



REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

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

REVISTA N° 5 – AÑO 3

DIRECTORES

Marcelo Daniel De Laurentis
Alicia Beatriz Rajmil

SECRETARIA TÉCNICA

Natalia Corina Bacigaluppo
Pedro Eugenio Marzuillo

COMITÉ DE REDACCIÓN

Enrique Jorge Arévalo
Mónica Rosana de Dios
Roberto Augusto Lucero Eseverri
Pedro Eugenio Marzuillo
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: fachada Sur del ex Palacio de Tribunales actual Facultad de Derecho, ciudad de Rosario (Autoría IDeI- E. J. Arévalo)

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

Podrá acceder libremente a la revista del IDeI en formato PDF en el área jurídica de www.el-observatorio.org



Miembros del Instituto de Derecho e Integración

Directora

Alicia Beatriz Rajmil

Sub-Director

Marcelo Daniel De Laurentis

Secretario

Enrique Jorge Arévalo

Secretario de Actas

Pedro Eugenio Marzuillo

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

Marianela Fernández Oliva

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

Carlos Alvaro Gómez Tomei

Andrés Gustavo Brelich

Nanci Elisabet Franceschina

Raúl Ángel González Theyler

Iván Dekanty

Vocales Suplentes

Luis Eduardo Cellini

Gustavo Adrián Bellón

María Florencia Brunelli

Patricia Elena Manti

Susana María Rostagno

Síndicos de la Caja Notarial

José Alejandro Aguilar

Gabriel Gustavo Barat

SUMARIO

Volumen 1 – N° 5 – Marzo Año 2011

I Editorial.....pág. 9

II Doctrina

Legítima y discapacidad: una relectura de los
requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de
la especial protección o cualidad de legitimario
asistencialpág. 15
Not. Leonardo B. Pérez Gallardo

El Notario como intérprete jurídico..... pág. 71
Escr. Mónica Susana Zanazzzi

Discapacidad y Patrimonio en sujetos mayores
de edad. Panorámica de su protección jurídica
en Cuba..... pág. 83
Not. Marta Fernández Martínez

Poderes preventivos o de Autoprotección..... pág. 107
Escr. Alida Viviana Roldán Sánchez

Nuevos Paradigmas en la representación legal
de personas con discapacidad..... pág. 135
Not. Roberto Augusto Lucero Eseverri
Not. Pedro Eugenio Marzuillo

III Legislación

Ley Nacional 26.657 - Salud publica
Derecho a la Protección de la Salud Mentalpág 157

Comentario a la ley 26.657- Salud pública.....pág. 181
Esc. Luis Rogelio Llorens
Esc. Alicia Beatriz Rajmil

Ley de la Provincia de Santa Fe N° 13.166.
Cuidados paliativos para pacientes con
enfermedades terminales.....pág. 207
Reafirmación de los principios de autonomía
y dignidad.....pág. 213
Esc. Enrique Jorge Arévalo

IV Jurisprudencia

Interés superior del menor y derecho del menor
a ser oído. Los derechos del niño en el Estado
Constitucional de Derecho.....pág. 221
Dr. Dariel Oscar Barbero

V Pautas de presentación.....pág. 247

EDITORIAL

Los postulados que desde el Derecho introducen nuevos criterios en la protección de los derechos fundamentales de las personas, especialmente a partir de los más recientes instrumentos internacionales, son receptados, quizás lentamente pero de manera segura, por nuestra legislación y jurisprudencia. Pero también plantean nuevos interrogantes e inquietudes en la interpretación armónica de nuestro plexo normativo que no podemos soslayar. Este contexto introduce en la función notarial, quizás más que nunca, la necesidad de actualizarse y capacitarse para brindar respuestas concretas y desempeñar un rol trascendente y necesario en la comunidad. Los trabajos que integran la presente publicación nos acercan diferentes interpretaciones, que podemos compartir o no, pero que exponen cuestiones relevantes en este ámbito.

El Derecho Comparado nos ilustra acerca de otras realidades jurídicas y sociales. Sin que ello signifique pretender trasplantar a nuestro medio instituciones de otros países, su análisis nos ofrece nuevas perspectivas, alienta el estudio y la evaluación crítica de nuestra legislación interna, nos permite valorar con humildad nuestro propio bagaje y promueve la tarea en el empeño por una sociedad más justa. Con motivo de la celebración en Cuba de la VII Jornada Internacional del Notariado Cubano, los días 23 a 25 de marzo del corriente año, cuyo tema central es “Los Retos del Derecho de las Personas en la

Función Pública Notarial”, creímos oportuna la presentación de dos trabajos de destacados notarios y juristas de dicho país, los cuales nos acercan un panorama jurídico de la comunidad a la que pertenecen, en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad. Asimismo, el tema de los poderes preventivos nos ilustra sobre los beneficios de esta herramienta jurídica, su desarrollo en España y la posibilidad de su aplicación en nuestro país.

Presentamos también el trabajo titulado “Nuevos Paradigmas en la Representación Legal de las Personas con Discapacidad”, distinguido con el primer premio en el Primer Taller Nacional del Notariado Novel celebrado en la ciudad de Buenos Aires el día 27 de noviembre del año 2010, el cual nos ofrece una interpretación del tema a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, demostrando su necesaria aplicación en nuestro Derecho interno. Y no podía faltar la función trascendente del escribano en este ámbito, en un aspecto que quizás se encuentra entre los menos valorados pero que cobra real relevancia en la actualidad: el escribano como intérprete jurídico.

Un fallo de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país plantea una mirada flexible y amplia en la interpretación del derecho del niño a ser oído, y su análisis desde la óptica del neoconstitucionalismo nos permite comprender su importancia en el Derecho argentino.

Nuevas leyes en el campo de la salud otorgan relevancia a la voluntad de las personas que padecen enfermedades mentales y

también, en el ámbito provincial, a los enfermos terminales. Su conocimiento, interpretación y aplicación impactan decisivamente en la práctica diaria del Derecho y de la Medicina, que en una labor mancomunada deben bregar por unir la teoría a la praxis de manera efectiva y garantista.

DOCTRINA

**LEGÍTIMA Y DISCAPACIDAD: UNA
RELECTURA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS *EX
LEGE* PARA EL BENEFICIO DE LA ESPECIAL
PROTECCIÓN O CUALIDAD DE LEGÍTIMARIO
ASISTENCIAL**

**(Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre
los derechos de las personas con discapacidad)**

Notario Leonardo B. Pérez Gallardo¹

“El amor, para que sea auténtico, debe costarnos”

MADRE TERESA DE CALCUTA

Sumario:

1. Personas con discapacidad y herencia a la luz del artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2. Legítimas y discapacidad. 2.1. Las legítimas: minoración de su cuantía y de la cualidad de sus destinatarios. Panorama en el Derecho iberoamericano. 2.2. Los “herederos”

¹ Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial Facultad de Derecho Universidad de La Habana.

especialmente protegidos y las personas con discapacidad: ¿Círculos concéntricos o secantes? 2.3. Dimensión objetiva de su regulación. 2.3.1. La dependencia económica respecto del causante y la inaptitud para trabajar: en pos de una relectura de la norma más allá de su exégesis. Los valores que la figura evoca. 2.4. La expansión de la dimensión subjetiva. 2.4.1. Descendientes con discapacidad: ¿Necesaria prelación? 2.4.2. Ancianidad, discapacidad y condición de heredero. El orden de los ascendientes. 2.4.3. Hermanos con discapacidad: la necesidad de su protección. Valoraciones de *iure condendo*. 3. *Post scriptum*. Bibliografía.

Resumen:

La Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad impone a los ordenamientos jurídicos internos la necesidad de atemperar sus normas a los principios que ella evoca y desarrolla en su articulado. Se trata de pensar en clave jurídica con una nueva dimensión social de la discapacidad. No deja de tener trascendencia la manera en que se protege a este sensible sector de la población a través de la una legítima sucesoria, con un alcance asistencial, que mira hacia la necesidad del individuo, más que a la parentalidad y la conyugalidad por sí solas, como hasta ahora lo han hecho los ordenamientos jurídicos de raíz latina.

Palabras claves

Legítimas – discapacidad – dependencia económica – inaptitud para trabajar – ancianidad.

Abstract

The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities imposes on the legal system the need to temper its rules to the principles evoked and developed in its own main body. It is about thinking in a legal context this new social dimension of disability.

It is trascendental the way in which this sensitive group of people is protected through forced heirship with a welfare reach which looks into the individual needs more than parental and marital relationship by themselves as it has been done by the legal system in the latin judicial tradition.

Key Words

Forced heirship – disability – economic dependence – inability to work – old age

1. Personas con discapacidad y herencia a la luz del artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Estoy consciente que no es la sucesión por causa de muerte el eslabón más significativo en pos de la protección a las personas con discapacidad. La integración social no opera a partir de la posición como testadores o como sucesores de quienes tienen algún tipo de discapacidad, cualquiera sea la naturaleza de esta. No obstante, reconozco que el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad presupone que *“los Estados Partes tomarán las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a (...) heredar bienes”*. Ello *per se* tiene un valor añadido, tratándose de la más importante Convención sobre derechos humanos aprobada en esta primera década del siglo. Y en este orden se regula un derecho que en Cuba tiene reconocimiento constitucional a través del artículo 24 de la Carta Magna (me refiero al derecho de herencia sobre la propiedad personal, derecho sobre el cual se ha pronunciado recientemente la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, a través de su Sentencia No. 79 de 31 de marzo del 2010, único Considerando (ponente Arredondo Suárez).

No obstante, es innegable el valor que puede tener para la satisfacción de importantes necesidades por parte de las personas con discapacidad el disponer de un patrimonio propio, aun cuando este sea

transmitido por causa de muerte. La Convención no establece pautas sobre cómo los ordenamientos internos deberán regular la sucesión *mortis causa* a favor de personas con discapacidad. Tan solo se limita a enunciar el reconocimiento del derecho de herencia a su favor.

Hoy día en la literatura jurídica, al menos de este lado del continente, el tema de la protección sucesoria a las personas con discapacidad no ha sido todo lo recurrente que se esperaba. La atención se ha centrado, con acierto, en temáticas de alcance más general que atañen al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Empero, si queremos prever una protección integral en el orden jurídico de este importante sector de la población, no podremos olvidar, para no pecar de incautos, que la arista sucesoria también revierte una importancia indudable, dado que en definitiva, es ella la vía a través de la cual se puede poner a buen recaudo la transmisión intergeneracional de la propiedad.

2. Legítimas y discapacidad

2.1. Las legítimas: minoración de su cuantía y de la cualidad de sus destinatarios. Panorama en el Derecho iberoamericano

Una preocupación de la doctrina científica en estos últimos tiempos, y del notariado en particular, lo ha sido la regulación de las legítimas en nuestros ordenamientos jurídicos, y cuando hablo en

plural, me refiero concretamente en el contexto iberoamericano, en el cual Cuba se sitúa². La absoluta libertad de testar, sin más cortapisas que la propia voluntad humana no ha sido la tendencia acogida por los códigos civiles, al menos por la mayoría de los de esta región, con expresa excepción de algunos códigos centroamericanos, además de los de los Estados mexicanos. Amén de franquearse cierto margen de disponibilidad patrimonial, ésta ha estado limitada entre otros por el sistema de legítimas, visto como una restricción a la facultad de disponer³. Hoy día los legisladores en su mayor parte, se resisten a suprimir los sistemas legitimarios que en sus disímiles variantes rigen en los más diversos códigos civiles. Así, en Iberoamérica se diseñan sistemas legitimarios con legítimas que ascienden a cuatro quintos del as hereditario (Bolivia y Argentina), u otros que la restringen a los dos tercios (Perú y Uruguay) o la dividen en legítima estricta, mejora y libre disposición (España y Puerto Rico) o la reducen a la mitad (Brasil y Chile – cuando existen descendientes, Cuba, cuando existen herederos especialmente protegidos, El Salvador, Perú – sólo ascendientes – y Venezuela), aquellos que la varían de acuerdo con el número de hijos o la clase de pariente – sucesor (República Dominicana) y aquellos que

² En la quinta conclusión del tema II: *El Notariado como garante de los derechos de las personas. Reflexión sobre los beneficios de la Función Notarial en el ámbito de las personas como entes sujetos de derechos y obligaciones*, de la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en junio del 2010 en Punta Cana, República Dominicana, se ha propuesto, con gran cierto, a mi juicio: “Que en aquellos países en los que la legítima implica un porcentaje demasiado elevado de la herencia se estudie la posibilidad de reducirla, para permitir al testador mayor libertad en su distribución, especialmente para la protección de sus herederos en situación de vulnerabilidad”.

³ *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I – *Las Legítimas*, volumen I, 1ª edición, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 4 y ss.

distinguen la porción conyugal, la cuarta de mejora y las legítimas (Chile, Colombia y Ecuador).

Recordemos que la cuarta de mejora por un lado limita la libertad testamentaria pero por otro le permite al testador beneficiar a ciertos herederos (Chile, descendientes y cónyuge – éste último a partir de 1989) con amplitud de criterio y decisión.

Otros países – los menos -, no regulan las legítimas (Costa Rica, Guatemala, Honduras, México y Nicaragua). Así, el testador puede disponer de la totalidad de su patrimonio.

No obstante, aún en estos países no se desprotege al núcleo familiar ya que por un lado existen los alimentos obligatorios (Honduras y México) y por otro, cuando el testador distribuye la totalidad de sus bienes en legados, se reserva para el declarado heredero un diez por ciento (Costa Rica). Esta es la figura de la cuarta falcidia del Derecho romano pero en menor proporción. Perú también mantiene esta institución.

Este gran abanico que ofrece el estudio de los sistemas legitimarios en el Derecho comparado nos conduce a la conclusión de que en el sistema de Derecho continental las legítimas se imponen como freno a la libertad de testar y aún los códigos de segunda generación como los de Bolivia, Perú, Paraguay y Brasil no se han atrevido a desmembrar del sistema sucesorio la tutela que dispensa a los parientes más allegados las legítimas. Empero, lo que resulta hoy de urgente reforma en nuestro contexto jurídico es la necesidad de reducir

el monto o cuantía de esas legítimas en países como Argentina o Bolivia en los que su existencia, cuando hay descendientes, obnubila toda posibilidad de testar, en tanto la cuantía de libre disposición resulta tan insignificante que no merece acudir al testamento como acto dispositivo patrimonial por causa de muerte, por excelencia. En este sentido se pronuncia un sector importante de la doctrina científica quien aboga porque el Derecho de Sucesiones mantenga un equilibrio entre las reglas imperativas y las reglas de la autonomía, de modo que no puede existir una absoluta voluntad de testar (expresión de la soberanía del derecho de propiedad), ni tampoco un sistema de legítimas total (en nombre de la solidaridad familiar y de la igualdad), equilibrio que se pudiera lograr mediante una disminución de las legítimas y un fortalecimiento de institutos que permitan una mayor solidaridad familiar con el más débil, como el fideicomiso testamentario, la mejora, el derecho real de habitación del cónyuge *supérstite*⁴. En tal sentido las

⁴ Según el parecer de la profesora Graciela MEDINA en su valioso artículo “Los principios de la codificación contemporánea: su reflejo en el derecho sucesorio”, p. 6, en www.GracielaMedina.com, consultado el 25 de noviembre del 2005. En él expresa la importante académica cómo la reducción de las legítimas ha sido una preocupación constante por los autores de reformas al Código Civil de VÉLEZ SÁRSFIELD. En el anteproyecto de Biliboni y en el anteproyecto de 1936 la legítima se reducía a 2/3 del haber hereditario, cuando existían descendientes legítimos. Mientras que en el anteproyecto de LLAMBÍAS, se seguía el modelo francés y se establecía legítimas móviles de acuerdo con la cantidad de hijos del causante. La legítima era de la mitad si existía un sólo descendiente, de dos tercios si se dejaba dos o tres descendientes y de un cuarto en el caso de un mayor número de ellos. De igual manera “... los congresos y jornadas realizados en la Argentina, con diferencias de matices se inclinaron por un otorgamiento de una mayor libertad de testar.

”En una posición extrema, se propició la absoluta libertad de testar en el Primer Congreso Notarial Argentino celebrado en Buenos Aires en 1917. En él se formularon reflexiones sobre la frecuencia con que los notarios han observado los casos de personas que protestan contra la ley, porque no les permite disponer más libremente sus bienes y sobre la verdadera solución que estaría, no en reducir las legítimas, sino en declarar la amplia facultad de testar.

XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de la Argentina, celebradas en la ciudad de Mar del Plata en 1995, se pronunció en la primera de las conclusiones en la Comisión No. 6, sobre la necesidad de una reforma de los artículos relativos a la legítima, reduciéndose tanto las legítimas de los descendientes (a dos tercios) y la de los ascendientes y del cónyuge (a la mitad).

Otros autores, desde la reciente doctrina chilena abogan por cambios más moderados en este orden, “Se trataría más bien de buscar un equilibrio que permita una mayor libertad del testador, pero en ciertos márgenes, definidos de la forma más objetiva y pacífica posible”⁵. En este orden, no en balde se alude a la pérdida de la prístina *ratio* de las legítimas, pues el aumento de la expectativa de vida hace que se reduzca “las hipótesis en que los hijos quedan tempranamente sin padres cuando a su vez ya han formado su propia familia”⁶. Se trata, por tanto de una libertad controlada del testador, que evite en todo caso, los actos en fraude de las legítimas a los que suelen acudir los testadores ante la existencia de normas imperativas, restrictivas del derecho de disponer por causa de muerte. Sería conveniente “examinar en la práctica el grado de respeto que tienen las instituciones que

⁵En posiciones intermedias se pronunciaron las III Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 1967 y las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata de 1983. En la primera de ellas se propició un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima. Mientras que en las Jornadas celebradas en Mar del Plata, además se recomendó que el causante sea facultado para aplicar un porcentaje de la porción legítima a favor de los descendientes para mejorar a alguno o algunos de ellos”.

⁵ Vid. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 200.

⁶ *Idem*.

fuerzan la voluntad del testador y precisar en qué medida la simulación deja sin efecto las buenas intenciones legales”⁷.

Similares criterios se esgrimen también desde la doctrina española. El profesor DELGADO ECHEVERRÍA en ponencia presentada en las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que tuvieron lugar del 9 al 11 de febrero de 2006, en Santander, Jornadas dedicadas a las reformas del Derecho Sucesorio en España⁸ apuntaba sobre las alternativa en torno a las legítimas, a saber: o bien su supresión, posición que considero de extrema, o una limitación tanto en el orden objetivo (cuantía), como subjetivo (personas destinatarias de ella). De tomarse el primer punto de vista, sostiene el profesor que dicha opción de política legislativa en lo que constituye el núcleo del Derecho de Sucesiones español, si su fundamento y finalidad ya no es la originaria, y es ahora más un deber moral o social, la sanción debe de proceder de la moral o la sociedad, pero no del mundo jurídico. Las legítimas suprimidas podrían ceder su lugar a atribuciones patrimoniales con finalidad asistencial en favor de las personas necesitadas y dependientes del causante a las cuales su muerte deja desasistidas. De todas maneras sería tomar la posición que hace dos décadas siguió el Derecho cubano, pero en el fondo no sería más que regular una legítima moderada y limitada, esto es, una legítima, criterio que considero más atinado. Ello, a pesar de que el Código Civil cubano no

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Vid.* “¿Reforma del Derecho de sucesiones del Código civil?”, en www.derehocivil.net/ponencias, consultado el 28 de mayo de 2007, p. 1.

le atribuye el nombre con el que en Derecho han sido conocidas, si bien la propia doctrina y jurisprudencia patrias la han sustentado⁹. Se trataría, no obstante, de propiciar la libertad del testador, en especial a la hora de realizar atribuciones de los cónyuges entre sí, razón que frecuentemente motiva la utilización del testamento como cauce de ordenación de la sucesión por causa de muerte. Una adaptación a la realidad social de este tiempo.

⁹ Sobre el tema en el Derecho cubano *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa a su intangibilidad cuantitativa y cualitativa”, en *Derecho de Sucesiones*, tomo II, bajo su coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, y para un estudio jurisprudencial del tema “Algunos criterios jurisprudenciales, en sede sucesoria, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004)”, en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 21, octubre-diciembre del 2005, pp. 30-54 y en la segunda parte de ese artículo publicado en la misma revista, No. 22, enero-marzo del 2006, pp. 2-26. La jurisprudencia más reciente llega a denominar a los herederos especialmente protegidos como legitimarios, según la Sentencia No. 317 de 18 de mayo del 2005, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Primer Considerando., de la cual fue ponente González García, ello con motivo de un supuesto de preterición. De ese modo se dispuso: “(...) en el caso concurre la modalidad de omisión de legitimario que en la doctrina jurídica se conoce como real o material, en la que el testador, pese a que hace mención en el testamento de la persona en quien concurre la especial protección, si bien no le atribuye expresamente esa condición; luego la excluye al asignar el destino que tendrán los bienes y derechos que conforman su herencia, no reservándole la mitad de la misma que nuestra legislación sustantiva civil le destina forzosamente como legítima; pues acto seguido a esa simple mención nombra como único y universal heredero a un tercero, lo que ocasiona indefectiblemente la nulidad de la institución de heredero como terminantemente establece el artículo cuatrocientos noventa y cinco, inciso primero, del Código Civil; a diferencia de la llamada omisión formal, donde a contrario sensu el testador, a pesar de no reconocer expresamente la condición de su legitimario, sin embargo le reserva la porción de legítima que le corresponde; de todo lo cual deriva la inconsistencia del aludido motivo, pues no puede sostenerse con éxito la tesis de que por la sola mención de la existencia de un hijo que depende económicamente del testador ya le viene reservada la mitad de legítima y el heredero universal sólo lo es de la mitad restante, interpretación extensiva improcedente, pues el heredero especialmente protegido no sólo requiere de su reconocimiento como tal por el testador, sino además de asignación patrimonial concreta que satisfaga su legítima” y a la cuota que les corresponde a ellos, legítima. Así, Sentencia No. 314 de 12 de mayo del 2005, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Primer Considerando., de la cual fue ponente el mismo juez, a cuyo tenor se dice: “... aunque el legatario adquiere la condición de propietario del bien legado desde la muerte del causante, los legados han de reducirse en lo necesario para satisfacer la integridad de la legítima que la ley reserva a los herederos especialmente protegidos, de haberlos, o las deudas a satisfacer por el caudal relicto frente a otros posibles acreedores hereditarios con prelación en su crédito (...)”.

Si se asumiera la segunda posición, sigue expresando DELGADO ECHEVARRÍA, la supresión no sería el objetivo, sino todo lo más, reducir las legítimas al revelarse excesivas en el momento actual. La reducción no sólo sería cuantitativa sino también reducción en el número de grados de parentesco de los llamados como legitimarios (supresión de la legítima de los ascendientes o limitación sólo al primer grado). Flexibilizar también las legítimas, concibiéndolas como créditos contra la herencia y no como parte alícuota de ella¹⁰.

En la misma medida que la reducción de las cuotas de las legítimas es una aspiración de un sector de la doctrina científica, este mismo sector propone, no sin razón, la necesidad de que estas puedan ser empleadas como una fórmula de tutela o protección de las personas con discapacidad. En ese orden vienen las proposiciones del profesor DELGADO ECHEVARRÍA, a su juicio es plausible "...una reforma en profundidad del sistema legitimario del Código civil. Cabe sugerir la supresión de la legítima de los ascendientes, salvo atribuciones asistenciales (...)"¹¹. En tanto los profesores argentinos Graciela MEDINA y Horario MADERNA ETCHEGARAY abogan por el fideicomiso testamentario como una vía alternativa de protección de las personas con discapacidad y de aquellas que judicialmente se han declarado incapacitadas, alternativa que sería mucho más eficaz en la misma proporción en que los ordenamientos jurídicos den paso a una libertad

¹⁰ *Vid.* "¿Reforma del Derecho de...? *cit.*

¹¹ DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, "Propuesta de conclusiones", *principal*, Sucesiones: Política del Derecho, document.php?id=159, consultado el 28 de mayo de 2007, p. 1.

de testar cuantitativa y cualitativamente superior, de modo que haya más cobertura para la autonomía de la voluntad del disponente por causa de muerte. Posibilidad que a su juicio logra el Proyecto de Código Civil argentino de 1998, en el que: “La antinomia libertad y solidaridad también se vislumbra en el ámbito del Derecho de Sucesiones, donde el juego es tripartito porque en aras de la libertad se amplía la cuota de libre disposición de bienes para después de la muerte, en pro de la solidaridad familiar se mantiene el sistema de legítimas pero teniendo en cuenta la tuición de los más débiles se permite la constitución de fideicomiso testamentario aún en vulneración de la legítima, cuando este es constituido a favor de menores e incapaces”¹².

El fideicomiso testamentario en un régimen de legítimas fuertes como el actualmente vigente en Argentina “... es de escasa utilidad por cuanto solo se puede constituir en la limitadísima cuota de libre

¹² En efecto, el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 reglamenta expresamente el Fideicomiso, en los artículos 1452 a 1485 del Libro Cuarto "De los Derechos Personales", título III, de los "Contratos en particular", Capítulo XXII "Fideicomiso" y dedica su sección octava al "fideicomiso testamentario", además alude expresamente al fideicomiso testamentario al referirse a la legítima sucesoria en el Libro Sexto, "De la transmisión de derechos por causa de muerte", Título IX, "De la porción legítima". *Vid.* MEDINA, Graciela y Horacio MADERNA ETCHEGARAY, "El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil 1999 y en las XVII Jornadas Nacionales. Su relación con la legítima y la protección de incapaces y de los concebidos dentro y fuera del seno materno", pp. 1-2.

Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el año 1999 en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, la Comisión N° 6 destinada al Derecho de Sucesiones trató el tema del fideicomiso testamentario, recomendando su carácter de excepción frente al régimen legítimo y el principio de orden público de la inviolabilidad de las legítimas, en el supuesto de que dicho fideicomiso tuviera por finalidad la protección de los legítimos incapaces y menores.

disposición, esto priva de eficacia al instituto como manera de protección de los incapaces.

