mato a mi hija” agregando “si llegas a salir embarazada –por su hija- te lo hago salir a patadas, no le tengo miedo a nada ni a nadie”. Atemorizada y ante el peligro que le obliguen a abortar a su sobrina hace la denuncia. El Tribunal dispone la prohibición de acercamiento de los padres de la menor hacia ella quien vive temporalmente con la abuela materna y finalmente se desplaza al domicilio de su tía (autos B. L. R. C/ A. J. R. Y OTROS S/ VIOLENCIA FAMILIAR. Exte. 2714/11 fs. 1)

4) La novia al ser oída por el Defensor General refiere que se retira de la casa de la abuela por miedo a que le hagan perder su embarazo, que siempre se llevó mal con su madre y con su padre – que no convive con la madre- tiene contactos los días domingos y que le entrega algún dinero para continuar en la escuela (autos B. L. R. C/ A. J. R. Y OTROS S/ VIOLENCIA FAMILIAR. Exte. 2714/11 fs. 7)

Con la reforma del Código Civil por Ley 26.449, se equipara entre el hombre y la mujer la edad mínima de dieciocho años para contraer matrimonio (art. 166 inc. 5º) y por ley 26.579 que establece la mayoría de edad a los 18 años (art. 126 del Código Civil) con o sin autorización de los progenitores o representantes legales, los menores de edad que deseen contraer matrimonio necesaria y obligatoriamente deberán requerir la dispensa judicial ya que el art. 167 del mismo ordenamiento legal no fue modificado por la última legislación citada y exige la previa dispensa judicial.

Por tanto la dispensa que funcionaba como un complemento por el impedimento de la edad legal, hoy se ha tornado un requisito ineludible para todo menor de dieciocho años que pretenda contraer matrimonio, cuente o no con la autorización de sus progenitores.

Si los padres prestan conformidad para que su hijo menor contraiga matrimonio la dispensa obligatoria es una intromisión estatal al pleno ejercicio de la autoridad parental y la reforma choca con el principio de la capacidad progresiva de los niños que pretende explicitar

la esfera de la autonomía de los sujetos en forma escalonada y paulatina, incorporada a la Constitución Nacional –art. 75 inc. 22- por la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 5-, como una tendencia a quebrar la tajante división minoría-mayoría de edad y reemplazar esos conceptos por aquella visión asimilable a la evolución psíquica-biológica de la persona. (Conf. Nora Lloveras Marcelo Salomón. “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”. Ed. Universidad, 2009, Pág. 416 y ss.)

El art. 167 del Código Civil se enfrenta, asimismo, con las pautas para valorar el interés prevalente del niño conforme su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales –art. 3 inc. d) ley 26.061.

En efecto, la ley 26.579 no establece un “piso etario” –vgr. 16 años- para contraer matrimonio con la sola autorización de los padres como exigencia de consentimiento válido e informado para tan importante acto en la vida de un menor de edad, consagrando en la práctica la declamada función de la familia que la ley 26.061 entroniza y por tanto el postulado del desplazamiento del Poder Judicial como brazo de un “Estado intervencionista” sustentado genéricamente por ley 26.061, junto al mentado reconocimiento del principio de capacidad progresiva –arts. 3 y 37-, se abandona por la aplicación mecánica de una legislación que en aras de equiparar derechos entre hombre y mujer, igualó edades declinando la responsabilidad de los padres –como

sucedía paradójicamente antes- en la de guiar a sus hijos menores para que puedan aprender y concretar el ejercicio de los derechos abarcados por la Convención citada.

Maguer lo expuesto, el derecho a casarse ha sido reconocido a partir de la edad núbil en los tratados y Convenciones, así art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 16 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; art. 17 inc. 2 y 3 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales.