El sistema actual deja sin solución a los padres de hijos incapaces, quienes tienen una preocupación constante, en determinar quién se va a ocupar de ellos después de la muerte de los progenitores, y fundamentalmente quién se va a ocupar de cubrir sus necesidades y administrar sus bienes, funciones que abnegadamente durante la vida desempeñan los padres. La *ausencia de posibilidad efectiva* de mejorar la situación del hijo que más lo necesita cuando existen otros herederos forzosos, lleva las más de las veces a realizar actos en fraude a la ley o en otros casos produce la imposibilidad de dar soluciones solidarias a los incapaces.

Para estos supuestos es útil el instituto del fideicomiso testamentario ya que sirve como herramienta eficaz para la tuición de los más débiles. Pero si solo se puede constituir un fideicomiso testamentario en la cuota de libre disposición (y esta es muy baja) tal herramienta se torna ineficaz, por ello la legislación proyectada propone que en el caso de existir incapaces sean validos los fideicomisos testamentarios a su favor aunque violenten la legítima de otros herederos forzosos hasta que cese la incapacidad”¹³.

Otros ordenamientos jurídicos como el cubano han reconocido una legítima cualificada en el orden sustantivo, a partir de la exigencia

¹³ *Ibidem*, p. 8.

en los “herederos” especialmente protegidos de tres requerimientos: vínculo parental en el orden de los descendientes o de los ascendientes o vínculo conyugal, dependencia económica respecto del causante e inaptitud para trabajar. Requisitos que han sido esculpidos a través del sentido jurisprudencial a ellos atribuidos, y en el que a pesar de cierto emparentamiento con las personas con discapacidad, a muy lamentar nuestro, las dimensiones que el legislador cubano le da a los “herederos” especialmente protegidos no coincide en todos sus ángulos con el de las personas con discapacidad, si bien sería atinado un acercamiento, al menos vía jurisprudencial, en este orden.

2.2. Los “herederos” especialmente protegidos y las personas con discapacidad: ¿Círculos concéntricos o secantes?

La figura de los “herederos” especialmente protegidos, fue sin duda uno de los giros más sintomáticos que dio el legislador del Código Civil cubano de 1987¹⁴. He dicho y reitero en esta oportunidad, que el verdadero giro fue más en el *nomen iuris* que en su contenido. A fin de cuentas, tan forzoso, si quisiéramos emplear la terminología del legislador del Código Civil español, cuerpo legal antecedente del actual, es el previsto en el abrogado Código, como el reconocido por el actual,

¹⁴ Tal es así que en la presentación del Código Civil se llega a decir: “*el nuevo Código (...) en el ámbito del Derecho hereditario, establece la libertad de testar, que solo se ve limitada a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos que hayan estado al amparo del testador*”, resaltándose como uno de los giros copernicanos del nuevo texto legal. Realmente no es tan así, pero sin hesitación alguna, supone una nueva dimensión de las legítimas. Dimensión que ha sido luego desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia. A mi juicio, mucho más que lo pudo dar el legislador.

no está en su forzosidad la diferencia, sino en los presupuestos exigidos *ex lege* para arroparse de la condición. El legitimario cubano, a diferencia de su predecesor, en un legitimario condicionado, condición impuesta, a modo de presupuesto legal, lo que ha sido incluso reafirmado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo que en su Sentencia No. 75 de 31 de marzo del 2009, segundo Considerando. (ponente Díaz Tenreiro) ha dejado dicho que “... *el instituto de los herederos especialmente protegidos que regula el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil destaca entre sus rasgos distintivos, entre otros que: son establecidos legalmente, requieren de la existencia de un vínculo parental o marital con el causante, y en el caso del primero se limita exclusivamente a los hijos y, premuertos éstos, al resto de los descendientes, así como a los ascendientes, se demanda además la dependencia económica del causante y la no aptitud para trabajar,- lo que le incorpora cierto carácter transitorio-, de tal suerte que esta especial protección no existe por el solo hecho del nacimiento ni por la formalización o reconocimiento judicial del matrimonio, o sea no es suficiente el vínculo parental o marital, es indispensable el cumplimiento de dos requisitos o requerimientos legales a saber: la no aptitud para trabajar y la dependencia económica con el causante*”, tríada de requerimientos que se impone como valladar inexpugnable por quien pretenda obtener un reconocimiento judicial favorable de esta condición¹⁵.

¹⁵ Según ha dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia No. 484 de 31 de julio del 2003, en su segundo Considerando (ponente Acosta Ricart): “... *debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil (...) requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto (...)*”.

No tengo la menor duda que la figura tiene como propósito la protección de las personas vulnerables y dependientes económicamente del causante, aquellas que tras su fallecimiento necesitan una cobertura de sus más apremiantes necesidades pues *per se* no las puede asumir, entre las cuales cabría incluir a las personas con discapacidad, que por el grado de esta, le resulta imposible una integración en el ámbito del mercado laboral, que le permita obtener las fuentes de ingresos con las cuales enfrentar los retos de la vida. Empero, me he preguntado y sigo preguntándome si tal y como está concebido en el Derecho sucesorio cubano, los sujetos que pueden gozar de la especial protección, como legitimarios, coinciden con las personas con discapacidad. En principio, el tener una discapacidad, no es sinónimo de ser una persona vulnerable, ni dependiente económicamente. Hay variadas discapacidades físicas, intelectuales, mentales, sensoriales, que no hacen a la persona económicamente vulnerable, premisa para arroparse con esta especial condición en materia de legítimas. No puede tampoco obviarse que las normas sobre legítimas son excepción y nunca regla en el ordenamiento jurídico cubano, pues *“deviene ante todo limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde sólo por causas especiales y fehacientemente demostradas puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte”* (Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, Sentencia No. 484 de 31 de julio del 2003, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart). No es lo común que las personas cumplan los

requisitos del artículo 493 del Código Civil cubano. El Derecho cubano transitó de un sistema de legítima meramente parental, en que la condición se adquiere por la filiación, con derecho el cónyuge sobreviviente a la cuota viudal usufructuaria, a un sistema de legítima asistencial, el que no deja de sustentarse en el parentesco o en el matrimonio, pero en el cual estos requerimientos no son suficientes, resultando indispensable la prueba de los otros dos presupuestos que el legislador impone en el artículo 493.1 del Código Civil. De ese modo, cabría argüir que no toda persona con discapacidad tiene la condición de especial protección, para ostentarla, la discapacidad tiene que estar asociada a una situación de vulnerabilidad o dependencia económica al momento del deceso del causante, momento que ha sido tenido en cuenta jurisprudencialmente para reconocer la condición de legitimario de quien reclame tal cualidad¹⁶. Ello me parece lógico, precisamente en aras del principio de igualdad, la discapacidad de una persona por sí sola no supone una especial protección en materia sucesoria, no hay razón para ello. Lo que sí resultaría injusto es que, se aplique *ad pedem literæ* las normas sucesorias por los jueces, cuando se trata de personas con discapacidad que al momento del deceso del titular del patrimonio, se encontraban vinculadas laboralmente, en empleos con cierta

¹⁶ Así lo ha dicho y reiterado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo: “(...) la condición de heredero especialmente protegido que establece el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil es exclusiva de la sucesión testada, de naturaleza estrictamente personal, intransferible e intransmisible por concepto de herencia (...) **apreciable al momento de la muerte del causante** y no del otorgamiento del testamento (...)”, Sentencia No. 180 de 15 de marzo del 2005, segundo Considerando (ponente González García); “(...) (Al) haber quedado justificado que el causante **al momento de su deceso** contaba con descendencia en minoría de edad y por ende beneficiarios de la condición de herederos especialmente protegidos (...)”, Sentencia No. 872 de 29 de diciembre del 2006, segundo Considerando (ponente Arredondo Suárez).

remuneración, pero no suficiente para enfrentar todas sus necesidades, incrementadas estas incluso por razón de su discapacidad.

2.3. Dimensión objetiva de su regulación

Reconoce el Derecho cubano (artículo 493.1 del Código Civil) que uno de los presupuestos para adquirir la condición de legitimario, este de naturaleza objetiva, es la *dependencia económica* respecto del causante de la sucesión. Esta representa la sujeción monetaria de una persona respecto de otra, en este caso específico, en relación con el causante de la sucesión. Implica un estado de déficit económico, motivo por el cual el sujeto dependiente requiere del sujeto que brinda apoyo económico. En fin, como ha dicho el Alto Foro “*la dependencia económica representa la sujeción monetaria de una persona respecto a otra, en este caso en relación con el causante de la sucesión (...)*” (Sentencia No. 75 de 31 de marzo del 2009. Segundo Considerando. Ponente Díaz Tenreiro), razón por la cual la condición de especial protección no viene de la mano necesariamente de la situación de discapacidad del pretense legitimario. No todo especialmente protegido en un sujeto con discapacidad, de la misma manera que la discapacidad no conlleva necesariamente a la especial protección. En todo caso nos encontramos frente a círculos secantes, no concéntricos, así, *v.gr.*, pudiera darse el supuesto de que un sujeto aún recibiendo una pensión monetaria por concepto de jubilación a cargo de la Seguridad Social dependa económicamente, por ejemplo, de un hijo que es quien en realidad constituye su soporte

pecuniario. El que se devengue tal pensión no debe ser razón suficiente para que se pierda la condición de legitimario. No se trata de una mera ecuación matemática, sino de una fórmula jurídica, de indudable alcance social.

Como la experiencia de la vida lo ha demostrado, su apreciación en sede judicial ha sido casuística, dependiendo, en gran medida, del éxito de la fase probatoria del proceso.

El tema resulta hartamente polémico pues no es posible fijar un baremo o cuantía mínima para determinar si un sujeto se encuentra comprendido o no bajo las circunstancias de la especial protección. La fórmula legislativa resulta un concepto válvula, que deja el legislador en manos de los jueces para que éstos lo apliquen *ad hoc*.

En el caso conocido y fallado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo por Sentencia No. 988 de 1º de octubre de 2001, el Alto Foro confirmó la sentencia de instancia en un asunto en que se aludía por el recurrente que el tribunal de instancia para apreciar los requisitos de la especial protección había tenido en cuenta la declaración que efectuara la Comisión de peritaje en fecha 13 de junio del 2000 de invalidez total para trabajar, siendo tal extremo – a su juicio- improcedente por haberse otorgado el testamento en fecha 4 de noviembre de 1999. Aun cuando en esa fecha (ya desde 1998) el hijo del causante, a la postre, especialmente protegido, recibía una pensión por la Asistencia Social de 47.00, lo que califica el recurrente como signo de certeza de la no dependencia económica respecto de su padre,

al constituir dicha suma su sostén propio y, en consecuencia, no darse el segundo requisito de la especial protección, o sea, la dependencia económica respecto del causante de la sucesión. Ante ello, dispone la Sala que la sentencia dictada por el tribunal *a quo* es ajustada a Derecho porque *“(...) el actor del proceso por ser soltero, incapacitado y depender económicamente de su progenitor posee la condición de heredero especialmente protegido y al ser preterido al otorgarse el testamento que se impugna vicia de nulidad la institución de heredero que éste contiene, sin que sea válido el argumento de que no existía tal dependencia dada la prestación económica que recibía del órgano de asistencia social, pues precisamente la aludida prestación corrobora la carencia de medios propios del demandante que dependía de su progenitor como se ratifica del resto del material probatorio que consta de las actuaciones y aún con la mentada ayuda, dada su exigüidad, mantuvo obviamente tal dependencia por lo que al ocurrir el deceso de éste le fue concedida pensión por causa de muerte”*

Tampoco resulta necesaria la convivencia con el causante¹⁷. Se puede depender económicamente de una persona con la cual no se convive. Incluso podría darse dependencia económica percibiendo una jubilación, cuando en el orden probatorio quede acreditado, que el

¹⁷ Aunque en algunos casos ha sido un elemento a tener en cuenta por el juzgador para apreciar la concurrencia de la dependencia económica respecto del causante, de manera que su omisión ha sido valorada como causal de inexistencia de la especial protección pretendida. Así se ha pronunciado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia No. 387 de 30 de junio del 2003 en la que dispone que *“(...) la prueba documental que acusa la recurrente como dejada de apreciar por la Sala de instancia, lo ha sido de conformidad con su específico resultado, la que por sí sola no acredita que dependiera económicamente del causante, porque tal y como acotó la sentencia interpelada si bien la pensión que recibe de la seguridad social por su condición de viuda del causante e incapacitada para laborar, quedó fehacientemente demostrado que vivió separada del mismo por muchos años, residiendo con una hija quien se ocupaba de su sostén, por esta razón resulta evidente la falta de virtualidad jurídica de la aludida prueba para determinar un pronunciamiento distinto del fallo (...)”*, razón por la que la Sala declaró SIN LUGAR el recurso interpuesto.

sostén ineludible del sujeto lo era el pariente o cónyuge fallecido. Las circunstancias importan y mucho en la determinación de tal condición o cualidad, por lo que resultará vital, en caso de litis, el manejo que de los medios probatorios hagan las partes a través de sus abogados.

Algo más que en este sentido merece aclarar es que necesariamente no se es especialmente protegido respecto de una persona, puede quedar demostrado que más de una persona constituían el soporte patrimonial del sujeto *supérstite*. No hay, ni puede existir, en este orden reglas preestablecidas. El ejemplo más palpable lo es el de los menores hijos que serán especialmente protegidos en relación con ambos progenitores, aunque uno de ellos no conviva con él, incluso cuando al padre le haya sido privado de la patria potestad, porque en tal caso, según proceda, se determinará, entre otros extremos, lo concerniente a la obligación de dar alimentos por el padre privado del ejercicio de la patria potestad a favor de su hijo (*vid.* artículo 97, párrafo primero, del Código de Familia). Reclamase o no alimentos a los padres por los menores hijos, el deber jurídico de atenderles y alimentarles está latente.

Tampoco ha sido fijado ni determinado al estilo del ordenamiento ruso, un término necesario para fijar la dependencia económica, como en los casos del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, queda, por tanto, al discreto y prudente arbitrio judicial su determinación.

2.3.1. La dependencia económica respecto del causante y la inaptitud para trabajar: en pos de una relectura de la norma más allá de su exégesis. Los valores que la figura evoca

La no aptitud para trabajar implica la imposibilidad física o psíquica de un sujeto para realizar por sí mismo una labor productiva que le permita vender su fuerza de trabajo y recibir a cambio una remuneración con la que pueda obtener los recursos mínimos monetarios para emprender una vida económica con la solvencia necesaria. Bajo este requisito se incluyen los menores de edad¹⁸, y los ancianos con impedimentos físicos y/o mentales, sin pensión por jubilación a cargo de la Seguridad Social, y cualquier otra persona con discapacidad que el grado de esta le impida su integración social, entendido en el plano laboral como la imposibilidad de obtener los frutos de su trabajo.

En mi experiencia como notario he tenido que responder a innumerables consultas de personas preocupadas por el destino de sus hijos que tienen cierta discapacidad, que en modo alguno les ha impedido realizar una vida socialmente útil, si bien sus posibilidades de actuación en el mercado laboral han sido más bien limitadas, a quienes he aconsejado que la vía del testamento es la más segura para garantizarles beneficios en el orden patrimonial, pues según el dictado

¹⁸ Con la particularidad de que en Cuba la mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos (*vid.* artículo 29.1 a) del *Código Civil*), pero ya a los 17 se dispone de capacidad para concertar contratos de trabajo, siendo excepcional la posibilidad de que los adolescentes de 15 y 16 años de edad puedan concertar tales contratos.

literal de la norma, no clasificarían dentro del concepto de legitimarios, amén de que la figura de la legítima es ajena a la sucesión *ab intestato* en el Derecho cubano.

Mi preocupación está dada por el rasero, en ocasiones demasiado rígido, con el que se mide la condición de legitimario en el Derecho cubano. Los requisitos establecidos *ex lege* deben ser interpretados a tono con el momento en que se aplica la norma. La inaptitud para el trabajo no puede ser un concepto limitado a las potencialidades del individuo para enfrentar una vida laboralmente útil. De este modo, en la medida en que las normas en el Derecho Laboral hacen dúctil la integración de la persona con discapacidad, con una política de empleo que les permita, primero el adiestramiento laboral y luego el ambiente propicio, conforme con la discapacidad que se tenga, en clave sucesoria quedarían esfumadas las expectativas que en este orden se pudieran tener. Hay que actuar con prudencia y razón, de tal manera que la sola discapacidad de un individuo no se erija en una barrera infranqueable a la libertad de testar, pero tampoco que la especial protección, *ergo*, la condición de legitimario, se haga descansar con exclusividad en la imposibilidad del individuo de su autosostenimiento, sin más miramientos que sus circunstancias temporales al momento del deceso del autor de la sucesión.

Con esa filosofía hay que entender, interpretar y aplicar la figura de los especialmente protegidos. No creo que la sola declaración de discapacidad sea motivo suficiente para limitar la libertad de testar de

una persona. Si eso fuera así, no se sustentaría la figura en la necesidad económica y dependencia del beneficiario con respecto del causante y sí tan solo en la propia existencia de la discapacidad. No obstante, hay que juzgar con prudencia cada caso en particular, pues podría darse el supuesto de que una persona con un alto grado de minusvalía, incorporada a cierta labor, aun tuviera dependencia económica respecto del causante, de modo que la aptitud para trabajar habría que atemperarla en su interpretación, pues el hecho de incorporarse de modo voluntario a un empleo en estas circunstancias, no supone que objetivamente no estemos frente a una persona “inapta para trabajar”. De *lege ferenda* sería propicio que el legislador precisara la situación de las personas con discapacidad frente a la especial protección que debieran merecer en sede de legítimas hereditarias. Hoy por hoy, de cara a nuestra realidad, le compete al juzgador determinar si, conforme con el material probatorio aportado en el proceso, merece tal condición o no. En aras de una aplicación uniforme y homogénea del Derecho, lo más oportuno sería, sin duda, un pronunciamiento normativo. Abogo porque así sea, mientras tanto, competirá a los jueces actuar con el sentido común, buscando una protección de la persona con discapacidad, cuando las circunstancias del sujeto así lo ameriten. No se olvide que nuestra legítima asistencial no solo incluye a las personas con discapacidad sino también a las personas dependientes y vulnerables económicamente. Tampoco creo que la pensión por seguridad social que reciba este sector nada desdeñable de nuestra población, se convierta, en todo caso, en un impedimento que limite la adquisición de

la cualidad de legitimario. Por fortuna, nuestro legislador no estableció baremo alguno para determinar cuándo una persona clasifica entre los sujetos con especial protección legitimaria. No hay cálculos matemáticos, ni actuariales que lleguen en nuestro auxilio. La figura de la especial protección que conlleva al establecimiento de una legítima asistencial, que tampoco se traduce en dinero o signo que lo represente, y que por ello no deja de ser, atendiendo al contenido de su derecho, una legítima *pars bonorum* se sustenta en juicios de valor que debe hacer el juez en pos de su apreciación.

Las normas jurídico sucesorias tienen un componente axiológico innegable, otra cosa no puede decirse de ancestrales figuras como la desheredación, la indignidad, el perdón al indigno, o incluso el testamento, cuyo contenido refleja en muchos casos una expresión no solo de la personalidad de su autor, sino también la reflexión más importante que hace este en su paso por la vida, la “recompensa” por los favores y por las actitudes a quienes fueron fieles al testador y el “castigo” a los ingratos. Por eso, incluso el más perfecto de los testamentos, suele venir acompañado de algún despecho o rencor de alguien que se creó falsas expectativas sucesorias.

En otro orden, el Derecho no puede convalidar actitudes mezquinas, ni egoístas. La solidaridad es un megaprincipio, informador de todo el Derecho Civil, el que encuentra una expresión concreta en la figura de los “herederos” especialmente protegidos. El *animus legislatoris* volcado en la norma legal fomenta este principio, en el que la

protección a las personas con discapacidad tiene un perfecto encuadre. Como expone el maestro CIURO CALDANI, la sucesión participa de una complejidad axiológica, en el que los valores de la utilidad y el amor juegan un papel fundamental. “Si bien toda ella se refiere a la justicia y tiene importantes despliegues de amor y utilidad, la sucesión testamentaria, la ab intestato y la legítima poseen distintos sentidos de utilidad. La sucesión testamentaria deja más espacio al amor y la utilidad como los entienda el testador; en la sucesión legítima imperan los criterios de amor y utilidad que establece el legislador”¹⁹. Precisamente a esos criterios me refiero en ocasión de hacer un nuevo pase de revista al estudio de la legítima asistencial de nuestro ordenamiento jurídico sucesorio. El criterio de utilidad y el valor solidaridad deben ser criterios de continua aplicación por los jueces en supuestos de reclamación de la cualidad de legitimarios cuando de personas con discapacidad en grado tal que no logren *per se* un autosostén económico, se trate.

2.4. La expansión de la dimensión subjetiva

En esta visión no solo prospectiva, sino también realista y actual de nuestro Derecho sucesorio, de cara además a la necesaria respuesta que ha de dar nuestro Derecho interno a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, cabría preguntarnos en qué orden se

¹⁹ *Vid.* CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes integrativistas al Derecho de Sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física), en *Investigación y Docencia*, No. 40. disponible en: www.centrodefilosofia.org.ar, p. 29, consultado el 4 de abril del 2010.

han de proyectar las medidas a tomar por los Estados Partes, para garantizar a las personas con discapacidad la posibilidad de ser causahabientes, en igualdad de condiciones con los demás. No cabe duda que tener una capacidad diferente, no hace distingo en un plano de igualdad formal y material de los ciudadanos ante la ley, como principio general. La discapacidad de una persona no es razón alguna que justifique la cercenación de su derecho a heredar, en todo caso, sí que es motivo para una especial tutela en este orden, en el que las legítimas pueden desempeñar una función social que en el presente no suele ser reconocida. Se trata de un reverdecer de una institución clásica en sede sucesoria, que con el decursar de los años se ha convertido en una mera cortapisa a la libertad de testar que no siempre se justifica en las claves de estos tiempos.

Tal y como se ha venido estudiando el tema en la doctrina patria, pudiera pensarse, de *iure condendo*, en la necesidad de expandir la dimensión subjetiva de la figura, de modo que el valor utilidad se haga sentir con la realidad que impone la vida, a la cual necesita acompañar el Derecho²⁰.

2.4.1. Descendientes con discapacidad: ¿Necesaria prelación?

²⁰ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Derecho de Sucesiones en cifras. Recuentos y pronósticos”, en *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, bajo mi coordinación, Temis, Ubijus, Reus, Zavalía, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2010, pp. 357-368.

El Derecho sucesorio cubano hace descansar la condición de legitimario de los descendientes de segundo grado en adelante, en la inexistencia de descendientes de primer grado. A diferencia de los ascendientes que pueden concurrir unos y otros a la sucesión, si reúnen los requisitos establecidos *ex lege*, los descendientes están supeditados a una sorprendente prelación legal. ¿Cómo es posible entonces que un nieto, que dependa económicamente del abuelo y no esté apto para trabajar, adquiera la condición de legitimario respecto de su abuelo, solo en el supuesto de que su progenitor haya fallecido antes? Sobre este particular ya me he pronunciado en otras ocasiones²¹. Es un absurdo que el nieto con discapacidad que requiera la especial protección en sede sucesoria, adquiera la cualidad de legitimario bajo la *conditio iuris* de que su progenitor haya fallecido antes. No es tan excepcional que un abuelo sea el sostén económico de una hija y de una nieta, por citar un ejemplo, en que ambas sean a su vez personas dependientes. No se olvide tampoco que hay ciertas discapacidades que tienen un fuerte componente genético. El legislador tomó como referencia un orden prelatorio inconcebible con la *ratio* de la institución. En una legítima asistencial, tal prelación no se concibe.

2.4.2. Ancianidad, discapacidad y condición de heredero.

El orden de los ascendientes

²¹ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B., “Los herederos especialmente protegidos...”, en *Derecho de Sucesiones*, II, pp. 182-184.

Ni qué decir de los cambios demográficos por los que atraviesa Cuba. Según información de la Oficina Nacional de Estadísticas de Cuba, en el año 2007, el crecimiento poblacional del país es bajo, de un -0.2 %, lo cual se debe, entre otras razones a un bajo nivel de fecundidad, el número de hijos por mujer es de 1.43, y el número de hijas por mujeres es de 0.69, a lo cual se une un saldo migratorio externo de -32 811 al finalizar el año 2007. La pirámide o histograma de población de Cuba²², país tercermundista, es bastante peculiar, pues aun cuando su forma habitual es la de un triángulo, lo cual se explica en tanto no todas las personas que integran un determinado grupo de edad pasarán a integrar el escalón siguiente debido a la muerte de algunos de sus integrantes, además del fenómeno migratorio, las guerras, los desastres naturales, etc., camino como vamos en nuestro país, para el año 2025 se perdería incluso la forma de pirámide, pues la cima tiende a ser tan ancha, que en unos años se distorsionaría el sentido geométrico de la figura (*vid.* gráfico 3 del Anexo I). Para el año 2025, uno de cada cuatro cubanos tendrá más de 60 años, en tanto que en el 2007, el 16.6 % de nuestra población pertenecía a la llamada tercera edad, con cierta tendencia mayoritaria de la población femenina de esa edad. De 1985 al 2007 la población de la tercera edad ha aumentado en más de un 5% (*vid.* gráfico 1 del Anexo I). Ello es expresión de que para los años que

²² Muestra gráficamente la composición de la población por sexo y edades. El sexo masculino figura a la izquierda, y el femenino a la derecha. Para cada edad o grupo de edad hay rectángulos que son proporcionales a los montos reales de la población. De modo que a cada edad o grupo de edad, según sexo, le corresponde un rectángulo tanto más largo, cuanto más importante sea el efectivo. Atendiendo a la composición por sexo y edad el histograma poblacional cubano hacia el año 2025 se caracterizará conforme con su perfil, de población constrictiva.

se avicinan, a pesar de la esperanza de vida que ha aumentado considerablemente en los últimos tiempos, no será nada desdeñable el número de fallecimientos ante una población bastante anciana.

Este envejecimiento poblacional trae de la mano una sensible reducción del número de personas en edades comprendidas entre los 0 y los 14 años, motivo por el cual se estrecha y se estrechará aún más hacia el año 2025 la base del histograma poblacional, motivo por el cual ya se ha tenido que aprobar una nueva Ley de Seguridad Social (Ley No. 105/2008 de 27 de diciembre) que amplía la edad para la jubilación a 60 años las mujeres y 65 años los hombres. En tanto, como ya había expresado, la esperanza de vida al nacer en el período 2005-2007 para ambos sexos era de 77.97 años, la cual se espera aumente en los próximos años. Igualmente llama la atención lo que se ha dado en llamar esperanza de vida geriátrica, esto es la esperanza de vida que tienen las personas cuando arriban a los 60 años, que en el caso de Cuba asciende a 20.8 años para los hombres, lo que equivale a 80.8 años de vida y a 23.4 para las mujeres, lo cual supone 83.4 años de vida, de lo que se colige una sobremortalidad femenina. Ahora, estos datos que nos brindan la demografía y las estadísticas nos deben hacer reflexionar a los juristas. Este proceso de envejecimiento poblacional severo, razón por la cual Cuba va llegando a la última fase de la transición demográfica, unido a la tendencia hacia la longevidad, amén de la reformulación a la que estamos avocados con el Anteproyecto de Código de Familia, tendiente a reforzar las instituciones de asistencia, apoyo y protección de menores e incapacitados judicialmente y de

normas *ad hoc* sobre la protección del adulto mayor, el Derecho de Sucesiones también tiene que adaptar sus instituciones a la nueva dinámica poblacional.

No se trata con exclusividad de reformular la norma legal en este orden (regulación de la legítima), sino de que los operadores del Derecho en una interpretación favorable a los ancianos, apliquen e interpreten conforme con los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico y los reconocidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, las normas en materia sucesoria, sobre todo la contenida en el artículo 493 del vigente Código Civil. Una lectura jurídico-sucesoria al histograma poblacional cubano del año 2025 y con una visión prospectiva del fenómeno, se podría avizorar una situación, si se quiere, poco natural o biológica, y es la concurrencia a la sucesión de aquellas personas que mueren a edades relativamente jóvenes (por accidentes laborales o del tránsito, hecho delictivos o catástrofes naturales), de sus progenitores, llamados a la sucesión según el segundo orden de prelación hereditaria (*vid.* artículo 515 del Código Civil), en defecto de hijos, lo cual en la realidad cubana no va siendo tan excepcional, por varias razones, primero por la baja tasa de fecundidad y segundo por la emigración de la población joven, con la consecuencia que en sede sucesoria regula el artículo 470 del Código Civil, o sea, si la condición por la cual se emigra, no lleva a la concesión del permiso de residencia en el extranjero (por contrato de trabajo o por matrimonio), se le incapacita para suceder, luego

entonces, no resultará excepcional que la sucesión se tramite a favor de los padres del causante y del cónyuge *supérstite*.

Esta tendencia a la longevidad también nos debe hacer pensar, si debería ofrecérsele a los abuelos, dependientes económicamente del causante e inaptos para trabajar, concurrentes conjuntamente con su hijo o hija, a la sazón padre o madre del causante, el trato preferente que el legislador del Código Civil le ofrece a los padres con especial protección (*vid.* artículo 516), esto es, de participar en calidad de concurrente con los hijos y demás descendientes en el primer llamado sucesorio. La situación, a mi juicio, se torna más interesante en la sucesión *ab intestato*. Tal y como acontece en la actualidad, la protección que ofrece el legislador cubano a favor de los padres con especial protección es a medias, pues aun cuando tal condición les permite concurrir a la sucesión, en modo alguno se le atribuye una cuota ascendente a la mitad del patrimonio hereditario, como acontece en sede de sucesión testamentaria, en la que las legítimas actúan como cortapisas a la libertad de testar. Esta asimetría del sistema sucesorio cubano, que ya he criticado²³, se hará más aguda. La tendencia demográfica en Cuba nos pone luz roja sobre la protección a los ascendientes en materia sucesoria. La posible concurrencia de padres y abuelos en la sucesión *ab intestato*, hace a mi juicio, impropia la escisión que crea el legislador de los ascendientes privilegiados (titulares del

²³ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B., “Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los herederos legítimos en el Código Civil cubano: Algunos interrogantes al respecto”, en *Revista de Derecho Privado*, abril 1997, pp. 270-292, y de mi propia autoría “Los herederos especialmente protegidos...” en *Derecho de Sucesiones*, II, *cit.*, pp. 169-238.

segundo llamado), de los ascendientes ordinarios (titulares del cuarto llamado, en defecto de cónyuge *supérstite*), al menos resulta necesaria la inclusión de los abuelos o demás ascendientes que ostenten la condición de especial protección que preconiza el legislador y que hoy, inexplicablemente solo se extiende a los padres. De este modo, el Derecho de Sucesiones del siglo XXI en Cuba debe procurar a todas luces ajustar sus normas a la tutela patrimonial de las personas de la tercera edad, una buena parte de ellas con determinadas discapacidades sensoriales, físico-motoras e incluso mentales. Por ello, nada más lógico que las normas sucesorias sigan una misma dirección y opere un acercamiento de las reguladoras de la sucesión testamentaria a las de la *ab intestato*, de tal modo que la presencia de ascendientes con especial protección conlleve a la atribución de la mitad del patrimonio hereditario a su favor, distribuyéndose ésta a partes iguales entre los concurrentes con esta condición. No es suficiente con que se les atribuya prelación sucesoria como hasta ahora, no basta el *nomen*, es necesario en su caso, la *asignatio*, si queremos estar a tono con el dictado del artículo 12 de la Convención, a cuyo tenor los Estados Partes han de tomar medidas garantistas del derecho de las personas con discapacidad a heredar bienes, diría en una proporción adecuada a sus necesidades sin menoscabo del derecho a la herencia a favor del resto de los herederos concurrentes.

2.4.3. Hermanos con discapacidad: la necesidad de su protección. Valoraciones de *iure condendo*

Como ha quedado reflejado en estas líneas, la institución de los “herederos” especialmente protegidos es un remedio importante del ordenamiento jurídico cubano en función de la tutela patrimonial a favor de las personas con discapacidad, los incapacitados judicialmente y los menores, pero aún no es suficiente. Los términos imprecisos empleados por el propio legislador, quien deja en manos de los operadores del Derecho su interpretación, no deja de ser un riesgo grave que estamos hoy asumiendo, aunque del sentido de la interpretación jurisprudencial del Alto Foro puede colegirse la intención de beneficiarles. Aún así cabríamos preguntarnos si la figura debiera reformularse, de modo tal que se ensanche su esfera de aplicación subjetiva, incluyendo a toda persona con discapacidad, siempre que la naturaleza de esta lo aconsejare, y aún en el supuesto de que esa persona con discapacidad, con un determinado grado de minusvalía, se haya incorporado a un trabajo socialmente útil, de tal forma que en esas circunstancias ese empleo, que muchas veces puede resultar eventual y coincidente con el momento del fallecimiento del causante, no sea obstáculo alguno para que, dada su discapacidad, le sea atribuido parte del patrimonio de su causante. Si la respuesta es positiva, entonces se rompería con la noción incardinada por el Código Civil y ratificada por el Alto Foro cubano. Si bien es cierto que la figura en sede testamentaria, constituye una excepción y no una regla y con esa propia filosofía hay que entenderla, interpretarla y aplicarla, criterio que asumo

con plenitud y, en consecuencia, la sola declaración de discapacidad no debe ser motivo suficiente para limitar la libertad de testar de una persona, pues si eso fuera así, no se sustentaría la figura en la necesidad económica y dependencia del beneficiario con respecto del causante y sí tan solo en la propia existencia de la discapacidad. Y si las personas con discapacidad en Cuba no son personas especiales, sino diferentes, si estos están plenamente integrados a la sociedad y tienen los recursos económicos propios conforme con su discapacidad, aquellos que así lo tengan, no serán atributarios de la condición de especialmente protegidos, no hay razón entonces para limitar en estos casos la libertad de testar, si la discapacidad que dichos sujetos tienen no les impide obtener un sustento propio. No obstante, hay que juzgar con prudencia cada caso en particular. Podría darse el supuesto de que una persona con un cierto grado de minusvalía, incorporada a determinada labor, aún tuviera dependencia económica respecto del causante, de modo que la aptitud para trabajar habría que atemperarla en su interpretación, pues el hecho de incorporarse de modo voluntario a un empleo en estas circunstancias, no supone que objetivamente no estemos frente a una persona carente de aptitud para trabajar. De *lege ferenda*, sería propicio que el legislador precisara la situación de las personas con discapacidad frente a la especial protección que debieran merecer en sede de legítimas hereditarias. Hoy por hoy, de cara a nuestra realidad le compete al juzgador, determinar si, conforme con el material probatorio aportado en el proceso, merece o no tal condición. En aras de una aplicación uniforme y homogénea del Derecho, lo más oportuno

sería, sin duda, un pronunciamiento normativo. Abogo porque así sea y porque incluso se haga extensiva la figura a favor de los hermanos con discapacidad, pues tras el fallecimiento de los padres, es lo lógico que los hermanos tengan que asumir la atención de aquel de ellos que por razón de su discapacidad no pueda incorporarse a un empleo, no obstante, el Código Civil no le contempla en el cuadro dispositivo de especialmente protegidos, de suerte que al fallecimiento de su hermano tendría que quedar bajo la protección de los hermanos sobrevivientes, si es que queda alguno vivo, o si los que queden deciden asistirlo. En todo caso podría reclamar alimentos al amparo del artículo 123.3 del Código de Familia, pero no la legítima, pues entre hermanos esta no existe. Creo que las normas del Derecho de Familia y las del Sucesorio deben estar encaminadas a fortalecer los lazos familiares, y a exigir el comportamiento que por razón del parentesco debemos asumir y por tal motivo se necesita una estrecha comunicación entre ellas. No es el Estado quien debe asumir, con exclusividad, la protección patrimonial de las personas con discapacidad, sino, sobre todo la familia, quien además debe procurar por el bienestar afectivo y físico de dichas personas y por mantener todo contacto con ellas, aun cuando estén internadas, procurando su restablecimiento²⁴. Las legítimas, con todo lo

²⁴ La última versión del Anteproyecto de Código de Familia (de 21 de mayo del 2008), incluye preceptos de hondo valor ético en este sentido, así según el artículo 264:

“Los ascendientes, descendientes y colaterales consanguíneos hasta el cuarto grado, de personas que presenten discapacidades físicas o psíquicas deben estimular y potenciar su desarrollo integral como seres humanos; y están en la obligación de garantizar la asistencia de éstos a los centros asistenciales y especializados correspondientes, con el objetivo de lograr su inserción social”.

“Asimismo dichos familiares deben participar de este proceso, capacitándose ellos mismos adecuadamente con este fin”.

En tanto, según el artículo 265:

que hoy se aboga incluso por cierto sector de la doctrina por su supresión²⁵, lo que deben es incardinarse por nuevos senderos²⁶, pero

“Las familias de las personas discapacitadas internadas en centros especializados, tienen el deber de mantener sistemáticamente la atención afectiva a sus familiares mientras dure el internamiento”.

²⁵ En la doctrina española *vid.* CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Consideraciones acerca de la libertad de testar”, en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IX, EDERSA, 1995, pp. 243-263. Este autor, en su sentida condición de notario, propone una absoluta abrogación absoluta de las legítimas (tanto material como formal) y de las reservas, y en sustitución de las primeras, el establecimiento del derecho de alimentos a cargo de la herencia y a favor de los descendientes del causante. Asimismo DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo, “Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión”, en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen I, Consejo General del Notariado, 2002, pp. 1097-1116, quien con similar parecer, siguiendo los derroteros de CALATAYUD SIERRA, aboga por la supresión de las legítimas y en su lugar “un sistema de alimentos respecto de los hijos o nietos que, al fallecimiento del testador, estén en situación de pedirlos”. GOMÁ LANZÓN, Ignacio, Tema 8 “Atribuciones legales (Legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte segunda. Los derechos del cónyuge viudo”, en *Instituciones de Derecho Privado*, Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), tomo V - *Sucesiones*, volumen 3º - *Las atribuciones legales* Martín Garrido Melero (coordinador), Thomson – Civitas, Madrid, 2005, p. 934, con un tono algo más moderado, pero en esencia, con los mismos derroteros, expone que “el progresivo desarrollo del individualismo y de la libertad personal parecen exigir la *reducción o eliminación* de las legítimas en aquellas legislaciones en las que su existencia supone una verdadera traba para la libertad de testar que permita al causante adaptar su sucesión a las necesidades familiares”. Asimismo, GARCÍA SÁNCHEZ, José Aristónico, *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, No. 24, marzo-abril 2009, pp. 78-80, aprovecha la ocasión para rematar una idea que en España ha fecundado en los despachos notariales, por ser precisamente los notarios, como expresa GOMÁ LANZÓN, quienes tienen un “conocimiento directo del pensamiento de los testadores”. De modo que acusa a las legítimas de ser una institución anacrónica “cuya rigidez los avispados encuentran mil escapes para burlar y que, en cambio, para los ciudadanos de a pie que son los más, se convierten en obstáculos insuperables que les impiden conseguir el mejor favor familiae”. No obstante, sus palabras finales se dirigen a la reorientación de las legítimas a los efectos de “asegurar la responsabilidad del testador respecto de los que lo necesiten y sólo en la cuantía en que lo necesiten”.

²⁶ Por ese rumbo van los criterios en la propia España de CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte”, en *Derecho privado europeo*, bajo su coordinación, Colex, Madrid, 2003, pp. 1224-1225, quien en la búsqueda de criterios armonizadores del Derecho sucesorio europeo considera plausible a tal fin “La vinculación de la legítima a las necesidades reales de sus titulares y una mayor libertad de testar”, lo cual garantizaría mejor la protección de la familia, por lo que si bien “no su eliminación radical, al menos su flexibilización puede conseguir este objetivo”; de VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *InDret*, No. 3/2007, en www.indret.com, consultado el 18 de enero del 2009, p. 15, quien llega a afirmar que “... la opción más aconsejable parece la de optar por cuotas legitimarias fijas. La extensión de estas cuotas es una cuestión ciertamente difícil de determinar, en la que deben sopesarse diversas fuentes concurrentes, a saber: el peso de la libertad de testar, la realización de la solidaridad intergeneracional y, en particular, la posición del cónyuge sobreviviente en la sucesión”, de COBAS COBIELLA, María Elena, “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, No. 17, 2006, p. 63, quien

incluso sin perder su naturaleza de legítimas de freno, en atención a su aspecto funcional, y legítimas *pars bonorum*, conforme con su contenido, deviniendo eso sí, en legítimas asistenciales. El número de personas con discapacidad que los estudios multidisciplinares realizados en Cuba reflejan (*vid.* Anexo II), es un desafío social al cual el Derecho debe responder, informado del valor solidaridad, y en eso la legítima juega un papel importante. El ensanchamiento del ámbito de aplicación subjetiva de la figura, más allá de la familia nuclear, no creo que pueda convertirse en un asidero de crítica, a fin de cuentas, tal y como está concebida en nuestro Derecho sucesorio, la legítima rebasa los límites de la familia nuclear y personas ajenas a ella pueden ser sus atributarios. Los abuelos, nietos y bisnietos, por citar algunos ejemplos, dan razón de ello. Es cierto que los hermanos clasifican dentro de los colaterales ordinarios, pero la colateralidad no es sinónimo de lejanía parental, los

aboga por una posición ecléctica, moderada, de modo que las legítimas cumplan su cometido de solidaridad a que están avocadas, pero enfocado hacia las personas que así lo requieran; en este sentido propone dos soluciones, una encaminada a la reducción de la cuota de legítima, con lo cual se amplía la cuota de libre disposición y con ello la libertad de testar, y la segunda “el establecimiento de determinados límites, los cuales serían obligatorios de presentarse determinadas circunstancias que siempre estarían en relación a personas discapacitadas, incapacitados y menores”. Y también en esta dirección se pronuncia GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Pablo, “La legítima no es intocable”, en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, No. 24, marzo-abril 2009, pp. 92-93, quien a pesar de criticar duramente a las legítimas por convertirse “en cierta medida, en una especie de seguro del hijo a la herencia del padre, cualquiera que sea el comportamiento afectivo del hijo con su progenitor”, beneficiando ello, a su juicio, al hijo apático e indolente, prefiriendo de cara a una modificación del Derecho común español, una legítima formal, al estilo del sistema navarro, acepta la opción de una reducción de la legítima al cuarto del haber hereditario, debiendo suprimirse la legítima a favor de los ascendientes, en tanto que la mejora, de mantenerse, propone sea percibida como mitad de ese cuarto, solo por aquellos hijos y descendientes menores o que sufran alguna minusvalía física o psíquica. En relación con el cónyuge viudo, se afilia al criterio de la legislación gallega, o sea, “una atribución *ex lege* de la vivienda habitual familiar sin derecho a indemnización o de compensación a los hijos o herederos, o al menos al usufructo vitalicio de dicha vivienda”.

hermanos en nuestro entorno y tradición suponen una cercanía afectiva y parental indudable, y la formación de nuestra propia familia nuclear, no debe ser excusa para deshacernos de ellos, cuando por razón de su discapacidad, sobre todo intelectual, no han formado la de ellos. Si los valores amor y utilidad informan el sistema de legítimas, entonces no hay motivo para justificar banalmente una exclusión de los hermanos con discapacidad dentro del círculo de personas con derecho a la legítima, expandiéndose el ámbito de aplicación subjetiva de la figura. Esta valoración, de *iure condendo*, debe concebirse no solo como una restricción a la libertad de testar, sino también hacerse extensivo su reconocimiento en la sucesión *ab intestato*, de modo que de existir algún legitimario, incluido los hermanos, en situación de dependencia o vulnerabilidad, sea atribuida a su favor la mitad del acervo hereditario, transmitido a la muerte de su titular.

3. Post scriptum

Estoy conteste con que las personas dependientes y vulnerables pueden encontrar en la figura de la legítima asistencial, regulada en el Código Civil cubano en sus artículos 492 y 493, el cauce idóneo para poder recibir por causa de muerte bienes con los cuales hacer frente a sus más apremiantes necesidades y paliar la situación económica en la que pueden quedar, tras el fallecimiento de la persona que en vida era su pivote patrimonial. Empero, si queremos estar a tono con el enunciado del artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las

personas con discapacidad, es necesario ajustar nuestras normas de Derecho sucesorio a esta.

No basta con el reconocimiento de la condición de legitimario de este sector vulnerable de la población, es necesario que bajo el prisma de la especial protección se perfilen las normas jurídicas reguladoras de la transmisión de la vivienda en Cuba, o al menos se releen en clave judicial. No puede resultar prevalente el concepto de ocupación, sobre el de herencia, cuando de “herederos” especialmente protegidos se trate. No puede exigírsele ocupación del inmueble a una persona con discapacidad, como presupuesto para que herede el más preciado bien patrimonial que el Derecho cubano reconoce, son precisamente bienes de esta naturaleza, por los que vela la Convención, sean heredados. De la misma manera que tampoco debe ser ello el presupuesto para adjudicarse lo que se reconoce en el Código Civil (artículos 542 al 544) como bienes de uso doméstico, en nuestro entorno social, la gran mayoría de los que se han atesorado durante la vida, cuya transmisión por causa de muerte, hoy está condicionada a la adjudicación de la vivienda, de modo que el hecho de la ocupación, no solo genera como efectos la transmisión del inmueble, con motivo de la muerte de su titular, sino también de todos los bienes de uso doméstico²⁷.

²⁷ *Vid.* PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis, “Transmisión por causa de muerte de los enseres de uso doméstico”, en *Derecho de Sucesiones*, tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 160-258.

Pero hay más, de *iure condicto* los “herederos” especialmente protegidos, atributarios de una legítima asistencial, ven disminuida esta, o incluso esfumada por normas especiales que menoscaban los valores informantes de la institución, uno de cuyos exponentes lo constituye, por poner un ejemplo palmario, la Resolución No. 76/1988 del Presidente del Banco Popular de Ahorro, reguladora de la figura del beneficiario por causa de muerte en cuentas bancarias, que conforme con la interpretación dada hoy por los operadores bancarios permite que en toda cuenta, el beneficiario designado pueda atribuirse hasta un máximo de 5000 unidades monetarias, con la siguiente merma que sufre el caudal hereditario, al no formar parte dicho saldo de la herencia, por lo cual se reduce notoriamente la base contable para determinar el monto de la legítima y, como consecuencia, puede esta reducirse a proporciones insospechables, e incluso, desvanecerse²⁸.

No tengo la menor duda que, en comparación con otros ordenamientos jurídicos, la regulación de una legítima asistencial en el Derecho positivo cubano como medida de apoyo patrimonial a quienes la muerte de su sostén económico le representa una situación de vulnerabilidad evidente, entre las cuales pueden incluirse personas con discapacidad, está a tono con el dictado del artículo 12.5 de la tantas veces citada Convención internacional, sin embargo, ello no resulta suficiente, en tanto tales normas legales deberían ajustar enteramente su contenido al dictado de la Convención. Se trata de matizar en algunos

²⁸ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B., *De la designación de beneficiario mortis causa en cuenta de ahorro*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 254-260.

casos y de ampliar la esfera de aplicación subjetiva en otros. La supletoriedad del Código Civil, regulada en su artículo 8 y en su Disposición Final Primera, se erige a su vez, en un dédalo jurídico, necesario superar para lograr la verdadera simetría que el ordenamiento legal requiere, dado que hoy día las normas de naturaleza especial socavan los valores informantes de la regulación de la figura de la especial protección, al punto que llegan a neutralizarlos. Hay que actuar con una concepción de sistema jurídico, lamentablemente abandonada por una voraz proliferación normativa, que ha sectorizado el Derecho civil. De *iure condendo*, se impone la necesidad de actuar a tono con ese sentido de sistema jurídico, en el que los valores amor, solidaridad y utilidad, actúen como ejes cardinales informantes de las normas sucesorias destinadas a proteger a las personas con discapacidad.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales:

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Consideraciones acerca de la libertad de testar”, en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IX, EDERSA, 1995; **CÁMARA LAPUENTE, Sergio**, “¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte”, en *Derecho privado europeo*, bajo su coordinación, Colex, Madrid, 2003; **CIURO CALDANI, Miguel Ángel**, “Aportes integrativistas al Derecho de Sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física)”, en *Investigación y Docencia*, No. 40. disponible

en: www.centrodefilosofia.org.ar, consultado el 4 de abril del 2010; **COBAS COBIELLA, María Elena**, “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, No. 17, 2006; **DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo**, “Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión”, en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen I, Consejo General del Notariado, 2002; **GARCÍA SÁNCHEZ, José Aristónico**, *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, No. 24, marzo-abril 2009; **GOMÁ LANZÓN, Ignacio**, Tema 8 “Atribuciones legales (Legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte segunda. Los derechos del cónyuge viudo”, en *Instituciones de Derecho Privado*, Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), tomo V - *Sucesiones*, volumen 3º - *Las atribuciones legales*, Martín Garrido Melero (coordinador), Thomson – Civitas, Madrid, 2005; **GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Pablo**, “La legítima no es intocable”, en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, No. 24, marzo-abril 2009; **LEÑA HERNÁNDEZ, Rafael**, “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en *La protección jurídica de discapaces, incapaces y personas en situaciones especiales*, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000; **PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis**, “Transmisión por causa de muerte de los enseres de uso doméstico”, en *Derecho de Sucesiones*, tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), Félix Varela, La Habana, 2004; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y María Elena COBAS COBIELLA**, “A una década de la promulgación del Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto”, en *Revista Derecho Privado*,

año N° 82, diciembre de 1998; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.**, (coordinador) *et al.*, *Derecho de Sucesiones* (en tres tomos), bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.**, *De la designación de beneficiario mortis causa en cuenta de aborro*, Dykinson, Madrid, 2005; *Compilación de Derecho de Sucesiones* (en dos tomos), Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2006; “El Derecho de Sucesiones en cifras. Recuentos y pronósticos”, en *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, bajo su coordinación, Temis, Ubijus, Reus, Zavalía, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2010; **RIVAS MARTÍNEZ, Juan José**, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo I, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1997; **VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.**, *Panorama del Derecho Civil*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1973; *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. I, Montecorvo, 1980; “La función notarial de tipo latino”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. C, abril-junio 1978; **VAQUER ALOY, Antoni**, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *InDret*, No. 3/2007, en www.indret.com, consultado el 18 de enero del 2009.

II. Fuentes legales:

Constitución de la República de Cuba, reformada en 1992 y en el 2002, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 7, de 1ro de agosto de 1992, última modificación, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 3, de 31 de enero de 2003; *Código Civil de la República de Argentina* de 25 de septiembre de 1869, edición al

cuidado del Dr. Ricardo de ZAVALÍA, Buenos Aires, 1996; *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1999; *Código Civil de la República de Bolivia*, Decreto-Ley No. 12760/1975 de 6 de agosto, edición de 1998; *Código Civil Comentado* (Código Civil del Brasil), por Nelson NERY JUNIOR y Rosa María DE ANDRADE NERY, 4ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta el 20 de mayo del 2006, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006; *Código Civil de la República de Chile* de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto No. 1937/1976 de 29 de noviembre del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile; *Código Civil de la República de Colombia*, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley No. 57 de 1887, edición a cargo de Luis César PEREIRA MONSALVE, Medellín, marzo, 1994; *Código Civil de la República de Costa Rica* de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9ª edición, Porvenir, San José, 1996; *Código Civil de la República de Cuba*, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCO y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Dykinson, Madrid, 2005; Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988; *Código Civil de la República de Ecuador*, 7ª edición, Codificación RO-S 104: 20 noviembre de 1970, actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, S.L.; *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; *Código Civil de la República de Francia* de 21 de marzo de 1804, 6ª edición, Petit Codes, Dalloz, 1976-1977; *Código Civil de la República de Honduras*, sancionado por Decreto No 76/1906 de 19

de enero, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.; *Código Civil de la República de Italia* de 16 de marzo de 1942, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993; *Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal*, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge OBREGÓN HEREDIA (concordado), Porrúa, México, 1988; *Código Civil de la República del Perú*, promulgado por Decreto Legislativo No. 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Jorge PALMA MARTÍNEZ, Ediciones y Distribuciones “Palma”, Lima, 1994; *Código Civil de Puerto Rico* de 1930, edición a cargo de Ramón Antonio GUZMÁN, Santa Fe de Bogotá, septiembre 1993; *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline BARREIRO DE GALLO, Barreiro y Ramos S.A. Editores, Montevideo, 1994; *Código Civil de la República de Venezuela*, reformado en julio de 1982, PANAPO, 1986; *Código de Familia de la República de Cuba*, Ley No. 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; Ley No. 65/1988 de 25 de diciembre, *Ley General de la Vivienda*, (actualizada) (anotada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia), Editorial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004; Ley No. 105/2008 de 27 de diciembre, *Ley de Seguridad Social*, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 4, de 22 de enero del 2009; Resolución No. 76/1988 de 22 de abril, del Presidente del Banco Popular de Ahorro, contentiva de las Reglas del Servicio de Ahorro, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 41, de 6 de junio de

1988; Anteproyecto de Código de Familia (última versión de 21 de mayo del 2008, en versión digital).