La progenitora de la novia se opone porque no tolera que su hija se case con el hijo de su media hermana. El disenso materno debe fundarse en uno o algunos de los cuatro supuestos taxativamente contemplados:

1ro. La existencia de alguno de los impedimentos legales;

2do. La inmadurez psíquica del menor que solicita autorización para casarse;

3ro. La enfermedad contagiosa o grave deficiencia psíquica o física de la persona que pretende casarse con el menor;

4to. La conducta desordenada o inmoral o la falta de medios de subsistencia de la persona que pretende casarse con el menor. (art. 169 Código Civil).

El motivo alegado por la madre de la novia refiere al parentesco por línea colateral en el 4to. Grado – primos - que la legislación solo extiende al 2º. Grado, o sea a los hermanos y hermanas entre sí, y a los medios hermanos, es decir aquéllos que reconocen un solo progenitor común. –art. 166 inc. 2 Código Civil-, por tanto no es un impedimento legal que primos hermanos se casen entre sí.

Este tipo de impedimento basado en el parentesco si bien es universal en línea recta, varía en la extensión como fundamento del impedimento colateral y así algunas legislaciones lo extienden hasta el tercer grado –tío o sobrina- y el Derecho canónico hasta el cuarto grado –primos hermanos- (cfr. Canon 1091 § 2.) y si bien antropológicamente reconoce su fundamento en el tabú del incesto, priman razones de tipo éticas y culturales que el legislador argentino estimó razonable únicamente en el segundo grado como impedimento del parentesco colateral y ello se mantiene desde finales del S. XIX.

Por otra parte el novio, no tiene una conducta desordenada o inmoral, -conforme documental de fs. 20 - no padece enfermedad contagiosa o grave deficiencia física o psíquica y acompañó certificación sobre su trabajo –fs. 21-, inferimos luego de oírlo en audiencia que se encuentra apto para celebrar el matrimonio. Sobre la novia conforme

dictamen del Defensor General y al ser oída se trasluce idéntica intención, con el aditamento de esperar un hijo de su prometido y en esta especial ocasión ello consagra la excepcionalidad requerida y amerita otorgar aquélla. –conf. Art. 689 y conos. Del CPCSF-.

Ambos pretendientes han sido escuchados conforme artículo 12 Convención sobre los Derechos del Niño —incorporada por el art. 75 inc. 22 a la Constitución Nacional—. Este derecho también tiene su consagración en la ley 26.061, en varios de sus artículos. Así el 3° define lo que se entiende por mejor interés del niño, y al mencionar las situaciones que deben respetarse para alcanzar el mismo, en el inciso b se indica ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta. Por su parte el artículo 24, establece que los niños y adolescentes tienen derecho a participar en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés y que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Por último, el artículo 27, establece las garantías mínimas que deben cumplirse en los procedimientos judiciales que involucren a niños, entre las que se hallan la de ser oído, que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte y a participar activamente en todo el procedimiento.

Asimismo debe evaluarse el principio de autonomía de la persona humana, uno de los ejes del sistema de derechos individuales y por lo tanto de los sistemas democráticos de gobierno que tienen como

fin esencial al ser humano. En ese sentido, La Corte Interamericana en el considerando 147 del caso Loayza Tamayo, establece que "el denominado "proyecto de vida" atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas". y en el considerando 144 dice que: "...En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. "El "proyecto de vida" se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte" (Sentencia del 17/9/1997. www.corteidh.or.cr).

Los novios adolescentes ocultaron por temor a sus padres, su amor, materia compleja, infinita, extra legem, son esos "amores imposibles" que acompañan con más intensidad que los "amores posibles" y si bien nadie es experto en sentimiento y pasiones, al oírlos, surge latente algo que parece mantenerse como característica propia de

la familia y es la existencia de valores y propósitos comunes, una cuestión de solidaridad en el proyecto matrimonial, más allá de cada individuo.

Al dispensar la edad mínima, reconocemos indirectamente la autonomía de la voluntad de cada ser humano que tiene la voluntad de elegir con quien contrae matrimonio cuando no existe un impedimento legal y aunque existan creencias o imposiciones de tipo social que podrían sugerir una limitación como es el caso del parentesco en grado próximo de los primos hermanos.