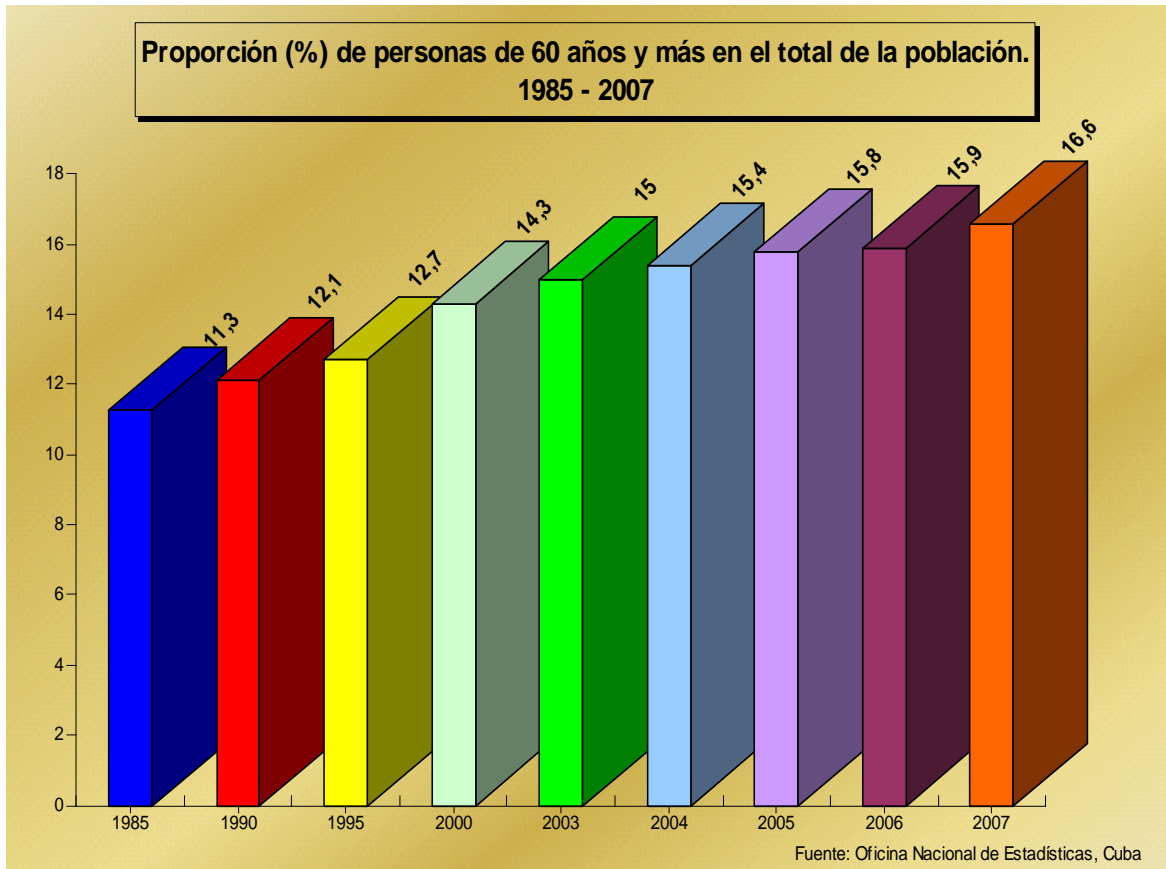


Gráfico 1

Proporción (%) de personas de 60 años y más en el total de la población.
Período 1985 – 2006

1985 1990 1995 2000 2003 2004 2005 2006 2007

**ESTRUCTURA PORCENTUAL POR GRUPO DE EDADES DE LA POBLACIÓN
PROYECTADA AL CIERRE DEL 30 DE JUNIO DE CADA AÑO
PERIODO 2007 - 2025**

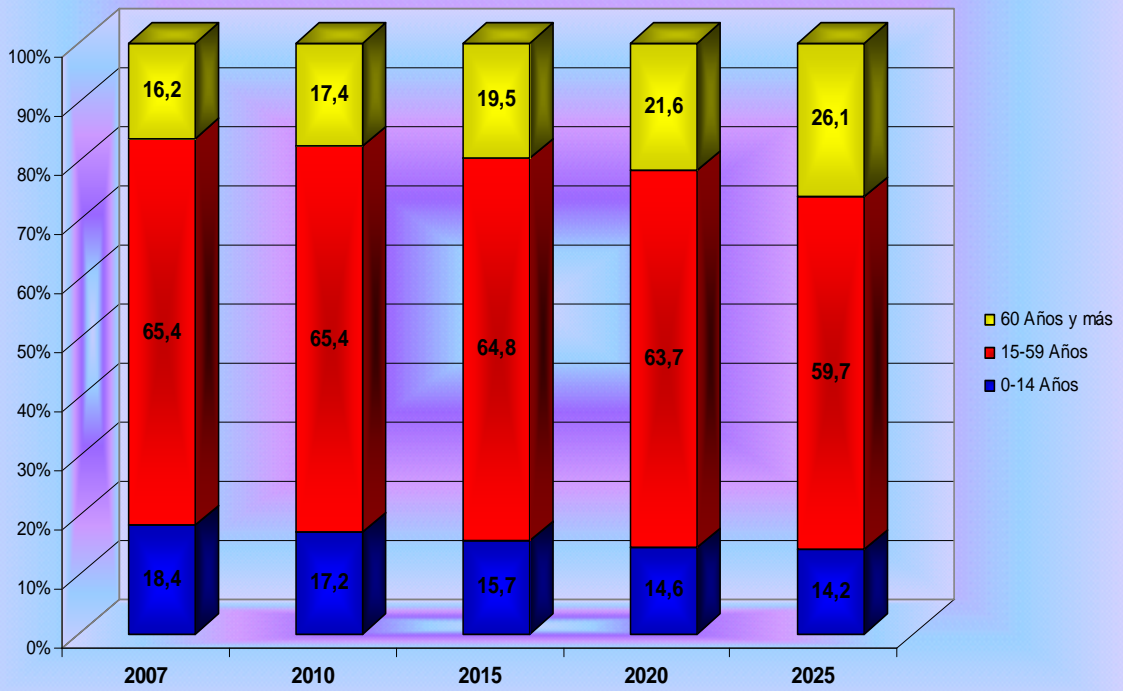
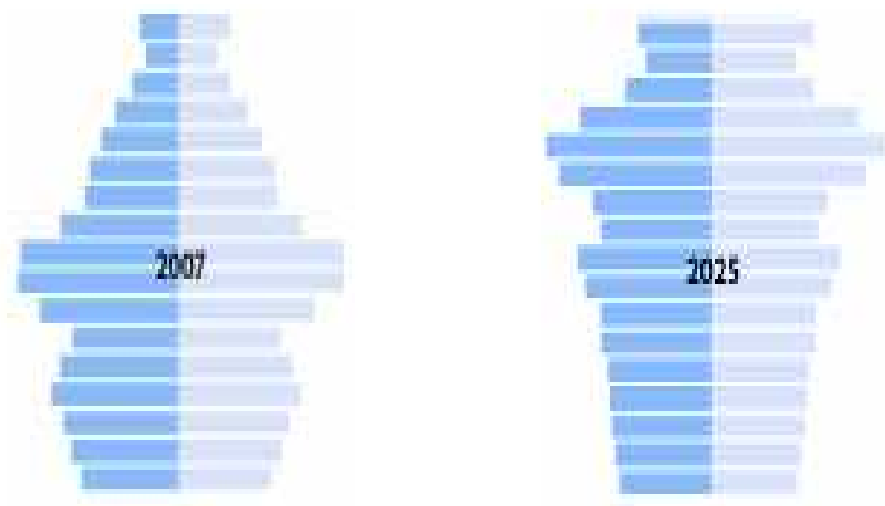


Gráfico 2

Estructura porcentual por grupos de edades de la población proyectada al 30 de junio de cada año.
Período 2007-2025

Años	Total	0-14 Años	15-59 Años	60 Años y más
2007	100,0	18,4	65,4	16,2
2010	100,0 1	7,2	65,4	17,4

Cuba. Pirámides de Población, por sexo y grupos de edades.
Años 2007-2025



Fuente: Censo de los años seleccionados y ONE-CEPDE. Indicadores Demográficos Ob.Cit

Gráfico 3

RESULTADOS DEL ESTUDIO

<i>Población con Discapacidad</i>	TOTALES
<i>Físicos Motores</i>	92 506
<i>Visual</i>	46 455
<i>Auditiva</i>	23 620
<i>Mental</i>	36 869
<i>IRC</i>	1 831
<i>Mixta</i>	25 094
<i>Discapacidad Intelectual</i>	140 489

Total de Discapacitados
366 864

Tasa Nacional
3,23
(Por 100 habitantes)

Tasa de RM:
1,25
(Por 100 habitantes)

Gráfico 1

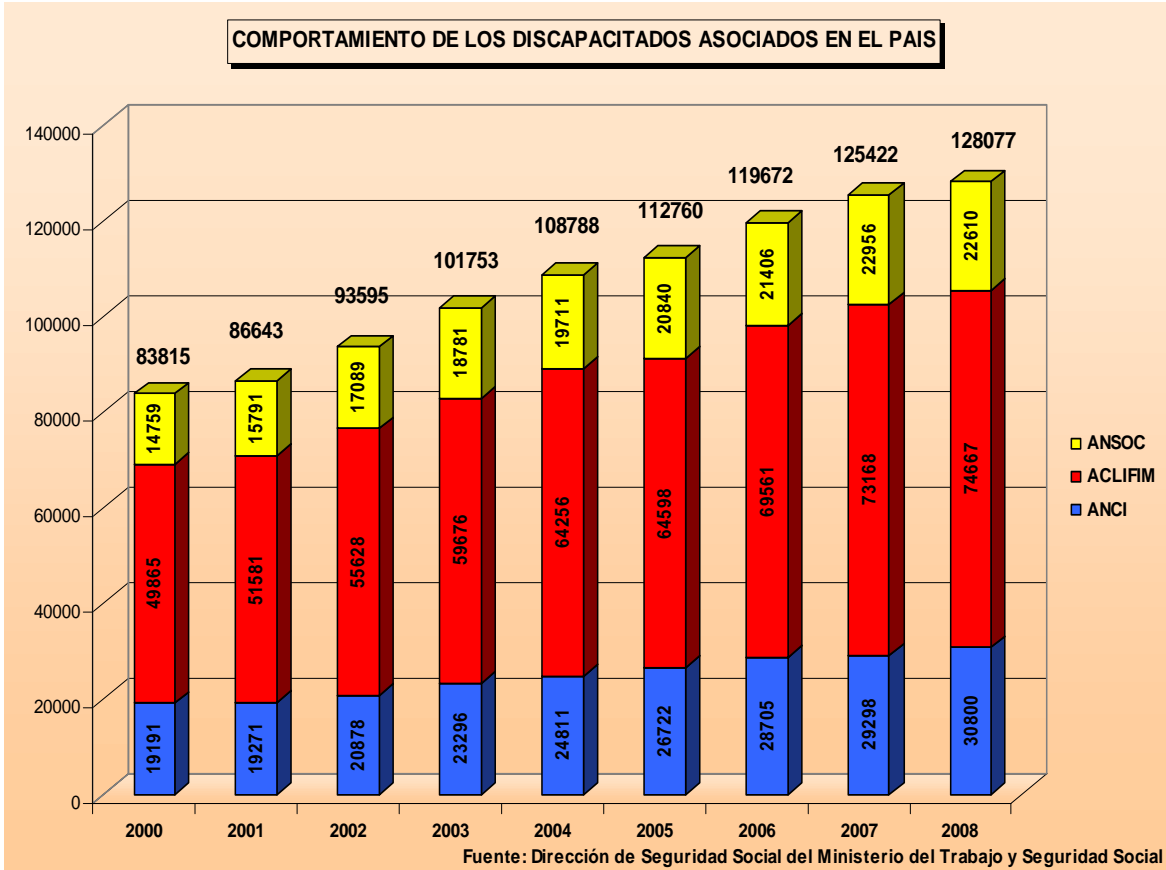


Gráfico 2

COMPORTAMIENTO DE LOS DISCAPACITADOS

ASOCIADOS EN EL PAÍS

PERÍODO 2000-2007

AÑO	ANCI	ACLIFIM	ANSOC	TOTAL
2000	19 191	49 865	14 759	83 815
2001	19 271	51 581	15 791	86 643
2002	20 878	55 628	17 089	93 595
2003	23 296	59 676	18 781	101 753
2004	24 811	64 256	19 711	108 788
2005	26722	64 598	20 840	112 160
2006	28705	69 561	21 406	119 672
2007	29298	73 168	22 956	125 422
2008	30 800	74 667	22 610	128 077

EL NOTARIO COMO INTÉRPRETE JURÍDICO

Escribana Mónica Susana Zanazzi¹

“...El notario es ciertamente un documentador, más no es sólo un documentador, puesto que interviene no solo en el” hacer “ el documento sino en el acto que es la declaración de voluntad.....;al notario se va a algo más y es necesario ir buscando en su misión otras funciones que la exclusiva de documentar”

Carnelutti.

Sumario

I- Resumen; II- Exposición del caso; III- Conclusiones; IV
Bibliografía.

¹ Abogada. Notaria Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa fe, miembro plano del Instituto de Derecho e Integración.

I-Resumen

El motivo de este trabajo es destacar la función notarial ante un caso² en el que se busca la protección futura de un hijo discapacitado. En este sentido, el rol del notario se vincula de forma directa a las necesidades y los derechos de las personas, de las familias, y de la comunidad. Para ello se recurrirá al comentario de dicho caso, lo cual dejará ver, además, dos funciones notariales fundamentales que se hayan estrechamente ligadas: la de “asesoramiento” por un lado, y la de “interpretación de la voluntad de los requirentes”, por el otro. Dichas funciones creemos deben destacarse porque no están justamente valoradas en nuestra sociedad: se piensa, generalmente, que el escribano es solamente un documentador.

Nuestro propósito es justamente hacer visible, a partir de la exposición de un caso, dicha misión que suele excluirse de la función notarial.

El caso sobre el cual reflexionaremos, se vincula a un fideicomiso³ de administración e inversión para una persona con discapacidad o con capacidad diferente.

Abstract

² El caso que comentaremos ha sido construido con una finalidad netamente explicativa y expositiva.

³ Una de las incumbencias actuales de los notarios, a partir de la ley 24441, es la redacción del contrato de fideicomiso

The Notary as a legal interpreter

The purpose of this report is to emphasize the notarial function before a case⁴ where the aim is to achieve the future protection of a handicapped child. In this way, the role of the notary is directly connected to the needs and rights of the people, the families and the community. For this reason, we will resort to the comment of this case, which will also allow us to see two main notarial functions that are closely connected: on the one hand, the one of the “advice”, and on the other hand, the one of the "interpretation of the applicant’s will”. We believe that such functions must be emphasized because they are not fairly valued in our society: it is generally thought that the notary is just a documenter.

Our aim is precisely to highlight, from the presentation of a case, this mission that tends to be excluded from the notarial function.

The case we will use to reflect on is linked to an investment and administration trusteeship⁵ for a handicapped person, or with a disability.

Palabras clave

⁴ The case we will discuss has been built with a purely explanatory and expository purpose.

⁵ One of the current concerns of the notaries, since the law 24.441, is the writing of the trusteeship contract.

Función notarial – caso – fideicomiso de administración e inversión – capacidad diferente.

Key words

Notarial function – case – investment and administration trusteeship – disability.

II- Exposición del caso

Planteo

Se trata de una familia integrada por los padres y cuatro hijos. La edad de los padres se acerca a los 60 años; los hijos son mayores de edad, solteros y estudiantes. Uno de ellos, D, posee una capacidad diferente. El patrimonio está compuesto por dos fracciones de campo y otras propiedades en la ciudad. Los ingresos de la familia se conforman a partir de los aportes de los padres con sus respectivas profesiones y la renta de los campos y departamentos.

Consulta

Se presenta la necesidad de “hacer algo” para proteger a D en el *futuro*⁶. Los padres afirman que: “mientras alguno de nosotros viva no hay problemas, los puede haber cuando no estemos. No queremos que lo declaren incapaz. Queremos protegerlo nosotros, nuestra familia. No confiamos en el Estado como administrador”. Añaden que D trabaja en uno de los campos de la familia, el cual, además de significar un lugar de pertenencia para el mismo⁷, equivale al 25% de su actual patrimonio.

Por otra parte, los hermanos del padre –tíos de D, ingenieros agrónomos- administran dicho campo.

Habiendo dado cuenta de la situación, los interesados hacen referencia a la figura del fideicomiso, requiriendo asesoramiento acerca de la misma.

Asesoramiento

Como notarios nos vemos ante la responsabilidad de explicitar el funcionamiento del fideicomiso, a fin de verificar si dicha figura se ajusta al caso planteado. El fideicomiso es un contrato donde juega ampliamente la autonomía de la voluntad y sirve, siguiendo el concepto del Dr. Jorge Roberto Hayzus,

⁶ La referencia al porvenir resulta habitual en casos en que se intenta prever las condiciones de vida de la persona con capacidades diferentes.

⁷ Cabe destacar que D considera a dicho campo como “su lugar de trabajo”, lo cual nos resulta de especial relevancia como profesionales del derecho y como interpretes de la voluntad de los requirentes.

“de marco y sustento jurídico para la asignación de beneficios económicos derivados de la propiedad de ciertos bienes, conforme a la voluntad de su dueño y con efectos hacia el *futuro*. Es un modo de disposición de la propiedad que “ata” los bienes a un destino determinado, en interés de personas distintas de aquella que recibe la propiedad.”⁸

Este contrato, que existía ya en el Derecho Romano y cuyo nombre deriva de fiducia (confianza), fue previsto por nuestro Código Civil de manera muy breve, cobrando vida en el año 1995 con la ley 24441. Para el presente caso, los progenitores (fiduciantes) transmitirían a otra persona (fiduciario) la propiedad fiduciaria del campo en cuestión (bien fideicomitado) para que el fiduciario lo administre en beneficio de su hijo (beneficiario) y al vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria transfiera su dominio a los herederos del beneficiario (fideicomisarios)⁹

Como se trata de un contrato basado en la confianza que el fiduciario le merece a los fiduciantes, los interesados preguntan cuales serían los pasos a seguir en el caso que acontezca algún hecho que provoque la disminución o desaparición de la misma. En torno a ello,

⁸ HAYZUS, Jorge Roberto, *Fideicomiso*, Astrea, Bs.As, 2004, p.1.

⁹ Cf. AA.VV, Fideicomiso de administración y desarrollo inmobiliario, Cuaderno n° 1 del Instituto de Derecho Notarial, Colegio de Escribanos, Sta Fe, 2°Circunscripción, Rosario, 2005.

respondemos que se puede preveer la facultad de que el fiduciante se reserve la posibilidad de revocar el contrato cuando lo estime necesario (art. 25 inc. B ley 24441).

Asimismo, los padres consultan acerca de la posibilidad de que alguna persona controle la labor del fiduciario. Destacamos a los mismos que en este tipo de contrato, donde juega la autonomía de la voluntad, se podría limitar la actuación de los fiduciarios para determinados actos donde sea necesario contar con la autorización de los fiduciantes. Explicamos, además, que se podría formar una comisión asesora integrada por los hermanos para que cumpla la función de contralor. Lo padres acuerdan con esta propuesta.

Se presenta en esta instancia la necesidad de definir la o las personas que ocuparán el carácter de fiduciario. Los hermanos del padre de D podrían serlo; sin embargo se pide la no intervención de sus respectivas esposas. En este sentido, se explica que, con respecto al estado civil, no se requiere asentimiento conyugal alguno en los términos del artículo 1277 del Código Civil, en virtud de que el inmueble que se transfiere es a título fiduciario y no se confunde con los bienes personales de los fiduciarios: los mismos conforman un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante (arts. 14 y 15 ley 24441).

Posteriormente, los progenitores manifiestan el deseo de que la renta producida por el patrimonio fideicomitado, sea exclusivamente aplicada a los cuidados de D, sin ningún tipo de restricciones. Ésto,

afirmamos, quedará explicitado en el objeto del contrato, así como también la conformación de la comisión asesora mencionada. Luego, los interesados preguntan por el tiempo de constitución del contrato, a lo que respondemos que por tratarse de un fideicomiso para una persona con discapacidad, el plazo se extenderá hasta el momento del fallecimiento del beneficiario o del cese de su incapacidad (art.4 inc.C, ley 24441).

Por otra parte, los padres hacen referencia al porcentaje que significa el campo en su actual patrimonio (25%), y preguntan si los hermanos de D se verían afectados económicamente, en el caso de que el mismo disminuyese. Respondemos que operada la muerte de los fiduciantes (padres), esta transferencia que beneficia a D, se entenderá a los fines sucesorios, como un anticipo de herencia (art 3476 Código Civil) y así lo haremos constar en el contrato de fideicomiso.

Con respecto a este tema fideicomiso y legítima de los herederos forzosos la ley 24441 nada dice sobre la posibilidad de los herederos legítimos del fiduciantes para demandar, al fallecimiento de éste la acción reducción de las transferencias fiduciarias que pudieran afectar sus legítimas. Frente a este silencio de la ley existe una división en la doctrina: por un lado, están los que aseguran que cualquier transferencia fiduciaria de bienes que excediere la porción disponible puede ser reducida por los herederos forzosos del fiduciante y, por el otro, los que entienden que la ley 24441, modificó el tema de la legítima, no habiendo acción alguna que los herederos puedan llevar a

cabo¹⁰. Si bien para el caso planteado, la diferencia doctrinaria no tiene incidencia alguna, puesto que ante el supuesto fallecimiento de D, y ante la ausencia de sus progenitores, sus hermanos podrían ser sus herederos, a quienes los bienes les serían transmitidos en propiedad plena en tanto fideicomisarios (art.26 ley 24441),y además ,como dijéramos anteriormente ,se entenderá a los fines sucesorios como un anticipo de herencia, consideramos que las transferencias fiduciarias no puede afectar la legítima de los herederos forzosos.

En suma, los padres (fiduciantes) formalizan un contrato de fideicomiso con los tíos de D (fiduciarios), siendo D el beneficiario, y los hermanos de D, los fideicomisarios e integrantes de la comisión asesora. Los fiduciantes transmiten el dominio fiduciario (campo) a los fiduciarios para que éstos lo administren en beneficio de D. Extinguido el contrato, los bienes son transmitidos por los fiduciarios a los fideicomisarios.

III- Conclusiones

El caso representa un claro ejemplo de la relación que se establece entre el Notario y los requirentes. La exposición del mismo permite mostrar que el notario es la persona idónea para interpretar la

¹⁰ ETCHEGARAY, Natalio Pedro, *Posibilidad de utilización del fideicomiso en la contratación habitual en sede notarial*, "Revista del Notariado", Órgano del Colegio de Escribanos, Capital Federal, n° 868, 2002.

voluntad de la partes e instrumentarla jurídicamente y además posee información específica –conoce la realidad económica-que le permite encauzarla del modo más conveniente al de sus requirentes. Da la respuesta a la principal inquietud de los requirentes “el futuro” de D. Encuentra la herramienta jurídica válida “El fideicomiso”. Siendo además el instrumento que crea, eficaz, seguro y suficiente. No necesita ninguna otra intervención jurisdiccional. Da forma a las declaraciones de voluntad de las partes, tratando de evitar el litigio.

La sociedad actual necesita estos instrumentos, no quiere conflictos y al decir de González Palomino “A Notaría abierta, Tribunal cerrado”¹¹

Con este trabajo pretendemos, por un lado, destacar y divulgar la función “invisible” del notario, es decir, aquella vinculada al asesoramiento e interpretación de la voluntad de las partes, y, por otro, desentrañar la compleja esencia de la función del notario para comprender su rol mediador y confesor. De este modo se vuelve visible¹² su labor social y se reconoce su carácter de operador del derecho, a quienes, por otra parte, nada humano les es ajeno.

IV- Bibliografía

¹¹ *La figura jurídica del notario*, op.cit, p.125.

¹² “Lo esencial es invisible a los ojos”, DE SAINT EXUPÉRY, Antoine, *El Principito*, Lumen, Bs.As, 2001.

AA.VV, Fideicomiso de administración y desarrollo inmobiliario, Cuaderno n° 1 del Instituto de Derecho Notarial, Colegio de Escribanos, Sta Fe, 2°Circunscripción, Rosario, 2005.

CARNELUTTI, *La figura jurídica del notario*, “Revista Internacional del Notariado”, año 2, n°5, 1950.

DE SAINT EXUPÉRY, Antoine, *El principito*, Lumen, Bs.As, 2001

ETCHEGARAY, Natalio Pedro, *Posibilidad de utilización del fideicomiso en la contratación habitual en sede notarial*, “Revista del Notariado”, Órgano del Colegio de Escribanos, Capital Federal, n° 868, 2002.

HAYZUS, Jorge Roberto, *Fideicomiso*, Astrea, Bs.As, 2004.

Fuentes legales:

Ley 24441

Código civil

DISCAPACIDAD Y PATRIMONIO EN SUJETOS MAYORES DE EDAD. PANORÁMICA DE SU PROTECCIÓN JURÍDICA EN CUBA

Notaria Marta Fernández Martínez¹

*"En realidad, no existen personas discapacitadas, sólo personas
con distintos grados de aptitud".*

Henry VISCANDI

Sumario:

1. La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sus postulados más importantes en materia patrimonial. 2. Patrimonio. Concepto y realidad cubana. 2.1. Protección pública del patrimonio del discapacitado en la legislación nacional: Constitucional, civil, familiar y normativa especial. Vías de ampliar la protección. 2.2. Protección privada del patrimonio del discapacitado. 2.2.1. Experiencias foráneas: El fideicomiso. El crédito vitalicio. El patrimonio separado. 3. Retos para Cuba.

¹ Profesora Titulara de Derecho Civil Facultad de Derecho Universidad de La Habana.

El tema abordado es la persona adulta discapacitada, no incapaz y de las formas públicas y privadas de protegerle y ampliarle su patrimonio según la normativa cubana y nuestra realidad económica. No se trata la materia sucesoria ni lo referido al empleo, ni a la asistencia social.

Resumen

La discapacidad y el patrimonio de la persona jurídica individual mayor de edad en Cuba, tenemos necesariamente que verla desde el prisma de las relaciones económicas imperantes, reconocidas en la Constitución de la República, el Código Civil cubano y las demás leyes. Su protección es palpable; sin embargo se proponen vías para ampliarla; a saber: admitir el subarrendamiento, identificar supuestos de excepcionalidad al límite de prohibición de ocupación, incluir reformas constructivas ventajosas, considerarlos sujetos con obligación a ser alimentados, entre otros.

Abstract

Disability and the heritage of the individual who is legal of age in Cuba must be seen necessarily from the perspective of the prevailing economic relations, acknowledged in the Constitution of the Republic, The Cuban Civil Code and other laws. Protection is palpable; nevertheless, ways to expand it are suggested; namely: accepting subleasing, identifying supposed exceptions to the limit of forbidding

occupation, including favorable constructive reforms, considering them individuals who must be fed, among others.

Palabras Clave

discapacidad – patrimonio – Cuba – protección

Key Words

Disability – personal property – Cuba – protection

1.- La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sus postulados más importantes en materia patrimonial.

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, es el instrumento internacional que da “visibilidad” a este colectivo social dentro del sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, que debe interpretarse y aplicarse como integrante de este sistema y no en forma aislada. Es el tratado² de derechos humanos que se ha negociado con mayor rapidez y el primero del siglo XXI. Fueron tres años de negociaciones, en las que han participado la sociedad civil, los gobiernos, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones internacionales.

² Manual para Parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo, redactado conjuntamente por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Interparlamentaria

No reconoce ningún nuevo derecho humano de las personas con discapacidad, sino que reitera su vigencia y establece las obligaciones y deberes jurídicos de los Estados de respetar y garantizar su ejercicio.

La Convención busca garantizar que las personas con discapacidad disfruten de los mismos derechos humanos que todos los demás, y puedan llevar una vida como ciudadanos, que les permita contribuir valiosamente a la sociedad, si se les conceden las mismas oportunidades que a los demás.

La Convención estuvo abierta a la firma y sujeta a la ratificación de los Estados miembros desde el 30 de marzo de 2007, entró en vigor una vez que fue ratificada por al menos veinte países. A la fecha 126 países la han firmado y 71 países han firmado su Protocolo facultativo.

El Protocolo facultativo, que no fue suscripto por todos los países que firmaron la Convención, establece que todos los Estados Partes reconocen la competencia del “Comité sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad” para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción, que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte, de cualquiera de las disposiciones de la Convención. Faculta así a los ciudadanos que *“aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado parte, de cualquiera de las disposiciones de la Convención”*, y hayan agotado la vía judicial de sus respectivos países, a recurrir ante un órgano internacional para solicitar su reparación.

La Convención es un complemento de los tratados internacionales ya vigentes sobre los derechos humanos. Señala los

ámbitos en los que es necesario llevar a cabo adaptaciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos, y las esferas en las que debe reforzarse la protección de sus derechos, porque éstos se han vulnerado habitualmente. Establece asimismo normas mínimas de carácter universal que deben aplicarse a todas las personas y que sientan las bases para crear un marco coherente con miras a la actuación.

Es propósito de ésta, *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*.

La Convención no define el vocablo “discapacidad”; no lo considera un concepto rígido, sino dinámico, que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (modelo social). Reconoce la diversidad de las personas con discapacidad, y la necesidad de promover y proteger sus derechos humanos, incluidas aquellas que necesitan un *apoyo* más intenso. Asimismo establece que la expresión “personas con discapacidad” se aplica a todas aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, como podrían ser actitudes negativas u obstáculos físicos, puedan ver dificultada su plena participación en la sociedad (*vid.* artículo 1).

El modelo social plasmado en la Convención considera que las causas de la discapacidad no son religiosas ni científicas, como lo hacían

los modelos de prescindencia y rehabilitador, sino preponderantemente sociales; que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades sociales como las demás, que tienen derecho a una participación plena, partiendo de la valoración y el respeto por la diversidad. No discriminación, vida independiente, autonomía personal, igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos, accesibilidad universal, son principios sustentados por la teoría moderna de los derechos humanos, que propicia la plena inclusión social de las personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad.

Los principios generales establecidos en la Convención, son: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños, y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Es de significar por el tema que nos ocupa, cual es el patrimonio y su protección los artículos: 12, 19 y 28 de dicha Convención³. De

³ El artículo 12 establece el igual reconocimiento como persona ante la ley, especialmente su inciso 5, al establecer: “... 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”.

estos postulados analizaremos las garantías de la igualdad de condiciones de las personas con discapacidad para ser propietarias, controlar sus asuntos financieros, igualdad de condiciones para préstamos hipotecarios y de otra índole; igualdad de condiciones con las demás personas para poder vivir de manera adecuada.

2. Patrimonio. Concepto y realidad cubana

Puede definirse el patrimonio como “la totalidad de derechos y obligaciones de carácter económico y los bienes a que estos se refieren,

El artículo 19 de la Convención incorpora un elemento difícil de lograr (se vincula la autonomía privada y las condiciones económicas del Estado y de la familia): La aceptación y promoción de la autonomía y vida independiente de las personas con discapacidad (en tanto ello sea posible). La Convención determina el derecho de las personas con discapacidad a que tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; que tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal y que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y que tengan en cuenta sus necesidades.

A su vez el artículo 28 establece el nivel de vida adecuado y protección social, en especial en sus incisos 1 y 2, que respectivamente formulan:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

*a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad; b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de **reducción de la pobreza**; c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, **asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados**; d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de **vivienda pública**; e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación”.*

pertenecientes a una persona, destinados a satisfacer necesidades o a cumplir determinados fines”⁴.

Si hablamos en Cuba del patrimonio de la persona jurídica individual tenemos necesariamente que verlo desde el prisma de las relaciones económicas imperantes en Cuba, reconocidas en la Constitución de la República, el Código Civil cubano y las demás leyes. Por ello podemos decir que el patrimonio puede ser teóricamente *patrimonio personal*, este está constituido por todos esos bienes que sirven para satisfacer las necesidades tanto espirituales como materiales, y pueden ser utilizados para obtener ingresos que impliquen explotación de trabajo ajeno. Estos son ingresos y ahorros provenientes de trabajo propio, la vivienda de residencia permanente y de veraneo, solares yermos y demás adquiridos por cualquier título de derecho real o de crédito. Dentro de este concepto teóricamente podemos encontrar el *patrimonio separado*, que no deja de ser personal, pues su contenido es el mismo pero sometidos a un régimen jurídico especial; el ejemplo más típico es el que nace del régimen jurídico de la comunidad matrimonial de bienes.

2.1. Protección pública del patrimonio del discapacitado en la legislación nacional: Constitucional, civil, familiar y normativa especial. Vías de ampliar la protección

⁴ VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., *et al.* (coordinadora), *Derecho Civil Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p.198.

El texto constitucional cubano no ofrece una regulación expresa sobre el régimen de atención y protección general de las personas con discapacidad, por lo que no se puede pensar que exista una disposición expresa de protección legal al patrimonio de las personas. Lo cual no significa en ningún modo que dicho patrimonio no esté protegido, pues el propio texto constitucional en su artículo 21 establece que “*Se garantiza la propiedad personal...*”. Y en las demás leyes se vertebran la protección que a dicho patrimonio se ofrece.

La normativa civil cubana, en especial el Código Civil brinda una protección legal a la persona con discapacidad que no haya sido aun declarada judicialmente incapaz y que por tanto, pueda por sí misma aún realizar actos para los cuales no tenga un impedimento por razón de su discapacidad física o mental, lo que hemos dado en llamar capacidad restringida. El precepto amparador es el artículo 30, muchas veces criticado por sus incongruencias y parquedades, a saber: quién la declara y en qué términos, qué son las necesidades normales de la vida, cuál es la gradación del retraso mental o cuál impedimento físico puede constituirse como limitante a expresar debidamente la voluntad para realizar un acto jurídico y que este sea válido.

Estas y otras muchas son las críticas⁵ al precepto, lo cual hace que pierda su virtualidad sin contar con la necesidad imperiosa de

⁵ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “La protección legal a los Discapacitados en Cuba: Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro homenaje a la profesora Olga Mesa Castillo*, Aída Kemelmajer de Carlucci, y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 529 y ss. y VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas”, en *Nuevos perfiles...*, *cit.*, pp. 582 y ss.

reinstaurar la curatela en nuestro ordenamiento como figura efectiva de guarda y protección a personas con discapacidad que tengan imposibilidad de realizar por sí solas algunos actos jurídicos, lo cual redundaría además, en la necesaria protección mas efectiva de su patrimonio.

En el Código de Familia existe la obligación de dar alimentos, entendiendo alimento *“todo lo que sea indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación y vestido...”* El análisis de los preceptos en el tema que nos convoca no está precisamente en determinar el concepto sino los sujetos que están protegidos con dicha obligación. El artículo 122 del propio cuerpo legal es claro en su numeral 2 cuando establece: *“las demás personas con derecho a recibirlo, cuando careciendo de recursos económicos, están impedidos de obtener alimentos por si mismo, por razón de edad o incapacidad”*. Excluye totalmente de su manto protector a las personas que por su discapacidad física o mental no puedan por sí mismas proporcionarse el sustento. Obliga el precepto a la declaración judicial de incapacidad, para la cual no postula mayor de edad con discapacidad.

La normativa especial regula formas de protección, a saber:

La Resolución No. 431/1995 del Instituto Nacional de la Vivienda pone en vigor las indicaciones para la aplicación de la NC-53-199-1990 “Eliminación de barreras arquitectónicas”. Se establece como requisito mínimo que el 2% de las nuevas viviendas que se construyan y las rehabilitaciones que se incorporen por nuevas viviendas al fondo existente en cada territorio (provincia) reúnan las condiciones para los

discapacitados físicos-motores que establece la mencionada norma. Estas viviendas, una vez entregadas a sus destinatarios, pasarán a integrar el fondo de viviendas medios básicos de la Asociación Cubana de Limitados Físicos Motores (ACLIFIM).

De esta normativa podemos concluir que todavía resulta insuficiente que solo el 2 % del total de viviendas que se construyan reúnan las condiciones para personas discapacitadas, teniendo en cuenta además que las situaciones de discapacidad pueden ser en muchos casos sobrevenidas y que por tanto no podemos pensar que se construye para el presente; sino también para el futuro de una población demográficamente bien adulta.

En este aspecto vale señalar en clave de ampliar la protección que vendría muy a tono que la Resolución No. 11/2006 del Instituto Nacional de la Vivienda relativa al procedimiento para otorgar licencias o autorizaciones de construcción y certificados de habitables, tuviera en cuenta también a la hora del otorgamiento de licencias de ampliación o de obra nueva, si el núcleo familiar cuenta con un discapacitado, pues los metros cuadrados aprobados para ello, teniendo en cuenta el número de sujetos, no pueden ser considerados iguales en los casos de que conviva en el inmueble una persona sin discapacidad.

En relación con esta normativa hay que traer a colación la Resolución No. 339/2005 del Instituto Nacional de la Vivienda, que dispuso en su apartado PRIMERO que *“Las viviendas que construya el Estado, o por cualquier razón queden disponibles, son asignadas, en concepto de arrendamiento a las personas que sean seleccionadas para ocuparlas”*, en tanto, a

tenor del SEGUNDO: *“Se exceptúan (...) las viviendas que: se asignen a las entidades para ser empleadas como medios básicos; se asignen a microbrigadistas cuya solución de vivienda esté pendiente a la entrada en vigor de la presente Resolución; financien en divisas los trabajadores internacionalistas de la salud; y se asignen a personas que son propietarios de sus viviendas, a cambio de la que poseen”*.

No existe excepción de Ley para poderle entregar a una persona con discapacidad la vivienda en propiedad, solo en arrendamiento por mandato de ley. Esta sin duda alguna es una forma que tiene el Estado de que a través de las asociaciones de personas con discapacidad, se cuente con medios básicos para brindarle vivienda digna a sus asociados y que cuando la discapacidad desaparezca o falleciera la persona, esta asociación se la asigne a otra persona discapacitada, lo cual sin dudas, tampoco es tan sencillo. Hay que pensar en los familiares de este discapacitado, que no tienen discapacidad y le han proporcionado una vida digna a éste. Además esto redundaría en menoscabo en el patrimonio de la persona discapacitada, toda vez que se afecta por prohibición legal del subarrendamiento, contenida en el artículo 74 de la Ley General de la Vivienda. Con tal motivo, no podría por esta vía el discapacitado incrementar lícitamente su patrimonio personal. Por lo cual tendríamos que pensar en este caso para ampliar su protección patrimonial en proporcionarle una vivienda pública mediante un contrato de compraventa sin reserva de dominio, ni condición resolutoria, porque tampoco están permitidos en nuestro Derecho y que sencillamente la labor de las asociaciones de personas con discapacidad se centre en determinar el sujeto más vulnerable y necesitado socialmente y no que

se sitúe en su patrimonio este bien inmueble como medio básico; o sencillamente admitir para estos supuestos la posibilidad de un subarrendamiento, por las ventajas que reporta.

La autorización a los arrendatarios de viviendas para realizar subcontratos de arrendamiento, daría lugar al surgimiento de nuevos contribuyentes con obligación del pago del impuesto sobre ingresos personales y del impuesto por el arrendamiento⁶, de esta manera el crédito que ostenta el Estado por concepto de renta tiene una mayor garantía de satisfacerse pues si el arrendador no paga en tiempo, puede el Estado mediante las oficinas de administración tributaria y las agencias bancarias dirigirse al subarrendatario. Por su parte, en el caso de viviendas de propiedad personal, si se siguen los planteamientos teórico y doctrinales en cuanto a que el subarrendamiento puede producir la elevación del precio o renta convenido entre arrendador y arrendatario, según lo hayan estipulado las partes o la ley, entonces vemos que se elevaría proporcionalmente el impuesto sobre ingresos personales que el arrendador, como contribuyente, debe pagar a la Administración Tributaria, además del ya mencionado impuesto por el arrendamiento de vivienda⁷. Este sería otro ejemplo de los beneficios que a nivel estatal se puede alcanzar a través del subarrendamiento.

De esta forma el Estado vería reducidas las situaciones que se dan por el impago de la renta, principalmente, en aquellos núcleos

⁶ El impuesto por el arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios fue establecido por el artículo 8 del Decreto-Ley No. 171/97.

⁷ *Vid. ut supra* epígrafes 1.3.4.5 en lo referente al objeto como elemento constitutivo y 1.3.4.8 en lo concerniente a las relaciones entre arrendador y subarrendatario.

familiares de bajos ingresos para quienes la Dirección Provincial de la Vivienda tiene que adecuar la cuantía de las mensualidades al 10 % de los ingresos del núcleo familiar tal como está establecido por el artículo 50, segundo párrafo, de la Ley General de la Vivienda y así las instancias administrativas del sector de la vivienda y la propia población se ahorra lentos y engorrosos trámites.

También disminuirían los casos problemáticos que genera el hecho de que ni el arrendatario ni las personas que conviven con él tengan ingresos fijos sobre los cuales practicar las retenciones en los salarios, pensiones o cualquier otra retribución periódica⁸.

Al admitirse el subarrendamiento comenzarán a incrementarse los ingresos al presupuesto del Estado por la aparición de los nuevos contribuyentes. Estos ingresos por concepto de impuestos por arrendamiento de viviendas se destinan al mantenimiento, reparación y construcción de viviendas en beneficio de la población, según lo preceptuado en el ya citado artículo 8 del Decreto-Ley No. 171/97, de lo cual se deduce que mientras más ingresos se perciban gracias al arrendamiento de viviendas, mayores podrán ser las inversiones y los gastos necesarios en sede inmobiliaria generando un beneficio para el Estado porque esto contribuiría a que el presupuesto no cierre con déficit sino con mayores posibilidades de que haya superávit pudiendo satisfacer, además, las necesidades habitacionales de la población y la

⁸ *Vid.* artículo 51 de la Ley General de la Vivienda de 1988 que se refiere a las retenciones de salario como una forma del embargo de bienes para satisfacer el crédito.

necesidad de reparación y mantenimiento de los inmuebles y logrando por consiguiente la armonía social y particularmente la familiar.

En el caso que nos ocupa las familias con situación económica desfavorable y que reciben una ayuda económica por parte de la asistencia social, ya que entre ellos se encuentran personas de la tercera edad que sufren o han sufrido durante toda su vida de una invalidez permanente que lo incapacita para realizar labores remuneradas y por tanto carecen de pensión y solo cuentan con la ayuda de la asistencia social, incluso los pensionados que están en la escala de los que devengan la pensión mínima, que aunque se han visto beneficiados por los aumentos que recientemente han tenido lugar, estos no superan los 200 pesos, y como contraste los gastos tienden siempre a ser mayores, téngase en cuenta que por los programas que la Revolución ha llevado a cabo existen cuantiosas deudas con el Banco, que pueden ser saldadas con el ingreso que reciban por el contrato de subarrendamiento, en caso de que llegue a autorizarse para los arrendatarios y los propietarios que hasta el momento se encuentran imposibilitados por ley. Esta situación a su vez ayudaría a disminuir las prestaciones que la Asistencia Social otorga a esas familias y el Estado sólo subvencionaría a las personas que realmente lo necesiten porque no tengan ingresos por ninguna otra vía, aliviándose de esta manera las erogaciones del presupuesto destinado a la Seguridad Social⁹.

⁹ *Vid.* GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Yohary, “El subarrendamiento en Cuba”, Tesis de Especialidad de Derecho Civil y Patrimonial de Familia, bajo la dirección de la Dra. Nancy C. Ojeda Rodríguez, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2010 (inédita), en el fondo bibliográfico de la mencionada Facultad.

Otra valoración interesante en sede de ampliar la protección del patrimonio del discapacitado es concebir la posibilidad prevista en ley y no ejecutada con efectividad en la práctica jurídica de concebir que nazca la cotitularidad sobre todo en materia inmobiliaria. Lo cual sin dudas incrementaría el patrimonio de las personas con discapacidad y le brindaría los derechos que la normativa especial brinda a los propietarios.

Interesante también sería también consignar expresamente en el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda que uno de los sujetos protegidos con la excepción del no cese de convivencia sea la persona con discapacidad y no dejarlo a la valoración administrativa del que resuelve en virtud del inciso e) del mencionado precepto, cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano. Igualmente en materia de autorización para el acto jurídico de permuta de inmuebles o segregación, sería muy valedero incorporar la justa apreciación de velar porque dicho acto no afecte a un conviviente con discapacidad, lo cual, si bien es cierto que no protegería su patrimonio en el orden material, sí su calidad de vida, soporte también de protección, y así lo concibe la Resolución No. 12/2006 del Instituto Nacional de la Vivienda, cuando en su artículo 13 obliga al titular a expresar las características de su núcleo familiar y si en él existen o no personas con discapacidad, aunque es expreso el artículo 2 de la referida norma, cuando impide que el conviviente, sea cual sea, no puede oponerse al acto sino ostenta igual derecho que el propietario. Si bien el artículo 21 los protege de cierta

forma, queda a la valoración de la autoridad en relación con el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda. Pudiera en este sentido también considerarse más expresa la protección contenida en el artículo 26 de la resolución comentada, concibiendo una razón humanitaria el beneficio de una persona discapacitada, en la permuta de cuota de participación.

En consonancia con la posibilidad de ampliar la protección y aumento del patrimonio de la persona discapacitada, pudiera incluirse entre los sujetos beneficiados con ser donatarios efectivos de vivienda propiedad personal, según el artículo 3 de la Resolución No 14/2006 del Instituto Nacional de la Vivienda.

También hay protección del patrimonio de la persona discapacitada en las normas relativas a la propiedad agrícola¹⁰, en el sistema de educación, el acceso al trabajo y en materia de salud. En este último aspecto vale destacar cómo se protege el patrimonio brindándole el Estado una atención gratuita y diferenciada que incluye subsidios y alquileres módicos de las sillas de ruedas, prótesis auditivas y otros artículos¹¹. Así como también entrega en usufructo, o de forma

¹⁰ El artículo 20 del Decreto-Ley No. 125/1991 sobre el Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios, establece que: *“Tendrán derecho al cobro del precio de la tierra, y de los bienes agropecuarios, las personas a que se refiere el Artículo 18 que no estuvieran trabajando la tierra en el momento del fallecimiento del agricultor pequeño, cuando carezcan de ingresos propios y hayan tenido dependencia económica desde cinco años antes de dicho fallecimiento del agricultor pequeño, y hayan mantenido dicha dependencia hasta la fecha de la adjudicación, comprendiéndose en estos casos los siguientes:*

a) el cónyuge sobreviviente;

b) los padres, las hijas o las hermanas del causante;

c) los impedidos temporalmente para trabajar la tierra por causa ajena a su voluntad, siempre que antes del impedimento lo hayan hecho por un término no inferior de cinco años;

ch) los que por causas físicas o mentales estén totalmente impedidos para el trabajo; y

d) los que hayan arribado o no a la edad laboral legalmente establecida, dentro del término de cinco años anteriores al fallecimiento del causante”.

¹¹ *Vid.* Instrucción No. 135/1975 del Ministerio de Salud Pública, contentiva del Reglamento para la aplicación de la Resolución Ministerial No 71 de 1975 del propio organismo.

permanente de camas fowler con colchón, sillones de ruedas y otros equipos¹². Téngase en cuenta igualmente que desde el año 2001 el Plan de Acción Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, diseñado conforme con el Acuerdo No. 4048 del 5 de junio de 2001 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros incluye un apoyo total en cuanto a garantías de servicios que redundan en beneficios económicos en la protección directa e indirecta del patrimonio de dichas personas

En otro orden de cosas, valdría la pena detenerse en el análisis de figuras que han surgido en el mundo para la efectiva atención y protección de las personas con discapacidad, a saber: el crédito vitalicio, el fideicomiso y el patrimonio protegido.

En el caso del crédito vitalicio o hipoteca inversa, será imposible su aplicabilidad en Cuba toda vez que la hipoteca inmobiliaria o cualquier otro gravamen sobre estos bienes se proscribió a partir de las Leyes de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959 y de Reforma Urbana de 10 de octubre de 1960. Esto sólo ha sido modificado y de manera restrictiva, no general, con el Decreto-Ley No. 214/2000, de 23 de noviembre, instaurándose la hipoteca sólo a favor de personas jurídicas dedicadas a la inversión extranjera y a las entidades financieras de créditos con autorización del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

¹² *Vid.* Resolución Ministerial No. 71/1975 de Salud Pública.

En el caso de la figura del patrimonio protegido, novedad española a partir de la Ley No. 41/2003, no son pocos los que aplauden la iniciativa y otros tantos valoran su efectividad práctica.

Interesante, sin dudas, resulta la figura del fideicomiso en nuestra realidad. Por medio de esta figura llamada fideicomiso de administración en aras de mejorar la calidad de vida y de previsión de una eventual discapacidad, el fiduciante designará a un sujeto llamado fiduciario, quien al cumplirse la condición suspensiva de declaración de discapacidad del otorgante ejercerá su función dando cumplimiento a la manda fiduciaria. Finalmente designará un fideicomisario como destinatario final de los bienes, pudiendo serlo el mismo fiduciante/beneficiario, en caso de extinción del contrato por recuperación de la capacidad. Claro este supuesto es para los incapacitados totalmente, pero nada obsta para aplicarlo a las personas con discapacidad, teniendo en cuenta además que tenemos una orfandad normativa en sede de instituciones de guarda y protección, una de cuyas manifestaciones en otros ordenamientos jurídicos, lo es la curatela. Dicho contrato, no regulado en nuestra normativa civil, debe contener: la individualización de los bienes objeto del contrato, de forma tal que esta llamada propiedad fiduciaria, sería la que se administraría para la asistencia y sustento de la persona con discapacidad, con el alcance y facultades que disponga el fiduciante. Este resulta para muchos una importante herramienta para la administración del patrimonio en caso de eventual discapacidad y en previsión, designando a la persona más idónea y de mayor confianza.

Sin dudas es un primer acercamiento a la temática que requiere de mayor profundización teniendo en cuenta las limitaciones establecidas en nuestras normativas sobre el destino y disposición de determinados bienes.

Retos para Cuba

Sin lugar a dudas, nuestra experiencia demuestra la atención permanente por parte del Estado, la familia y la sociedad en general a las personas con discapacidad. Aumentarle su protección en materia patrimonial es un reto grande, sobre todo si se tiene en cuenta la situación económica imperante. Empero, ello no limita nuestro deseo de vertebrar estudios y soluciones jurídicas que ayuden a paliar su especial situación y que garanticen, en última instancia, solventar las necesidades de los ciudadanos.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales:

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Yohary, “El subarrendamiento en Cuba”, Tesis de Especialidad de Derecho Civil y Patrimonial de Familia, bajo la dirección de la Dra. Nancy C. Ojeda Rodríguez, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2010 (inérita); **LUCERO ECHEVERRI, Roberto**, “Crédito vitalicio con garantía hipotecaria”, ponencia presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, República Dominicana, 2010 (inérita); “Fideicomiso en administración en miras de mejorar la calidad de vida, Ponencia

presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, República Dominicana, 2010 (inédita). **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.** “La protección legal a los discapacitados en Cuba: Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro homenaje a la profesora Olga Mesa Castillo*, Aída Kemelmajer de Carlucci, y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006; **VALDÉS DÍAZ, Caridad del C. (coordinadora)**, *Derecho Civil Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2001; “Acercas del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas”, en *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia. Libro homenaje a la profesora Olga Mesa Castillo*, Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006; **ZITO FONTÁN, Otilia del Carmen**, “La discapacidad: una cuestión de derechos humanos. La función notarial en la defensa de los derechos fundamentales”, ponencia presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, República Dominicana, 2010 (inédita).