Conforme todo lo expuesto y de acuerdo al art. 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

RESUELVO: 1. Otorgar dispensa judicial a N. P. N. DNI N° hijo de P. G. N. y L. R. B. y a B. A. M. DNI hija de A. M. M. Ch. y de R. S. B. a fin de que contraigan matrimonio entre sí.

2. Ordenar se oficie al Registro Civil respectivo a fin de que tome razón de lo aquí resuelto.

3. Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto se acompañen inscripción ante la AFIP. Insértese y hágase saber.

Firmado: Ricardo J. Dutto (Juez) - Adelaida Etchevers (Secretaria)

**NOTA A FALLO: AUTORIZACIÓN PARA
CONTRAER MATRIMONIO.
CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA
AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LAS PERSONAS
MENORES DE EDAD.**

Notario Enrique Jorge Arévalo².

La sentencia dictada por el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario el 17 de febrero último, mediante la cual se otorga la dispensa para contraer matrimonio a dos menores de edad, vinculados consanguíneamente entre ellos-primos hermanos-, constituye la aplicación concreta de las trascendentes modificaciones que a un ritmo vertiginoso se vienen operando en el mundo jurídico, especialmente en lo que refiere al derecho a la autonomía de toda persona.

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.

Principios que otrora parecían haber alcanzado perennidad, se ven desplazados al impulso de la firme decisión del legislador encaminada a brindar su atención a renovados anhelos sociales, tales como el reconocimiento normativo de los derechos personalísimos. La leyes nacionales 26529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud), 26657 (Derecho a la Protección de la Salud Mental) y diversas normas dictadas en demarcaciones provinciales relativas al Derecho de Autoprotección, fundamentan esa afirmación.

Garantías de jerarquía constitucional que en tiempos no muy lejanos eran consideradas expresiones de deseos, han recibido firmes respaldos legislativos. Tal es el caso del artículo 19 de nuestra Carta Magna (baluarte normativo de la privacidad), receptado en la legislación civil a través de la sanción prevista a la intromisión arbitraria en la vida privada (artículo 1073 bis del Código Civil). Otro espaldarazo a la defensa de la confidencialidad, se refleja en el artículo 43, tercer párrafo de la C.N (Capítulo 2do. De la Primera Parte- Nuevos Derechos y Garantías), precepto desarrollado en la ley nacional 25326, conocida como “Habeas Data”. El reconocimiento al derecho a la vida privada e intimidad familiar, también se extiende a las niñas, niños y adolescentes (artículo 10 de la ley nacional 26061 que se aborda más adelante).

El principio de igualdad (artículo 16 C.N.), se ha visto consolidado en la reforma constitucional vigente desde el 23 de agosto de 1994, que posibilita a toda persona la interposición de la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación, conforme lo preceptuado por el recordado artículo 43 de la C.N. En suma, derechos que durante mucho tiempo se los consideró circunscriptos al plano de las ideas o proclamados por los regímenes autoritarios como meros instrumentos de propaganda, hoy se materializan en el quehacer cotidiano.

La ardua lucha en la defensa de la dignidad personal, continúa con firmeza en el ámbito parlamentario nacional y en las distintas demarcaciones provinciales. A título de ejemplo, corresponde mencionar el proyecto reingresado recientemente ante la Legislatura de la Provincia de Santa Fe tendiente a respetar el derecho a la identidad adoptado por personas de orientación sexual diversa, facultándolas a utilizar el nombre que elijan conforme a la identidad de género adoptada. Se trata sin lugar a dudas de una de las tantas decisiones que involucran aspectos individuales de cada ser humano: actos auto-referentes.³

En el caso objeto de nuestra atención, el juzgador afianzó, en su sentencia, el principio de la autonomía progresiva de las personas

³ Ver diario “Rosario 12”, artículo de contratapa: “Derecho a la Identidad del Género” por Alicia Gutierrez.

menores de edad, teniendo en cuenta las pautas indicadas por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Nueva York, 20-11-1989, aprobada en nuestro país por ley nacional 23849, sancionada en 1990) y la ley nacional 26061, instrumento legal que garantiza a todo niño, el respecto a su condición de sujeto de derecho; al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; la participación en asuntos que le conciernan, debiendo ser tomada en cuenta sus opiniones. Las pautas sintetizadas se aplican en materia de patria potestad (artículos 2, 3 y 24 de la normativa citada).