II. Fuentes legales:

Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 7, del 1 de agosto de 1992; Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006; *Código Civil de la República de Cuba*, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCO y Leonardo

B. PÉREZ GALLARDO, Dykinson, Madrid, 2005; *Código de Familia de la República de Cuba*, Ley No. 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959; Ley de Reforma Urbana de 10 de octubre de 1960; *Ley General de la Vivienda* (actualizada) (anotada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia), Editorial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004; Decreto-Ley No. 125/1991 de 30 de enero sobre el “Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la Tierra y Bienes Agropecuarios”, en CD *Información Jurídica Digital Cubana*, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2000; Decreto-Ley No. 171/1997 de 15 de mayo, modificativo del artículo 74 de la Ley General de la Vivienda “Sobre el arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios”, y su Reglamento, contenido en la Resolución No. 270/2003 de 8 de junio del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda; Decreto Ley No. 214 de 23 de noviembre del 2000; Instrucción No. 135/1975 del Ministerio de Salud Pública, contentiva del Reglamento para la aplicación de la Resolución Ministerial No 71/1975 del propio organismo; Resolución Ministerial No 71/1975 de Salud Pública; Resolución No. 431/1995 del Instituto Nacional de la Vivienda; Acuerdo No. 4048 del 5 de junio de 2001 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros; Resolución No. 339/2005 del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda; Resolución No.11/2006 del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda; Resolución No. 11/2006 del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda; Resolución No. 12/2006 del Instituto Nacional de la

Vivienda; Resolución No. 14/2006 del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda.

“PODERES PREVENTIVOS O DE AUTOPROTECCION”¹

Escribana Alida Viviana Roldán Sánchez²

SUMARIO:

1 INTRODUCCION- 2 DESARROLLO, CONCEPTO DE PODERES PREVENTIVOS, FUNDAMENTO, CARACTERES, IMPORTANCIA, MODALIDADES, REGULACION, NATURALEZA JURIDICA, CAPACIDAD, CONTENIDO Y ALCANCE, EFICACIA, FORMA, SUPERVISION, TUTELA Y PODER PREVENTIVO, EXTINCION- 3 CONCLUSION - 4 BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN

¹ Trabajo presentado ante el Consejo General del Notariado Español

² Escribana Pública Nacional, Titular del Registro N 558 de la Provincia de Corrientes

Los poderes preventivos constituyen una figura jurídica interesante y muy eficaz, para la sociedad en general, pero especialmente para un sector que muchas veces se encuentra marginado, y son precisamente, aquellas personas que se hallan en un estado de vulnerabilidad.

El Notario además de cumplir un importante papel asesor, desempeña un fundamental rol social, salvaguardando y bregando por la igualdad de los derechos de este sector tan desprotegido.

La principal importancia de estos poderes radica en que la persona en virtud de su libre voluntad y autodeterminación puede prever para su eventual incapacidad quien/es van a resolver sus asuntos patrimoniales y/o personales, depositando su plena confianza en quien/es consideren conveniente.

Estos poderes constituyen un respeto máximo a la dignidad y libertad individual, valores tan importantes en una sociedad, que sirven de fundamento y base para lograr la equidad y justicia entre sus ciudadanos.

ABSTRACT

The preventive powers are an interesting legal concept and very effective for society in general, but especially for a sector that is often marginalized and are precisely those who are in a vulnerable.

The Notary will play an important advisory role, plays a fundamental role in society, protecting and advocating for equal rights in this sector so unprotected.

The main importance of these powers is that the person under their free will and determination can provide for possible disability who/ is going to solve their economic issues and/ or personal, placing full confidence in the person/ s consider appropriate.

These powers are a maximum respect for the dignity and individual freedom, important values in a society, which serve as the foundation and basis for achieving equity and justice among its citizens.

PALABRAS CLAVES

Poderes Preventivos, sectores vulnerables, derechos humanos, igualdad, protección, dignidad, autonomía, autodeterminación.

KEY WORDS

Preventive Powers – vulnerable sectors – human rights – equality – protection – dignity – autonomy – self – determination

“Entre el débil y el fuerte es la libertad la

que oprime y el derecho el que protege”

(Jean Baptiste Lacordaire)

1 INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por finalidad brindar una herramienta jurídica a los sectores de vulnerabilidad, en especial a las personas que por su avanzada edad y factores como enfermedades físicas o psíquicas, se hallan en un estado de dependencia.

Actualmente, hay un envejecimiento progresivo de la población y uno de los motivos se debe al aumento de esperanza de vida, gracias a los avances científicos, tecnológicos y médicos de la época. *En el siglo XX se produjo un aumento histórico de la longevidad humana. En los últimos 50 años la esperanza de vida al nacer ha aumentado en todo el mundo en unos 20 años, hasta llegar a los 60 o 65 años. Aproximadamente un millón de personas llegan a los 60 años todos los meses, el 80 por ciento de ellas en los países en desarrollo. Las*

*personas de 80 años o más es el segmento de la población que más crece, su número llega a 70 millones, se estima que en los 50 años se quintuplique esa cifra.*³

Pero este aumento de esperanza o probabilidades de vida viene también acompañada del surgimiento de enfermedades neurodegenerativas, como el Alzheimer, demencia senil, párkinson, y de otras derivadas de la patología cardiovascular, del aparato locomotor (artrosis, osteoporosis) y de órgano de los sentidos (sordera, cataratas) que multiplican las situaciones de dependencia y exigen una cobertura específica que les permita ejercer sus derechos plenamente.

A partir de estas estadísticas y de establecer la situación de dependencia en que este sector se halla en muchas ocasiones, es muy importante crear nuevas herramientas jurídicas para salvaguardar sus derechos, teniendo en cuenta además que la Convención de las Naciones Unidas, sancionada en el año 2.006 y en vigencia desde el año 2.008, ubica a estas personas en el plano de los derechos humanos, y asegura su plena inclusión en la sociedad, debiendo adaptarse a sus necesidades.

Las personas vulnerables han pasado de ser “un objeto de protección” cuya voluntad debe ser completamente reemplazada, a ser “un sujeto pleno de derecho”,

³ ARROYOS I. AMAYUELAS, ESTHER “Del Mandato Ordinario al Mandato de Protección”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 49, enero-marzo 2004, página 22.-

que debe ejercer su capacidad natural siendo apoyado y asistida para aquellos actos para los que no tiene la “capacidad suficiente”. ⁴

Esta Convención permite promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las personas con discapacidad.

Sienta el principio de Protección y autonomía de las personas vulnerables ya que tienen autonomía volitiva.

El Artículo 12 de la Convención establece en su articulado el reconocimiento por parte de los Estados, de la personalidad jurídica; igualdad jurídica con los demás en todos los aspectos de la vida; adopción de medidas para el apoyo necesario en el ejercicio de su capacidad jurídica; adopción de medidas que respeten los derechos, la voluntad y la preferencia de las personas con discapacidad.

La función notarial está íntimamente vinculada a los derechos de las personas y en especial de las que se hallan en un estado de vulnerabilidad, asumiendo el Notario un papel de actor o protagonista en la salvaguarda de los mismos, buscando las soluciones que sean más convenientes para su persona y/o bienes.

⁴ PEREÑA VICENTE, Monserrat: *“La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”*, Congreso Internacional sobre *“La Eneficiada de la Incapacitación y la Discapacidad-Madrid, 16 y 17 de Septiembre de 2.010-*

En ese contexto los Poderes Preventivos constituyen una herramienta eficaz que el Escribano puede utilizar para lograr los fines queridos.

Estos Poderes fueron incorporados en España, por la Ley 41/2003; en la Exposición de Motivos, el Legislador manifiesta, “Que con la Reforma se trata de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los *medios necesarios* para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconoce la Constitución y las leyes, logrando así, que la igualdad entre las personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva”.

2 DESARROLLO

CONCEPTO DE PODER PREVENTIVO.

Estos poderes se hallan previstos en el artículo 1732 del Código Civil español que establece... *“El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo, se hubiere dispuesto su continuación o el mandato se hubiere dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o, posteriormente, a instancia del tutor”.*

Es importante aclarar, antes de dar un concepto del mismo, que el artículo antes transcrito, se refiere por un lado a la incapacidad sobrevinida del mandante, y por otro, a la incapacidad del mandante y en la exposición de motivos solo alude a la incapacidad judicial sobrevinida (cuando se refiere al caso de que el mandante haya dispuesto la continuación del mandato, pese a la incapacidad). **Debe entenderse que la incapacidad a que se refiere el legislador es tanto la incapacidad judicial como la incapacidad de hecho o natural (discapacidad).**

Una vez aclarado los términos expuestos, pasaremos a dar un concepto del mismo, poniendo de relieve que la legislación española no lo hace, si en cambio la Ley francesa de protección de las personas mayores N° 308 del 5 de marzo de 2007 y al que denomina “Mandato Futuro de Protección” que en su artículo 477 señala *“toda persona mayor de edad o menor emancipada que no sea sometida a tutela puede encargarse a una o varias personas, en un mismo mandato, su representación, para el caso, o por una de las causas previstas en el artículo 425, que no pueda por sí sola atender a sus intereses.*

El Notario Manuel Ángel Martínez García lo define como “la declaración por la que una persona, en previsión de una futura incapacidad más o menos acusada, ordena una delegación más o menos

amplia de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre”⁵.

En los mismos lineamientos Fernández Lozano, lo define como “el negocio jurídico por el que una persona, en previsión a su –conocida o no- posible incapacidad, otorga a favor de otra u otras personas para que la representen, incluso después de sobrevenida ésta, y hasta que se declare su extinción por el Juez tras la declaración judicial de su incapacidad”.⁶

*Estos apoderamientos preventivos constituyen normalmente el típico ejemplo de los poderes **ad cautelam**, ya que se otorgan en previsión de que pueda producirse una determinada situación que ha sido específicamente contemplada por el poderdante y tendrá eficacia frente a la incapacitación del mandante, de suerte tal que el mandato no cobra eficacia alguna mientras el mandante conserva intacta su capacidad.*⁷

FUNDAMENTO

Estos poderes comenzaron a despertar interés, cuando los Notarios, se vieron en la necesidad de dar repuestas a las inquietudes,

⁵ PÉREZ DE VARGAS, José, “La Reforma de los Artículos 756 y 1.732 del Código Civil por la Ley 41/2003, La Ley 2.006.

⁶ FERNÁNDEZ LOZANO J.L., “La representación”, Instituciones de Derecho Privado, T.I, vol. 2º, Madrid, 2003, pág. 679.d, 2003, pág. 679.

⁷ PÉREZ DE VARGAS, José, “La Reforma de los Artículos 756 y 1.732 del Código Civil por la Ley 41/2003, La Ley 2.006 y Congreso Internacional sobre “La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad- Las Reformas del derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos”, Madrid- 16 y 17 de Septiembre de 2.010.

que sobre todo, las personas de edad avanzada presentaban, frente a eventuales situaciones de pérdida de capacidad.

El fundamento de los mismos consiste en potenciar la autonomía de la voluntad en la elección de quien y como se deben gestionar los propios asuntos para el caso de que uno ya no pueda hacerlo por si mismo.- Supone el respeto máximo a la voluntad del sujeto y que su opinión sea tenida en cuenta en aquellas decisiones que afecten a su esfera personal o patrimonial.

Se basa en el respeto de la dignidad humana, en la autonomía de la persona, en la facultad de autorregulación de sus intereses como mejor le parezca, para que surta efectos en un futuro, cuando ya no tenga plena capacidad de obrar.

Es importante que el propio incapaz pueda autogobernar su incapacitación, en base a la autonomía de la voluntad y quien mejor que él mismo, para dar las pautas, principios y reglas por las que se regirá su propia incapacidad.

CARACTERES

El Poder Preventivo presenta los siguientes caracteres: Es Unilateral, recepticio, revocable, causal, *inter vivos*, ya que la producción de efectos y la eficacia de la declaración de voluntad del titular del derecho tendrá lugar en vida del mismo, también es *personalísimo*, pues

solo la persona del poderdante puede otorgarlo, sobre la base de la confianza que le merezcan la persona o personas que designe como apoderados; y *su carácter gratuito*, por regla general, aunque cabe que se fije una retribución.

IMPORTANCIA DE LOS PODERES:

- 1) Evita la automática extinción del mandato por incapacidad sobrevinida del mandante y es especialmente útil en los casos en que por su edad avanzada, no vale la pena iniciar un proceso por incapacidad, por ejemplo: una persona de 80 o 90 años de edad que padece una enfermedad incurable que progresivamente irá disminuyendo sus capacidades intelectuales y volitivas.
- 2) O bien pueden ser útiles para enfrentar esa situación de incapacidad que se va produciendo de manera gradual hasta acabar convirtiéndose en causa de incapacidad, por ejemplo el caso dado anteriormente, pero la persona no es de una edad tan avanzada.
- 3) También pueden servir para hacer frente a situaciones de pérdida de capacidad que inhabiliten temporalmente a la persona para su autogobierno (por ej. situaciones temporales de depresión profunda) impidiéndole atender asuntos que no admiten demora sin perjuicio grave, como ser, si necesita contestar urgente una demanda, vender un inmueble o tomar dinero a préstamo para hacer algún pago, etc.

4) Y por último, siguiendo al Profesor Serrano García, quien sostiene que con este poder se busca, cubrir la incapacidad del poderdante desde que ésta comienza hasta que pueda dictarse una sentencia de incapacidad, siendo por lo tanto, muy útil esta fase intermedia, cubriéndose de esa manera todas las necesidades en que la persona puede hallarse.

MODALIDADES

Existen dos clases de Apoderamiento o poderes preventivos conforme el art. 1732:

1) Poder Preventivo en sentido estricto o ad cautelam: el apoderamiento se otorga para el caso de incapacidad del poderdante; por lo que va producir o desplegar todos sus efectos cuando se produzca tal hecho. Es importante tener en cuenta que la incapacidad incluye tanto la incapacidad de hecho (o discapacidad), esto es, la incapacidad no declarada judicialmente, como la incapacitación judicial. Para acreditarla y entendiendo que el artículo habla de la incapacidad del mandante apreciada conforme a lo que disponga él, se puede valer de un certificado o un dictamen médico, preferentemente de especialistas propuestos por el apoderado o por el mismo poderdante; o de un organismo independiente; o en fin, considerar que también será eficaz el poder cuando el poderdante sea declarado incapaz judicialmente; o bien,

puede optar por valerse de criterios de carácter objetivo, estableciendo cuales serán las condiciones necesarias que han de cumplirse para la válida y eficaz utilización del poder. Todo depende de la voluntad de quién otorga el poder, esto es, del poderdante.

2) Apoderamiento o poder continuado o con subsistencia de efectos: se trata de un poder normal, uno que ya se otorgó con anterioridad pero que queda subsistente y ellos es así porque el poderdante de esta manera lo dispuso, este poder no se extingue, sino que subsiste a pesar de la incapacidad sobrevenida.- En virtud de la autonomía de la voluntad, el poderdante dispone que a pesar de su incapacidad (de hecho o judicial) el poder continúe desplegando todos sus efectos como lo hizo desde su inicio. En este poder se prevé específicamente, que continuará surtiendo sus efectos como si nada hubiere ocurrido, como si ninguna incapacidad sobrevino al poderdante.

Esther Arroyo I. Amayuelas y en los mismos lineamientos el Profesor José Pérez de Vargas, hablan de esta segunda clase, solo como el caso de una Prórroga del mandato ordinario, esto es su no-extinción, a pesar de la incapacitación posterior del mandante.⁸

⁸ ARROYOS I. AMAYUELAS, ESTHER “Del Mandato Ordinario al Mandato de Protección”, Revista Jurídica del Notariado, núm. 49, enero-marzo 2004, página 12 y PÉREZ DE VARGAS, José, “La Reforma de los Artículos 756 y 1.732 del Código Civil por la Ley 41/2003, La Ley 2.006 y Congreso Internacional sobre “La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad- Las Reformas del derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos”, Madrid- 16 y 17 de Septiembre de 2.010.

Y a la primera clase de poder lo denominan “Mandato de Protección” y que consiste justamente en la posibilidad de que el mandante conceda poder a un mandatario para ser ejercido en caso de incapacidad del primero y que será apreciada conforme a lo dispuesto por el Mandante.

REGULACIÓN

Este instituto de protección no se halla regulado en forma específica en el derecho español, sin embargo el artículo 1732 del Código Civil se refiere a él cuando establece las causas de extinción del mandato.

Mi postura es que hubiera sido muy importante su regulación específica, como lo hacen otros Códigos, como el italiano y el de Quebec.

NATURALEZA JURÍDICA

Siguiendo a Esther Arroyo I. Amayuelas se trataría de un contrato y no de una institución tutelar aunque ambas tengan la misma finalidad que consiste en tener cuidado de la persona y/o los bienes del

⁷ ARROYOS I. AMAYUELAS, ESTHER “Del Mandato Ordinario al Mandato de Protección”, Revista Jurídica del Notariado, núm. 49, enero-marzo 2004, página 42.

mandante y a procurar su bienestar moral y material.⁹ Al tratarse un contrato nos movemos en el ámbito de la autonomía de la voluntad y por ende de la representación voluntaria y no legal.

CAPACIDAD

En cuanto a la capacidad, el Código Civil español nada dice al respecto; la Ley N° 2007-308 de reforma del Código Civil francés establece que el poderdante o mandante debe ser una persona mayor de edad con capacidad de obrar. También pueden serlo el menor emancipado y el sometido a curatela, pero este último con asistencia del curador.

En cuanto al apoderado dispone que pueda ser cualquier persona física o jurídica y debe tener la misma capacidad y cumplir las mismas condiciones que se exigen para los cargos tutelares.

La Doctrina española siguiendo los lineamientos del Código Civil italiano y ahora, tras la reforma del Código Civil francés, señala que el poderdante debe poseer *una capacidad de obrar plena*, que debe ser apreciada en el momento del otorgamiento del poder. A la mayoría de edad habría que añadir la **capacidad del menor emancipado** conforme dispone el artículo 323 del Código Civil.

Respecto del apoderado, puede ser representante cualquier persona, aunque no tenga capacidad de obrar plena; pudiendo también serlo el menor emancipado. El apoderado puede ser tanto persona física como persona jurídica. Se puede asimismo, nombrar uno o varios apoderados, que pueden actuar de forma mancomunada o solidaria.

Aplicada esta regla al apoderamiento o mandato preventivo determina que – exceptuándose el supuesto en que se haya previsto la actuación indistinta de cualquiera de los apoderados o mandatarios – será necesaria la actuación conjunta de todos los apoderados para la validez de la gestión representativa.

En cuanto a su actuación, la responsabilidad de los mandatarios o apoderados por su gestión será también, en principio, mancomunada, salvo que se disponga la solidaridad (artículo 1723 del Código Civil).

No obstante ello, el artículo 1731 establece la responsabilidad solidaria de los mandantes que, para la satisfacción de un *negocio común*, hubieran nombrado conjuntamente uno o más mandatarios. Esta responsabilidad *in solidum* exige que exista entre ellos una comunidad de gestión provechosa para todos ellos.

El Código de Quebec establece la posibilidad de otorgar estos poderes a las personas mayores de edad y también a los menores emancipados. También dispone que si el mandato se efectúa por Escritura Pública, el Notario es quien debe acreditar la capacidad del mandante; si se redacta en instrumento privado por el propio mandante

o por un tercero y quienes comprueban la capacidad en el momento en que se firma, son los testigos presenciales del acto.

CONTENIDO Y ALCANCE

El Código de Quebec establece que el Mandato otorgado en previsión de la futura incapacidad puede tener un contenido personal y/o patrimonial.

Respecto al primero de ellos puede referirse al rechazo de la aplicación de determinados tratamientos médicos o terapias u otras medidas referidas al tratamiento de una enfermedad o de la situación de invalidez que en el futuro puede llegar en el mandante, pero también puede consistir en cualquier tratamiento básico o personal, como alimentación o hidratación, internación en un centro para salud mental o residencia geriátrica (cuando así lo requieran las circunstancias), etc. En este caso, el mandatario (incluso sin tener poder especial para ello) podrá decidir en representación suya, asegurando siempre de que las medidas le serán beneficiosas.

También el poderdante puede establecer órganos de fiscalización o control de la actuación del apoderado, además del control judicial ya fijado en la ley.

Y respecto del alcance puede ser general (que solo confiere facultades de administración) o especial.

El Código de Cataluña establece que solo puede tener un contenido patrimonial.

El Código Civil francés dispone que puede referirse a aspectos patrimoniales o personales.

EFICACIA

En el supuesto de *apoderamiento continuado* surte efectos desde el momento mismo de su otorgamiento y continúa su subsistencia pese a la incapacidad sobrevenida del poderdante, si así se ha previsto.

En el caso de *apoderamiento ad cautelam* o *poder preventivo propiamente dicho*, su eficacia viene determinada por la situación de incapacidad del poderdante. Es por ello, que su eficacia se produce posteriormente al momento de su otorgamiento, que es justamente cuando se produce la incapacidad, y debe ser apreciada por el mandante, por lo que sería conveniente que se redacte una cláusula en el poder, sobre la manera en que la misma se producirá (certificado o dictamen médico, declaración de incapacidad, causas objetivas, por ej. que el poder no se entregará al apoderado si no presenta un certificado médico, etc.).

La Profesora Cristina AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, dice que es *importante señalar el momento que comienza la eficacia que pueden ser,*

*previa declaración de discapacidad; certificado médico; cuando lo decidan otras personas; pruebas periciales; etc.*¹⁰

El Código de Cataluña regula el momento de la eficacia, también lo hace el Código francés que dispone... “cuando quede establecido que el mandante no puede velar solo por sus intereses”, para lo cual, el párrafo segundo 16 del artículo 481 exige que el mandatario remita al secretario del tribunal de instancia el mandato y un certificado médico en el que se certifique que el mandante se encuentra incurso dentro de una causa de incapacitación.- Una vez visado el mandato, se lo restituye al mandatario.

El Código de Quebec establece como requisito de eficacia la Homologación judicial en el momento en que el mandante deviene incapaz; homologación que deberá ser instada por el mandatario.

El Juez la concederá si así lo aconsejan los informes médicos y psicosociales que necesariamente deben acompañar a la solicitud y siempre que ella sea posible, previo interrogatorio del mandante.

Dicha homologación también es posible tramitarla ante Notario que solo se limita a recoger las pruebas y evaluarlas y dar su opinión

¹⁰ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, Profesora Titular de Derecho Civil (Universidad Complutense)- “Los poderes preventivos en el Derecho español: Luces y sombras” Congreso Internacional sobre “La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad- Madrid, 16 y 17 de Septiembre de 2.010.-

con carácter no vinculante sobre la conveniencia y/o necesidad de proceder a la homologación.

En este proceso se observan dos etapas: primeramente, la constatación o ausencia de capacidad, que puede probarse por evaluaciones médicas, audiencia al mandante y cualquier otra que pueda demostrarlo.

Y una segunda etapa: que es la homologación del mandato por parte del Juez.- Este proceso suele durar 2 o 3 meses. El Mandante resulta incapacitado desde el momento en que tiene lugar la homologación.

Personalmente creo, que se trata de un plazo bastante extenso, más si se piensa en casos que deben resolverse con urgencia y no admiten demora, ya que ello, ocasionaría graves perjuicios para el poderdante.

FORMA

La ley española nada dice al respecto, pero aplicándose los principios generales rige la libertad de formas y puede ser realizado por instrumento público o privado; pero si interpretamos el artículo 232 de la ley española (sobre tutela) en el sentido de que la designación puede ir tanto referida al mandatario como al tutor, entonces debe realizarse por escritura pública.

El Código Civil de Cataluña es más completo y exige escritura pública.

El Código de Quebec establece que puede efectuarse por documento privado o por documento público; si se lo realiza por el primero de ellos se exige la presencia de dos testigos (sin interés alguno en el acto) que firmen junto al mandante.

Personalmente creo que es conveniente otorgar el poder por escritura pública, por las características que ella conlleva, seguridad jurídica plena, juicio de capacidad por parte del Notario, verdad coactiva, eficacia plena no solo entre las partes sino frente a terceros; por lo que pienso que si éste se realizara por instrumento privado serían muy pocos los casos en que el ejercicio del poder pueda llevarse a cabo efectivamente, más si pensamos en poderes generales de administración donde se pondría en duda la capacidad del poderdante al otorgarse, problema que se soluciona con el otorgamiento en escritura pública donde el Notario tiene la obligación de emitir un juicio de capacidad.

PUBLICIDAD

En resguardo de los intereses de los terceros debería establecerse un Registro de poderes de protección, ya que estos no están sujetos a inscripción en el Registro Civil, pero se podría aplicar el artículo 232, segunda parte, del Código Civil y permitir su acceso al Registro Civil de la misma forma que el documento público de

autotutela, facilitando de esta forma el conocimiento por el Juez de todos aquellos documentos otorgados por el incapaz.

SUPERVISIÓN

La Ley española nada dice al respecto, pero si, se podría pensar en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad y del principio de autodeterminación, que el propio poderdante estableciera una clausula con las medidas que crea conveniente, por ej. Que el apoderado realice un inventario, a parte del deber que tiene de rendir cuentas, siempre que el poder consista en la administración del patrimonio.

TUTELA Y PODERES PREVENTIVOS

La Tutela es un efecto de la sentencia de incapacitación, y por lo tanto se halla dentro del ámbito legal y no de la voluntad negocial.

Coincido con el Profesor Pérez de Vargas Muñoz, quien sostiene que ambas instituciones son perfectamente compatibles¹¹; la tutela es subsidiaria, pero el hecho de que exista un poder preventivo, no la evita, y hay veces que ambas coinciden, y entonces el tutor

¹¹ PÉREZ DE VARGAS, José, *“La Reforma de los Artículos 756 y 1.732 del Código Civil por la Ley 41/2003, La Ley 2.006 y Congreso Internacional sobre “La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad- Las Reformas del derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos”*, Madrid- 16 y 17 de Septiembre de 2.010.-

controla al mandatario y otras el Mandato se extingue por orden del juez si el tutor o cualquier persona legitimada para ello así lo aconseja.