El niño, en cuanto persona, es considerado sujeto de derecho y como tal debe participar en la toma de toda decisión que le concierna.

Cumpliendo tales premisas, los novios pudieron exponer las razones en las cuales fundaban su pretensión matrimonial que fueron avaladas por el Tribunal, sustentando su decisión en el principio de la autonomía humana al que conceptuó como “uno de los ejes del sistema de los derechos individuales y por lo tanto de los sistemas democráticos de gobierno que tienen como fin esencial al ser humano”. La resultante, es el derecho que cabe a toda persona de concretar su propio “proyecto de vida”, afrontando los riesgos que presupone cualquier decisión que se adopte. La sentencia pondera el grado de madurez, la situación patrimonial, conductas y estado de salud de los pretendientes (artículo 3, inciso d, ley 26061 y 169 del Código Civil),

concluyendo que corresponde hacer lugar a la solicitud de dispensa matrimonial.

El juzgador debió rechazar un injustificado argumento expuesto por la madre de la novia argumentando la situación parentesco dentro del cuarto grado en línea colateral (primos hermanos) de los novios. Sabido es que tales impedimentos se fundan en razones de tipo eugenésicos (la historia da cuenta de miembros de las casas reales afectados por severas incapacidades a causa de uniones consanguíneas repetidas durante generaciones). Pero en el derecho positivo, la prohibición se apoya, principalmente, en remotos resabios ético-culturales, alcanzando en nuestro Código Civil solamente al segundo grado en línea colateral (hermanos, hermanas y medios hermanos).⁴ En la antigüedad y en plena edad media, los textos sagrados trataron sobre el incesto. Así la Biblia, en el Deuteronomio, refiere: “Ninguno tomará la mujer de su padre ni profanará el lecho de padre” (22-30); más adelante proclama: “Maldito el que se acostare con la mujer de su padre” (27-20); “Maldito el que se acostare con su hermana hija de su padre o hija de su madre” (27-22) y, por fin: “Maldito el que se acostare con su suegra” (27-23). El Corán en el capítulo V, versículo 23 prohíbe desposar a las mujeres “que han sido esposas de vuestros padres” y según el versículo 27, “No está permitido el matrimonio con las

⁴Zannoni, Eduardo A. “Derecho de Familia”, Tomo I, páginas 248 a 250. Editorial Astrea. Tercera Edición, Buenos Aires 1998.

madres, hijas, tías, sobrinas, nodrizas, hermanas, hijas de vuestras mujeres, cuya custodia haya sido confiada. No desposaréis a vuestras nueras ni a dos hermanas. Si el crimen está ya cometido, el Señor es indulgente y misericordioso”. Como puede advertirse, las prohibiciones no alcanzan únicamente los vínculos consanguíneos y la lectura de esos libros religiosos indica, al menos en lo que refiere al incesto, que Alá, a través de su profeta, Mahoma, se muestra más tolerante que Jehová....

Finalmente, corresponde señalar que el Tribunal convalidó el criterio de que la dispensa judicial resulta “...un requisito ineludible para todo menor de dieciocho años que pretenda contraer matrimonio, cuente o no con la autorización de sus progenitores”. Ello resulta de la interpretación hermenéutica de lo normado por las leyes nacionales 26.449 (unifica la edad mínima en 18 años para contraer matrimonio), 26.579 (redujo la edad necesaria para adquirir la mayoría de edad a 18 años) y los artículos 166 y 167, ambos del Código Civil. Conforme estos dos últimos preceptos, la minoría de edad resulta un impedimento matrimonial y se requiere autorización judicial para contraer nupcias por parte de las personas menores de edad.

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