EXTINCIÓN DEL PODER PREVENTIVO

CAUSAS

Además de la establecida en el Artículo 1.732 última parte (... que el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor).

Otras causas serían:

- 1) REVOCACIÓN DEL PODERDANTE: esta causal puede aplicarse antes de su pérdida de capacidad o incapacitación, o si después de ser declarado incapaz, recupera la capacidad, siempre y cuando el Juez no haya decretado antes la extinción del poder.
- 2) RENUNCIA O INCAPACITACIÓN DEL APODERADO: Salvo que el poderdante habiendo previsto estas contingencias hubiera nombrado un Sustituto, en estos casos no se produce la extinción del poder.
- 3) MUERTE, CONCURSO O INSOLVENCIA DEL PODERDANTE O DEL APODERADO: Salvo (para el caso de muerte del Apoderado) que el poderdante hubiere previsto también esta situación y hubiera nombrado un Sustituto al

momento del otorgamiento o posteriormente, pero siempre antes perder su capacidad.

3. CONCLUSIONES

La situación en que se hallan estas personas crea la necesidad de protegerlos mediante instituciones que sean eficaces.

El Poder Preventivo es una herramienta idónea para garantizar la dignidad humana y la plena autonomía de la voluntad. Su reconocimiento supone la consagración de un auténtico derecho de autodeterminación.

La protección de estas personas es un deber que corresponde a todos como sociedad, pero también es responsabilidad del Estado brindar las herramientas necesarias que permitan una plena integración en igualdad de condiciones, respetando su dignidad, libertad y autodeterminación.

La Convención de las Naciones Unidas, se sostiene sobre cuatro pilares fundamentales: Dignidad, Autonomía, Igualdad y Solidaridad y es deber de los Estados velar por ellos.

Es muy importante tener en cuenta el cambio de paradigma en cuanto a las personas vulnerables, y su consagración como sujetos plenos de derechos.- Por todo ello, sería conveniente modificar el Artículo 1.963 del Código Civil Argentino de la siguiente manera:

El Mandato se acaba:

- 1) Por la revocación del mandante;

- 2) Por la renuncia del mandatario;
- 3) Por el fallecimiento del mandante o mandatario;
- 4) Por incapacidad sobreviniente al mandante o mandatario.- En caso de incapacidad del mandante no se extinguirá si se hubiera extendido un mandato (poder) preventivo para evitar tales consecuencias.

Asimismo es conveniente la *regulación específica* de este Poder como una clase de ellos, dentro del Contrato de Mandatos.

La función del Estado es velar por el respeto, la libertad y la igualdad de todas las personas, brindando los medios, herramientas y medidas necesarias para llegar a tal fin.

Y... "Si el Estado no logra o no hace posible que cada individuo pueda gozar de esos valores tan elementales, no puede decir que ha llenado su función".

Y de no ser ello posible, propongo la incorporación en la práctica notarial de la subsistencia del poder, en caso de incapacidad (de hecho), es decir la no declarada judicialmente, siempre que el poderdante en uso de su libertad y autodeterminación disponga que éste siga subsistiendo, es decir desplegando sus efectos a pesar de su incapacidad.

Dicho poder quedará extinguido en virtud de la sentencia de incapacidad judicial del poderdante o cuando el juez así lo disponga.

Fundamento lo propuesto en los artículos 15 de la ley 14.394 y 1980 del Código Civil argentino, por el primero de ellos, se deja subsistente el mandato con poderes suficientes hasta la declaración judicial de ausencia, y por el segundo de ellos se establece la subsistencia del mandato ante la muerte del mandante, cuando el negocio que forma su objeto debe continuar, por haber peligro en su demora.

4. BIBLIOGRAFÍA:

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, Profesora Titular de Derecho Civil (Universidad Complutense)- “Los poderes preventivos en el Derecho español: Luces y sombras” Congreso Internacional sobre “La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad- Madrid, 16 y 17 de Septiembre de 2.010.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther: Del “Mandato Ordinario” al Mandato de “Protección”.

CAVALLE CRUZ, Alfonso: “El Notario como garante del derecho de la persona” Revista Jurídica del Notariado, “El valor del instrumento público y su relación con los efectos de la publicidad

Registral y el Catastro”, Revista Atlántica del Derecho, la Historia y la Cultura.

CASTRO GIRONA MARTINEZ, Almudena: “La Fundación Aequitas es la respuesta del Notariado a la indefensión que sufren los sectores más desfavorecidos”, Revista Atlántica del Derecho, la Historia y la Cultura.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: “Consideraciones sobre el Mandato de protección futura den el derecho francés”, Congreso Internacional sobre “La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad- Madrid, 16 y 17 de Septiembre de 2.010.

GARCÍA GUARDIOLA, Salvador: “Mandato”, Instituciones de Derecho privado, Tomo III, Obligaciones y Contratos.

MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel: “La organización de la Pretutela, Apoderamientos Preventivos”, La Defensa de la Jurídica de las Personas Vulnerables- Seminario organizado por el Consejo general del Notariado en la UMP en julio/agosto de 2007.

PÉREZ DE VARGAS, José: “La Reforma de los Artículos 756 y 1.732 del Código Civil por la Ley 41/2003, La Ley 2.006 y Congreso Internacional sobre “La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad- Las Reformas del derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos”, Madrid- 16 y 17 de Septiembre de 2.010.

PEREÑA VICENTE, Monserrat: “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, Congreso Internacional sobre “La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad- Madrid, 16 y 17 de Septiembre de 2.010.

NUEVOS PARADIGMAS EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD¹

Notario Roberto Augusto LUCERO ESEVERRI ²

Notario Pedro Eugenio MARZUILLO³

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN, 2. LA CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, 3. DISCAPACIDAD INTELECTUAL, 4. HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE CURATELA, 5. HERRAMIENTAS JURÍDICAS: ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN – FIDEICOMISO – SUBSISTENCIA DEL MANDATO, 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA

¹ Trabajo presentado en el I Taller de Notarios Noveles de la República argentina. Premio al mejor trabajo.

² Abogado. Notario Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe. Miembro Fundador del Instituto de Derecho e Integración.

³ Abogado. Notario Titular de Registro de Contratos Públicos de la localidad de Alcorta, Provincia de Santa Fe. Miembro Pleno del Instituto de Derecho e Integración.

RESUMEN

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y la ley Nacional N° 26.378 introducen en el derecho argentino un cambio de paradigma en la concepción y tratamiento de las personas con discapacidad. La discapacidad intelectual no es una condición personal sino que depende del contexto donde se desenvuelva. El representante legal no reemplaza ni sustituye su voluntad, por el contrario es su sostén en el pleno ejercicio de sus derechos.

ABSTRACT

The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the National law N° 26.378 introduce into the Argentinian law a change in paradigm in the way people with disabilities are perceived and treated. Intellectual disability is not a personal trait but rather a characteristic of the relationship between an individual and his or her environment. The legal guardian does not substitute nor replace the disabled person's will. On the contrary, the guardian supports the disabled person in exercising his or her rights.

PALABRAS CLAVES

Convención Internacional – discapacidad intelectual –
capacidad – representante legal

KEY WORDS

International Convention – intellectual disability – ability – legal
guardian.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo propone analizar la incidencia que tiene la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el régimen de representación legal argentino.

Partimos de la existencia de un sistema de representación rígido impuesto por nuestro código civil que se contrapone a lo normado en la precitada convención de jerarquía suprallegal.

En este marco buscamos definir qué papel les toca a los operadores del derecho, especialmente a los notarios y a los magistrados, atento ser los encargados de la real viabilidad de los derechos fijados en la Convención.

2. LA CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.

Se entiende por capacidad la aptitud de la persona de ser titular de derechos y deberes.

Recordemos que en nuestro derecho tenemos por un lado la capacidad de derecho, y por otro la capacidad de ejercicio. La capacidad de derecho se entiende como la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica y capacidad de hecho como la aptitud de las personas naturales para actuar por sí mismas en la vida civil.

Si bien la capacidad es la regla, lo que estudiamos es la incapacidad, sea la ausencia de aptitud sea para ser titular de derechos subjetivos, sea para ejercerlos.

La incapacidad de derecho siempre será relativa a ciertos actos ya que la incapacidad de derecho absoluta importaría la muerte civil y por ende sólo en razón de una norma expresa no le corresponderá a una persona la titularidad de determinados derechos o de determinadas obligaciones (*V.gr.* la prohibición de comprar el mandatario los bienes del mandante –de no mediar autorización expresa-).

Es interesante citar las observaciones que formula SPOTA respecto a la incapacidad de derecho⁴: 1- Se está ante una prohibición expresa. 2- Es una prohibición de la ley que impide a la persona ser titular, sea de derechos subjetivos o prerrogativas jurídicas, sea de obligaciones o deberes jurídicos. 3- Se establece solamente para

⁴ *Vid.* SPOTA, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Contratos, Volumen II, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1982, p. 115.

determinados y específicos sujetos que el legislador ha considerado. La incapacidad jurídica siempre es relativa. 4- toda incapacidad jurídica se funda en razones de orden público.

La incapacidad de hecho importa la carencia de aptitud para ejercer por sí mismo los derechos que se tienen. Dicha incapacidad puede ser absoluta o relativa. Nuestro Código Civil las enuncia en los artículos 54 y 55. El primero enumera a los incapaces absolutos, a saber: 1º) las personas por nacer; 2º) los menores impúberes; 3º) los dementes; 4º) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. La incapacidad relativa se entiende como tal, en virtud de admitir excepciones, disponiendo así el art. 55 que *“Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”*.

Originariamente nuestro Código Civil contaba sólo con el Régimen de Incapacidad, felizmente la Ley 17.711 incorporó en su artículo 152 bis el Régimen de Inhabilitación de los ebrios habituales, drogadictos, disminuidos mentales y pródigos que es aplicado a aquellas personas que siendo capaces para la generalidad de los actos, en virtud de deficiencias o vicios, no pueden otorgar algunos sin la conformidad del organismo de contralor que se les ha establecido, procurando, su amparo y el de su familia. En este caso nos encontramos ante un supuesto de “apoyo” a la capacidad de obrar, ya que la voluntad es emitida por la persona con discapacidad a quien se le brinda asistencia para la realización de sus propios actos.

Tal vez en una futura reforma legislativa se podría aplicar el término “discapaz” o “personas con discapacidad” en reemplazo de “incapaz”. Al respecto se expresó el Notario español Juan Bolás Alfonso en el marco de las “III Jornadas Internacionales sobre Justicia y Discapacidad”⁵, distinguiendo que el prefijo “in” implica inexistencia de capacidad y al expresar el término “discapaz” se refiere a personas con capacidades distintas, quienes deberán contar con debida protección, pero siempre reconociendo que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida⁶.

Nuestro código, con el objeto de proteger a dichos incapaces (discapaces) e inhabilitados establece un sistema de Representación y Asistencia. Así, la representación estará dada por un tutor o curador, quien actuará en nombre del discapaz, estando a cargo del Ministerio de Menores las funciones de asistencia y contralor, sin perjuicio de asumir también el carácter representativo ante la inacción de los representantes legales.

En el marco impuesto por este sistema nacional, la voluntad del “incapaz” es suplida completamente por la decisión de su representante, sin perjuicio de la intervención del Ministerio de Menores. El discapaz no es escuchado, ni él, ni las personas por él

⁵ “III Jornadas Internacionales sobre Justicia y Discapacidad”. Organizado por Fundación *Æquitas*. Mar del Plata, 20 y 21 de Abril de 2007.

⁶ *Vid.* Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad de la ONU. Art. 12, inc. 2.

designadas para hacerlo en caso de estar totalmente impedido para ello, sin perjuicio del avance jurisprudencial en materia de designación del propio curador.

Como vimos entonces, nuestro Código Civil establece un sistema rígido de protección de los incapaces que no tiene en cuenta las diferencias existentes entre las distintas instituciones: guarda, tutela, curatela.⁷

Sólo el derecho proyectado ha intentado algún cambio en el sistema. Valga citar, a modo de ejemplo el Proyecto de Código Civil, Comisión redactada por decreto 685/95, que en materia de interdictos por causas psíquicas en los art. 27 y siguientes, propicia una alteración importante del régimen de incapacidad, estableciendo que el grado de la incapacidad del interdicto por causas psíquicas debe ser determinado por el tribunal, quien fija la extensión y límites de esa incapacidad, pudiendo indicar cuáles actos puede otorgar el interdicto por sí mismo o con asistencia del curador.⁸

Es aquí precisamente donde el notario, valiéndose de las herramientas jurídicas, puede brindar distintas respuestas conducentes al cumplimiento y respeto de las directivas anticipadas.

⁷ *Vid.* LLOVERAS, N. *et. al.*, “Las soluciones graduales en los casos de personas incapaces y disminuidas” Ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Córdoba, septiembre de 2009.

⁸ Fue innovador sin dudas en recoger la experiencia existente en dicho momento en el derecho comparado, conllevando una relevante modificación con relación al sistema existente. Recordemos que oportunamente también fue innovadora la incorporación del art. 152 bis por parte de la ley 17.711, con la incorporación de la figura del inhabilitado y el régimen especial aplicable al mismo.

3. DISCAPACIDAD INTELECTUAL

La convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, aprobada mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, en su artículo 12 postula un cambio de paradigma, que conlleva una concepción y trato distinto a las personas con discapacidad, reconociéndoles plena capacidad de obrar en igualdad de condiciones.

Consideramos que por técnica legislativa deberían ser modificados aquellos artículos del Código Civil argentino que estén en discordancia con dicha normativa ya que por Ley N° 26.378, promulgada el 6 de junio de 2008, se aprobó con su misma jerarquía la Convención de la ONU.

En nuestros días, la discapacidad intelectual hace referencia a un concreto estado de funcionamiento con limitaciones sustanciales en algunos aspectos del desenvolvimiento cotidiano. A su vez dicho funcionamiento puede estar influido por factores personales o individuales, por la naturaleza del entorno, por el contexto donde la persona se desenvuelve, su familia, trabajo etc. Es decir, la discapacidad no sólo depende del discapaz sino también de los grupos sociales a los que pertenece. Sus limitaciones, así mismo coexisten con un conjunto de habilidades y aptitudes y sólo cuando dichas limitaciones incidan y dificulten su funcionamiento habilita a que se recurra a los sistemas de

apoyo para que complementen esas carencias y potencien el desarrollo y la realización de su proyecto de vida.

Es decir, el nuevo concepto de persona con discapacidad intelectual toma en cuenta su entorno y a su vez reconoce que existen grados; no es ya un sistema binario, blanco o negro, sin posibilidad de grises o matices en el cual todos los actos que celebre el “incapaz” son nulos; debemos entender a la “capacidad como variable”⁹.

El artículo 152 bis ha significado una “atenuación del principio de incapacitación absoluta”¹⁰ del régimen de incapacidad velezano ya que los actos se otorgan conforme con la propia iniciativa del inhabilitado.

4. HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE CURATELA

La institución de la curatela, como régimen de representación legal ha nacido para brindar protección a los “incapaces de hecho”, es decir, a aquellas personas que por razones especiales no gozan de aptitud necesaria para manejar su persona o sus bienes.

⁹ Vid. CALO, Emanuele., *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, p. 72.

¹⁰ Vid. LLORENS, Luis Rogelio, “La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?” en: LA LEY 14/09/2007. <http://legales.com/Tratados/f/llorens.doc>

La declaración judicial de incapacidad con la consecuente designación de un curador impide a la persona con discapacidad el pleno ejercicio de sus derechos por sí mismo.

Como señalábamos, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reclama un cambio de paradigma en cuanto postula un *modelo social o integrador*. Hasta la sanción de la ley 26.378, nuestro derecho adhería al *modelo médico o rehabilitador* (o “de sustitución”) que concibe a las personas con discapacidad como personas enfermas que deben ser apartadas y aisladas socialmente. Por el contrario, el modelo de la convención considera al discapaz desde su dimensión humana y personal; no pretende que se adapte al modelo que impone la sociedad, sino que la sociedad debe brindar herramientas de apoyo y en última instancia es la sociedad quien debe adaptarse a sus necesidades.

Podemos preguntarnos entonces cuáles son los sistemas de Apoyo que postula la Convención. En realidad ésta no creó un sistema cerrado sino que ha dado plena libertad a los Estados, sólo ha señalado orientaciones genéricas¹¹.

El nuevo paradigma supone también que la sociedad debe integrarse a las personas con discapacidad en base a la autonomía de la voluntad, lo cual si lo vemos desde una óptica jurídica no es otra cosa

¹¹ *Vid.* CAYO PÉREZ BUENO, Luis. “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención. una visión desde el movimiento asociativo español” *en* http://www.convenciondiscapacidad.es/Noticias/CapacidadJuridica_29112009.doc

que decir que las personas con discapacidad gozan de plena capacidad jurídica de obrar (o capacidad de hecho)¹².

En términos de la Convención las personas con discapacidad, son plenamente capaces de obrar “en todos los aspectos de la vida”. Esto significa que por causa o por motivo de discapacidad no cabe la sustitución o la representación en la toma de decisiones o en el gobierno de su propia persona¹³, el curador ya no lo reemplaza, debe apoyarlo en el ejercicio de sus derechos.¹⁴

La jurisprudencia argentina posterior a la sanción de la ley 17.711 ha receptado siempre una morigeración al principio de incapacidad absoluta del art 140, 141 y siguientes del código civil, incluso en nuestros días, se ha planteado la inconstitucionalidad de dichos artículos, tal como se ha expresado el Tribunal de Familia N° 1 de la ciudad de Mar del Plata que en primera instancia declaró la inconstitucionalidad del Art. 141 del Código civil, expresó la improcedencia de la declaración de insania respecto de un “discapacitado mental” y señaló que se debe disponer un régimen de representación respetuoso y proporcional al derecho de la persona

¹² CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena: “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad” en <http://www.el-observatorio.org/wp-content/uploads/2009/07/Doc-2-Almudena-Castro-Girona.pdf>.

¹³ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, *op. cit.*

¹⁴ ROVEDA, Eduardo G. “Derechos humanos de las personas con padecimiento psíquico. Necesidad de revisar el sistema de capacidad del Código Civil argentino” en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 1 N° 1. 2009. pp.178 y ss.

dirigido exclusivamente al aspecto patrimonial de administración y disposición de bienes.

Por lo expresado anteriormente, entendemos que en virtud del apartado 3 y 4 del artículo 12 de la convención de la ONU, aprobado por ley nacional N° 26.378, el derecho argentino debe ser adecuado al nuevo paradigma debiendo ser analizado con detenimiento el régimen de curatela del Código Civil argentino.

5. HERRAMIENTAS JURÍDICAS: ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN – FIDEICOMISO – SUBSISTENCIA DEL MANDATO

Los escribanos nos cuestionamos qué hacer cuando en un acto notarial interviene una persona con discapacidad intelectual o bien cuando sus intereses se ven comprometidos en un negocio jurídico. Si ejerce sus derechos por sí mismo debemos asegurarnos que la persona obre con los tres presupuestos de la voluntad: discernimiento, intención y libertad, más aún si existe el primero. Es decir, si la persona verdaderamente comprende los alcances del acto que desea otorgar. En el supuesto que los derechos del discapaz sean ejercidos por un representante velamos por el representado para que no se vea gravemente comprometido en sus derechos. En las sucesivas entrevistas previas a la instrumentación de las escrituras, es cuando el rol del escribano cobra notable importancia. Su asesoramiento, su atención

personalizada, escuchando los problemas y buscando herramientas idóneas teniendo en cuenta las particularidades propias del caso, para garantizar y proteger de manera igualitaria los derechos de las personas más vulnerables.

Como señalan los Dres. María Isolina DAVOBE y Daríel Oscar BARBERO, los principios de Igualdad y No discriminación son en sí “instrumento de fortalecimiento de los individuos y grupos vulnerables”¹⁵. Estos principios, a su vez, son fundamento de los **Actos de Autoprotección**¹⁶.

En Argentina los Actos de Autoprotección han surgido como un “uso notarial”¹⁷ y se han impuesto como herramienta idónea ante un requerimiento constante: la previsión ante un supuesto de incapacidad o pérdida de discernimiento.

Ante la eventual pérdida de discernimiento, por enfermedad, accidente u otra causa, ya sea en forma permanente o transitoria, las

¹⁵ Vid. DAVOBE, María Isolina y BARBERO, Daríel Oscar. “Igualdad y no Discriminación y los Actos de Autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2º Circunscripción. Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009, pp. 13 y ss.

¹⁶ “Podemos definir el derecho de autoprotección como el derecho de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento. Su basamento lo constituye el respeto a la libertad, la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos, cualquiera sea su edad, sexo o condición. En tanto derecho subjetivo, se ejerce mediante un acto de autoprotección que es aquel en el cual el sujeto deja claramente plasmada su voluntad en el sentido señalado.” Vid. LLORENS, Luis Rogelio y RAJMIL, Alicia Beatriz. “Derecho de Autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2º Circunscripción. Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009, p.48

¹⁷ Vid. DAVOBE, María Isolina y BARBERO, Daríel Oscar *op. cit.*, p. 42

personas desean que en estas circunstancias – sus familiares o incluso el juez – tengan en cuenta su voluntad. Precisamente cuando ellos no puedan expresarse y, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, los notarios han plasmado las voluntades de sus requirentes instrumentado dichos Actos de Autoprotección. Las disposiciones que contienen suelen versar en lo relativo a las disposiciones en materia de curatela, sobre: **a)** la elección de una persona para que sea designada como curador (o varias, una en sustitución una de la otra); **b)** el rechazo de determinadas personas para ser su eventual curador; **c)** instrucciones especiales para su futuro y eventual curador, como el cuidado de su persona, sus bienes, etc.; entre otras.

Otra herramienta que el notario puede considerar adecuada, de acuerdo al caso particular puede ser el Fideicomiso: “el fiduciante en previsión de su eventual discapacidad, designará un fiduciario quien al cumplirse la condición suspensiva de la declaración judicial de incapacidad o inhabilitación del otorgante ejercerá su función dando cumplimiento a la manda fiducia durante la vida del discapaz o hasta que este recupere su capacidad”¹⁸.

Con estas dos herramientas mencionadas, el escribano brinda la posibilidad que ante un supuesto de pérdida de discernimiento, la voz y los derechos de personas vulnerables sean escuchados y ejercidos. En concordancia con la Convención Internacional sobre los derechos de

¹⁸ *Vid.* LUCERO ESEVERRI, Roberto Augusto, “El notario: intérprete necesario de voluntades autorreferentes” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2º Circunscripción. Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009, p. 89.

las personas con discapacidad, son instrumentos idóneos de apoyo para las personas en situación de discapacidad. Nos encontramos frente a supuestos donde la representación es ejercida conforme la manda previamente establecida por la persona con discapacidad y no frente a supuestos de representación sustitutiva donde no se tiene en cuenta la voluntad del verdadero interesado.

Otro tema interesante a tratar es la subsistencia de Poderes otorgados por la persona con discapacidad en previsión de ésta. El artículo 1963, inc. 4º del Código Civil establece que el mandato se acaba por “*incapacidad sobreviniente del mandante o mandatario*”. Sin perjuicio de entender que éste subsistirá hasta la declaración judicial de discapacidad y no antes, consideramos necesaria una reforma legislativa que permita la subsistencia de los poderes otorgados en tal sentido cuando así se establezca en forma expresa por los poderdantes.

En España, en tal sentido, se modificó el artículo 1732 del Código Civil, el cual establece: “*El mandato se extinguirá también por la incapacitación sobrevinida del mandante, a no ser que el mismo hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancias del tutor.*”

Estas herramientas tienen por objeto facultar expresamente a una persona o varias, o bien establecer un mecanismo contractual para que puedan tomar decisiones sobre su futura asistencia personal o

patrimonial, previendo de tal modo como quiere vivir su propia vida, pudiendo asimismo ordenar con el grado de detalle que considere oportuno la manera en que será administrado su patrimonio y serán aplicadas las rentas de sus bienes.

Asimismo, ante la inexistencia de Actos de Autoprotección o herramientas conexas a éstos y entendiendo a la capacidad como una variable debemos garantizar como notarios, y en un todo conforme a las posibilidades de cada individuo, la debida participación de las personas con discapacidad en los asuntos de su incumbencia, garantizando que éstos sean oídos y tenidos en cuenta en el pleno ejercicio de sus derechos.

6. CONCLUSIONES

No se debe entender a la representación legal como un régimen de sustitución de la persona con discapacidad sino como un sistema de apoyo para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

Los actos de autoprotección y el fideicomiso de autoprotección son herramientas jurídicas válidas y eficaces para hacer valer plenamente el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Es conveniente una reforma legislativa tendiente a adecuar los artículos del Código Civil que estén en contradicción con la Ley N°

26.378 y a modificar el artículo 1963 del Código Civil, permitiendo la subsistencia del mandato aún en casos de incapacidad declarada judicialmente.

7. BIBLIOGRAFÍA

I Fuentes Doctrinales:

DAVOBE, María Isolina y BARBERO, Dariel Oscar. “Igualdad y no Discriminación y los Actos de Autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2º Circunscripción. Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009.

CALO, Emanuele., *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena: “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad” en <http://www.el-observatorio.org/wp-content/uploads/2009/07/Doc-2-Almudena-Castro-Girona.pdf>

CAYO PÉREZ BUENO, Luis. “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención. una visión desde el movimiento asociativo español” *en* http://www.convenciondiscapacidad.es/Noticias/CapacidadJuridica_29112009.doc

LLORENS, Luis Rogelio, “La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?” en: LA LEY 14/09/2007. <http://legales.com/Tratados/f/llorens.doc>

LLORENS, Luis Rogelio y RAJMIL, Alicia Beatriz. “Derecho de Autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2º Circunscripción. Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009.

LLOVERAS, N. *et. al.*, “Las soluciones graduales en los casos de personas incapaces y disminuidas” Ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Córdoba, septiembre de 2009.

LUCERO ESEVERRI, Roberto Augusto, “El notario: intérprete necesario de voluntades autorreferentes” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2º Circunscripción. Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009.

ROVEDA, Eduardo G. “Derechos humanos de las personas con padecimiento psíquico. Necesidad de revisar el sistema de capacidad del Código Civil argentino” en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 1 N° 1. 2009.

SPOTA, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Contratos, Volumen II, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1982.

II Fuentes Legales

Código Civil Argentino.

Convención Internacional sobre los Derechos de las personas
con discapacidad.

Ley N° Ley 26.378

LEGISLACIÓN

LEY 26.657 - SALUD PUBLICA
DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA
SALUD MENTAL. ¹

Capítulo I Derechos y garantías

ARTICULO 1° — La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ARTICULO 2° — Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los

¹ Sancionada: 25/11/2010. Promulgada: 02/12/2010. Publicación en B.O.: 03/12/2010.

Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990, se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas.

Capítulo II Definición

ARTICULO 3° — En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas.

En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización.

ARTICULO 4° — Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud.

ARTICULO 5° — La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

Capítulo III Ámbito de aplicación

ARTICULO 6° — Los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en la presente ley.

Capítulo IV Derechos de las personas con padecimiento mental

ARTICULO 7° — El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud; b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia; c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos; d) Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; f) Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso; g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas; h) Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean

supervisadas periódicamente por el órgano de revisión; i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado; j) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales; k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; l) Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación; m) Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente; n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable; o) Derecho a no ser sometido a trabajos forzados; p) Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados.

Capítulo V Modalidad de abordaje

ARTICULO 8° — Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por

profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente.

Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes.

ARTICULO 9° — El proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales.

ARTICULO 10. — Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley.

Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.

ARTICULO 11. — La Autoridad de Aplicación debe promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con

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

ARTICULO 12. — La prescripción de medicación sólo debe responder a las necesidades fundamentales de la persona con padecimiento mental y se administrará exclusivamente con fines terapéuticos y nunca como castigo, por conveniencia de terceros, o para suplir la necesidad de acompañamiento terapéutico o cuidados especiales. La indicación y renovación de prescripción de medicamentos sólo puede realizarse a partir de las evaluaciones profesionales pertinentes y nunca de forma automática. Debe promoverse que los tratamientos psicofarmacológicos se realicen en el marco de abordajes interdisciplinarios.

Capítulo VI Del equipo interdisciplinario

ARTICULO 13. — Los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental. Todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales tienen derecho a la capacitación permanente y a la protección de su salud integral, para lo cual se deben desarrollar políticas específicas.

Capítulo VII Internaciones

ARTICULO 14. — La internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. Debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo en aquellas excepciones que por razones terapéuticas debidamente fundadas establezca el equipo de salud interviniente.

ARTICULO 15. — La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios. Tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica. En ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes.

ARTICULO 16. — Toda disposición de internación, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas, debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra; b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar; c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda.

Sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria.

ARTICULO 17. — En los casos en que la persona no estuviese acompañada por familiares o se desconociese su identidad, la institución que realiza la internación, en colaboración con los organismos públicos que correspondan, debe realizar las averiguaciones tendientes a conseguir datos de los familiares o lazos afectivos que la persona tuviese o indicase, o esclarecer su identidad, a fin de propiciar su retorno al marco familiar y comunitario lo antes posible. La institución debe brindar colaboración a los requerimientos de información que solicite el órgano de revisión que se crea en el artículo 38 de la presente ley.

ARTICULO 18. — La persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación. En todos los casos en que las internaciones voluntarias se prolonguen por más de SESENTA (60) días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión creado en el artículo 38 y al juez. El juez debe evaluar, en un plazo no mayor de CINCO (5) días de ser notificado, si la internación continúa teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidos para esta última situación.

En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión creado por esta ley.

ARTICULO 19. — El consentimiento obtenido o mantenido con dolo, debidamente comprobado por autoridad judicial, o el incumplimiento de la obligación de informar establecida en los capítulos VII y VIII de la presente ley, harán pasible al profesional responsable y al director de la institución de las acciones civiles y penales que correspondan.

ARTICULO 20. — La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación involuntaria, además de los requisitos comunes a toda internación, debe hacerse constar: a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo de este artículo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan

relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra; b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento; c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera.

ARTICULO 21. — La internación involuntaria debidamente fundada debe notificarse obligatoriamente en un plazo de DIEZ (10) horas al juez competente y al órgano de revisión, debiendo agregarse a las CUARENTA Y OCHO (48) horas como máximo todas las constancias previstas en el artículo 20. El juez en un plazo máximo de TRES (3) días corridos de notificado debe: a) Autorizar, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley; b) Requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria y/o; c) Denegar, en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata. El juez sólo puede ordenar por sí mismo una internación involuntaria cuando, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 20, el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla.

ARTICULO 22. — La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento.

ARTICULO 23. — El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. El mismo deberá ser informado si se tratase de una internación involuntaria, o voluntaria ya informada en los términos de los artículos 18 ó 26 de la presente ley. El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 16 apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente. Queda exceptuado de lo dispuesto en el presente artículo, las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal.

ARTICULO 24. — Habiendo autorizado la internación involuntaria, el juez debe solicitar informes con una periodicidad no mayor a TREINTA (30) días corridos a fin de reevaluar si persisten las razones para la continuidad de dicha medida, y podrá en cualquier momento disponer su inmediata externación.

Si transcurridos los primeros NOVENTA (90) días y luego del tercer informe continuase la internación involuntaria, el juez deberá pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento, y en lo posible independiente del servicio asistencial interviniente, a fin de obtener una nueva evaluación. En caso de diferencia de criterio, optará siempre por la que menos restrinja la libertad de la persona internada.

ARTICULO 25. — Transcurridos los primeros SIETE (7) días en el caso de internaciones involuntarias, el juez, dará parte al órgano de revisión que se crea en el artículo 38 de la presente ley.

ARTICULO 26. — En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

ARTICULO 27. — Queda prohibida por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En el caso de los ya

existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos.

Esta adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos.

ARTICULO 28. — Las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales.

A tal efecto los hospitales de la red pública deben contar con los recursos necesarios. El rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

ARTICULO 29. — A los efectos de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud son responsables de informar al órgano de revisión creado por la presente ley y al juez competente, sobre cualquier sospecha de

irregularidad que implicara un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía. La sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no relevará al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persistiera. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral y no será considerado como violación al secreto profesional.

Debe promoverse la difusión y el conocimiento de los principios, derechos y garantías reconocidos y las responsabilidades establecidas en la presente ley a todos los integrantes de los equipos de salud, dentro de un lapso de NOVENTA (90) días de la sanción de la presente ley, y al momento del ingreso de cada uno de los trabajadores al sistema.

Capítulo VIII Derivaciones

ARTICULO 30. — Las derivaciones para tratamientos ambulatorios o de internación que se realicen fuera del ámbito comunitario donde vive la persona sólo corresponden si se realizan a lugares donde la misma cuenta con mayor apoyo y contención social o familiar. Los traslados deben efectuarse con acompañante del entorno familiar o afectivo de la persona. Si se trata de derivaciones con internación, debe procederse del modo establecido en el Capítulo VII de la presente ley. Tanto el servicio o institución de procedencia como

el servicio o institución de destino, están obligados a informar dicha derivación al Organo de Revisión, cuando no hubiese consentimiento de la persona.

Capítulo IX Autoridad de Aplicación

ARTICULO 31. — El Ministerio de Salud de la Nación es la Autoridad de Aplicación de la presente ley, a partir del área específica que designe o cree a tal efecto, la que debe establecer las bases para un Plan Nacional de Salud Mental acorde a los principios establecidos.

ARTICULO 32. — En forma progresiva y en un plazo no mayor a TRES (3) años a partir de la sanción de la presente ley, el Poder Ejecutivo debe incluir en los proyectos de presupuesto un incremento en las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar un mínimo del DIEZ POR CIENTO (10 %) del presupuesto total de salud. Se promoverá que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio.

ARTICULO 33. — La Autoridad de Aplicación debe desarrollar recomendaciones dirigidas a las universidades públicas y privadas, para que la formación de los profesionales en las disciplinas involucradas sea acorde con los principios, políticas y dispositivos que

se establezcan en cumplimiento de la presente ley, haciendo especial hincapié en el conocimiento de las normas y tratados internacionales en derechos humanos y salud mental. Asimismo, debe promover espacios de capacitación y actualización para profesionales, en particular para los que se desempeñen en servicios públicos de salud mental en todo el país.

ARTICULO 34. — La Autoridad de Aplicación debe promover, en consulta con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y con la colaboración de las jurisdicciones, el desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental públicos y privados.

ARTICULO 35. — Dentro de los CIENTO OCHENTA (180) días corridos de la sanción de la presente ley, la Autoridad de Aplicación debe realizar un censo nacional en todos los centros de internación en salud mental del ámbito público y privado para relevar la situación de las personas internadas, discriminando datos personales, sexo, tiempo de internación, existencia o no de consentimiento, situación judicial, situación social y familiar, y otros datos que considere relevantes.

Dicho censo debe reiterarse con una periodicidad máxima de DOS (2) años y se debe promover la participación y colaboración de las jurisdicciones para su realización.

ARTICULO 36. — La Autoridad de Aplicación, en coordinación con los ministerios de Educación, Desarrollo Social y Trabajo, Empleo y Seguridad Social, debe desarrollar planes de prevención en salud mental y planes específicos de inserción socio-laboral para personas con padecimiento mental. Dichos planes, así como todo el desarrollo de la política en salud mental, deberá contener mecanismos claros y eficientes de participación comunitaria, en particular de organizaciones de usuarios y familiares de los servicios de salud mental. Se promoverá que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio.

ARTICULO 37. — La Autoridad de Aplicación, en coordinación con la Superintendencia de Servicios de Salud, debe promover la adecuación de la cobertura en salud mental de las obras sociales a los principios establecidos en la presente ley, en un plazo no mayor a los NOVENTA (90) días corridos a partir de la sanción de la presente.

Capítulo X Órgano de Revisión

ARTICULO 38. — Créase en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa el Organo de Revisión con el objeto de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental.

ARTICULO 39. — El Organo de Revisión debe ser multidisciplinario, y estará integrado por representantes del Ministerio de Salud de la Nación, de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, del Ministerio Público de la Defensa, de asociaciones de usuarios y familiares del sistema de salud, de los profesionales y otros trabajadores de la salud y de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos.

ARTICULO 40. — Son funciones del Organo de Revisión: a) Requerir información a las instituciones públicas y privadas que permita evaluar las condiciones en que se realizan los tratamientos; b) Supervisar de oficio o por denuncia de particulares las condiciones de internación por razones de salud mental, en el ámbito público y privado; c) Evaluar que las internaciones involuntarias se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más del tiempo mínimo necesario, pudiendo realizar las denuncias pertinentes en caso de irregularidades y eventualmente, apelar las decisiones del juez; d) Controlar que las derivaciones que se realizan fuera del ámbito

comunitario cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 30 de la presente ley; e) Informar a la Autoridad de Aplicación periódicamente sobre las evaluaciones realizadas y proponer las modificaciones pertinentes; f) Requerir la intervención judicial ante situaciones irregulares; g) Hacer presentaciones ante el Consejo de la Magistratura o el Organismo que en cada jurisdicción evalúe y sancione la conducta de los jueces en las situaciones en que hubiera irregularidades; h) Realizar recomendaciones a la Autoridad de Aplicación; i) Realizar propuestas de modificación a la legislación en salud mental tendientes a garantizar los derechos humanos; j) Promover y colaborar para la creación de órganos de revisión en cada una de las jurisdicciones, sosteniendo espacios de intercambio, capacitación y coordinación, a efectos del cumplimiento eficiente de sus funciones; k) Controlar el cumplimiento de la presente ley, en particular en lo atinente al resguardo de los derechos humanos de los usuarios del sistema de salud mental; l) Velar por el cumplimiento de los derechos de las personas en procesos de declaración de inhabilidad y durante la vigencia de dichas sentencias.

Capítulo XI Convenios de cooperación con las provincias

ARTICULO 41. — El Estado nacional debe promover convenios con las jurisdicciones para garantizar el desarrollo de acciones conjuntas tendientes a implementar los principios expuestos en la presente ley. Dichos convenios incluirán: a) Cooperación técnica,

económica y financiera de la Nación para la implementación de la presente ley; b) Cooperación para la realización de programas de capacitación permanente de los equipos de salud, con participación de las universidades; c) Asesoramiento para la creación en cada una de las jurisdicciones de áreas específicas para la aplicación de políticas de salud mental, las que actuarán en coordinación con la Autoridad de Aplicación nacional de la presente ley.

Capítulo XII Disposiciones complementarias

ARTICULO 42. — Incorpórase como artículo 152 ter del Código Civil: Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

ARTICULO 43. — Sustitúyese el artículo 482 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 482: No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente

evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.

ARTICULO 44. — Derógase la Ley 22.914.

ARTICULO 45. — La presente ley es de orden público.

ARTICULO 46. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTICINCO DIAS DEL MES DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ.

— JULIO C. C. COBOS. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada.

Decreto 1855/2010 - SALUD PUBLICA - Promúlgase la Ley N° 26.657.

Bs. As., 2/12/2010

POR TANTO: Téngase por Ley de la Nación N° 26.657 cúmplase, comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

— FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Aníbal D. Fernández. — Juan L. Manzur.

COMENTARIO A LA LEY 26.657

SALUD PÚBLICA

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA

SALUD MENTAL.

Luis Rogelio Llorens¹

Alicia Beatriz Rajmil²

“En Francia, la tutela impuesta al alienado por la ley de 1838, su total dependencia de la decisión médica, contribuyeron sin duda a fijar, a fines del siglo pasado (XIX), el personaje histórico. Desposeído de sus derechos por el tutor y el consejo de familia, prácticamente de nuevo en un estado de minoría jurídica y moral, privado de su libertad por la omnipotencia del médico, el enfermo se convertía en el centro de todas las sugerencias sociales...”³

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

² Abogada. Escribana. 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.

³ FOUCAULT Michel. “Enfermedad mental y personalidad”. Pag 23. Editorial Paidós. Buenos Aires. Barcelona. México

Apreciaciones previas y parciales sobre la ley 26.657.

1. Introducción

La ley 26.657, publicada en el Boletín Oficial el 3 de diciembre de 2010, constituye un avance trascendente en la protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. Más allá de las críticas que podamos formular, debemos destacar su importancia. Adhiere a nuevos paradigmas que, desde las más recientes convenciones internacionales sobre derechos humanos, impactan en nuestro Derecho e introducen modificaciones sustanciales en el régimen jurídico de capacidad de las personas, el que ya no puede aplicarse de manera rígida. Sin dudas, en este ámbito, se impone una interpretación armónica de nuestro Derecho vigente que priorice el respeto a la autonomía y a la libertad de la persona.⁴

Desde lo jurídico cobra relevancia hoy el discernimiento concreto del ser humano para cada acto que va a otorgar. De ser necesario adoptar medidas de protección en relación a una persona, ellas no deben de manera alguna obstaculizar el pleno goce de aquellos derechos con respecto a los cuales cuenta con facultades suficientes para ejercerlos con autonomía. La antinomia “capacidad-incapacidad” ya no se sostiene y va afianzándose en nuestros tribunales un concepto más flexible de incapacidad jurídica que contempla diferentes

⁴ Emanuele Calò nos habla de los “nuevos derechos”, que se basan en el previo reconocimiento de las diferencias y la atribución de relevancia a la voluntad de quienes con anterioridad estaban privados de ella, por ejemplo los menores y los enfermos.”BIOETICA. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad” Ediciones La Rocca, pag.285

graduaciones⁵. Recientes fallos de nuestros tribunales van marcando este rumbo⁶. La ley que analizamos avanza en igual sentido.

Por otro lado debemos señalar que el trato que la sociedad y la ley ha dado a la locura y a las personas que la padecen, ha evolucionado con el tiempo y los diferentes intereses en juego. Sin detenernos en este análisis, ya que excede el propósito del presente trabajo, podemos señalar que paulatinamente se fue abandonando el antiguo concepto que atribuía carácter demoníaco a la locura, y se reconoció su condición humana, pero entonces se segregó al enfermo y se lo aisló del colectivo social.

Si ahondáramos en los propósitos que generaron la proliferación de los manicomios en el mundo como centros de internación y aislamiento del enfermo mental, no nos sorprendería descubrir que obedecieron más a intereses políticos y sociales vinculados con el poder y el control, que a un verdadero afán de proteger y curar al paciente. Como sea y por las razones que sea, al enfermo mental se lo privó de su status de sujeto de derechos y se lo relegó a una categoría de objeto de protección y control. Resultan

⁵ LLORENS, Luis Rogelio y Alicia B. Rajmil. "Derecho de autoprotección" Editorial Astrea. Pag.49

⁶ Recordamos en primer lugar al fallo de primera instancia del Dr. Eduardo J. Cárdenas, confirmado por la alzada (CNCIV, Sala C, 12/8/1985, ED. 116-126 y LL. 1985-E-47) en el que afirmó: "Si el juez puede privar a una persona de dirigirse a sí misma y de administrar sus bienes en forma total, también puede hacerlo parcialmente". Ver también, p. ej. Juzgado Civil y Comercial de Federación (Entre Ríos) 18/5/2007 "S., J. A. s/ inhabilitación", Expte. 6.754 en el Dial del 5/6/2007; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 8 de Morón, autos "H., R.A. s/ declaración de insania", expte. 17.035 (inédito).

ilustrativas al respecto las palabras de Michel Foucault: "...el siglo XVIII restituyó al enfermo mental su naturaleza humana, pero el siglo XIX lo privó de los derechos y del ejercicio de los derechos derivados de esta naturaleza. Ha hecho de él un "enajenado" puesto que transmite a otros el conjunto de capacidades que la sociedad reconoce y confiere a todo ciudadano; lo ha cercenado de la comunidad de los hombres en el momento mismo en que en teoría le reconocía la plenitud de su naturaleza humana. Lo ha ubicado en una humanidad abstracta despidiéndolo de la sociedad concreta: esta "abstracción" se realiza en la internación.... El destino del enfermo está fijado desde entonces por más de un siglo: está enajenado."⁷

Esta postura perdió todo sustento a partir de los nuevos criterios sobre capacidad jurídica de las personas que mencionamos ut supra. Actualmente tanto el Derecho como la Psiquiatría procuran la recuperación de la libertad, la autonomía y la participación del enfermo mental en la toma de decisiones que afecten su vida. La nueva ley, en igual sentido, busca limitar al máximo las internaciones.

La normativa en estudio es amplia y ha despertado un debate importante en la sociedad. No pretendemos realizar un análisis exhaustivo de ella, sino sólo efectuar algunos comentarios y plantear ciertas dudas desde el ámbito jurídico, especialmente a partir de sus artículos 42 y 43, mediante los cuales, respectivamente, se incorporó un

⁷ FOUCAULT, Michel. Ob. Cit. Pag. 93. Por eso en algunos ámbitos subsisten aún cargos que se designan, p. ej. "Procurador General de Alienados".

nuevo artículo al código civil argentino (el 152 ter) y se dio nueva redacción al art. 482 del mismo código.

2. Objeto. Antecedentes y fundamentos legales

El artículo 1º de la ley establece que su objeto es “ asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

El artículo 2º establece que: “ Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990, se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas.

Se trata de herramientas trascendentes en este ámbito, pero, extrañamente, la ley no cita entre esos fundamentos a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378, sancionada en mayo de 2008) que no cuenta con jerarquía constitucional pero que contiene, según nuestro criterio, un sólido fundamento para la nueva normativa.⁸

Esta convención (CDPD) establece en su artículo 1º que su propósito es: “... promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Aunque no todo enfermo mental es una persona con discapacidad frecuentemente encontrará obstáculos que dificulten su plena participación social y el goce de sus derechos.

Por su parte el artículo 12 del mismo cuerpo legal dispone: “Igual reconocimiento como persona ante la ley. 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

⁸ ¿Se deberá esta ausencia a que al tiempo de la sanción de la ley 26.378 el proyecto de la ley que comentamos (26.657) ya se encontraría redactado?

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 o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas...”.

La convención reconoce entonces la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas con deficiencias mentales, y establece un régimen de apoyo que les permita el ejercicio por sí mismas de sus derechos en oposición al régimen de sustitución de su voluntad por la del representante legal que sostiene nuestro código civil, el cual debe considerarse modificado en esta materia. Esta convención constituye un antecedente fundamental y paradigmático

que no puede ignorarse a la hora de legislar sobre los derechos de las personas con padecimiento mental. Representa asimismo un sólido andamiaje para encarar las políticas de salud mental en nuestro país.

La CDPD y la ley 26657 procuran la plena integración a la sociedad de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, así como el respeto a su voluntad y a sus derechos.

3. Capacidad, participación y autonomía.

La nueva ley, reconoce a la persona con padecimiento mental como sujeto de derechos y promueve en general su participación efectiva en todas las decisiones que le conciernen.

El artículo 3° define a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Y afirma que se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas.

El artículo 7 de la ley sostiene la autonomía del enfermo mental y el respeto a su voluntad cuando señala en su inciso d) el derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; en su inciso

e) el derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; en su inciso f) el derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso; en su inciso g) el derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas; en su inciso j) el derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado⁹, incluyendo las alternativas para su atención; en su inciso k) el derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; en su inciso l) el derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación.

El artículo 16 de la ley establece que toda internación deberá contar con el consentimiento de la persona o de su representante legal y señala que: “Sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se

⁹ Según el art. 5° de la ley 26.529, “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.”

considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria”. La norma es correcta en cuanto hace referencia a la aptitud de discernimiento de la persona para otorgar el consentimiento, sin supeditarlos a parámetros rígidos como la mayoría de edad o la ausencia de una sentencia de interdicción. Creemos, no obstante, que no hay motivo para invalidarlo si fue otorgado anticipadamente de manera fehaciente en previsión de la pérdida futura del discernimiento. Nos referimos a las directivas anticipadas de salud o actos de autoprotección a los que luego aludiremos.

La ley establece un procedimiento estricto para el caso en que se interne a una persona sin contar con su consentimiento. Se trata de una medida excepcional y solo puede ser aplicada como último recurso, bajo control judicial.

El artículo 26 establece que: “ En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25¹⁰ de la

¹⁰ Estos artículos regulan el procedimiento a seguir en caso de internaciones involuntarias. ARTICULO 20. — La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación involuntaria, además de los requisitos comunes a toda internación, debe hacerse constar: a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo de este artículo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos

presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos”. Sin dudas en su último párrafo hace referencia a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (art.

económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra; b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento; c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera. ARTICULO 21. — La internación involuntaria debidamente fundada debe notificarse obligatoriamente en un plazo de DIEZ (10) horas al juez competente y al órgano de revisión, debiendo agregarse a las CUARENTA Y OCHO (48) horas como máximo todas las constancias previstas en el artículo 20. El juez en un plazo máximo de TRES (3) días corridos de notificado debe: a) Autorizar, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley; b) Requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria y/o; c) Denegar, en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata. El juez sólo puede ordenar por sí mismo una internación involuntaria cuando, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 20, el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla. ARTICULO 22. — La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento. ARTICULO 23. — El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. El mismo deberá ser informado si se tratase de una internación involuntaria, o voluntaria ya informada en los términos de los artículos 18 ó 26 de la presente ley. El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 16 apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente. Queda exceptuado de lo dispuesto en el presente artículo, las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal. ARTICULO 24. — Habiendo autorizado la internación involuntaria, el juez debe solicitar informes con una periodicidad no mayor a TREINTA (30) días corridos a fin de reevaluar si persisten las razones para la continuidad de dicha medida, y podrá en cualquier momento disponer su inmediata externación. Si transcurridos los primeros NOVENTA (90) días y luego del tercer informe continuase la internación involuntaria, el juez deberá pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento, y en lo posible independiente del servicio asistencial interviniente, a fin de obtener una nueva evaluación. En caso de diferencia de criterio, optará siempre por la que menos restrinja la libertad de la persona internada. ARTICULO 25. — Transcurridos los primeros SIETE (7) días en el caso de internaciones involuntarias, el juez, dará parte al órgano de revisión que se crea en el artículo 38 de la presente ley.

12) y a la ley 26061(artículos 2, 3, 19, 24 y 27), que reconocen el derecho de los menores de edad a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en todos los asuntos de su interés. En igual sentido la ley nacional 26529, sobre derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, sancionada en el año 2009, reconoce en su artículo 2º el derecho de las niñas, niños y adolescentes a intervenir en los términos de la ley 26061 a los fines de la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucran su vida o salud. Entendemos que igual criterio debe aplicarse en el caso de los mayores declarados incapaces. No hay motivo para escuchar a los niños y no a los adultos.

El artículo 26 que analizamos procura la protección de aquellas personas consideradas más vulnerables, pero aún en estos casos, de acuerdo a lo dispuesto por las más recientes convenciones internacionales sobre derechos humanos y por nuestra propia legislación (CIDN y CDPD, ley 26061, ley 26529), debe respetarse el derecho del paciente a expresar su opinión y a que sea tenida en cuenta, así como su voluntad, sus derechos y sus preferencias.

Debemos señalar que la normativa que analizamos es acorde con la ley nacional 26529, ya mencionada, a la cual consideramos un antecedente importante, ya que reconoce los derechos fundamentales del paciente especialmente enunciados en su artículo 2, donde a lo largo de siete incisos se refiere por ejemplo al derecho a ser asistido sin discriminación alguna, al trato digno y respetuoso, al respeto a sus

convicciones personales, a su intimidad y a la autonomía de su voluntad. Sostiene especialmente el derecho personalísimo de todo ser humano a decidir sobre su propio cuerpo y su salud.

4. Directivas anticipadas.

Las directivas anticipadas o actos de autoprotección, son aquellos en los cuales una persona deja plasmada su voluntad de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro, en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma. Importa el reconocimiento del derecho que tiene todo ser humano a decidir libremente sobre su vida y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno. La dignidad inherente a toda persona, cualesquiera sean sus circunstancias, y la igualdad en el ejercicio de sus derechos, dan sustento incuestionable a estas decisiones que cobran relevancia precisamente ante la pérdida de su discernimiento.

La ley 26.529, a la cual ya hemos hecho referencia, en su artículo 11 establece: “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". Se legisla así en el orden nacional acerca de las decisiones que puede tomar y dejar asentadas una persona para la eventualidad de la pérdida de su propio discernimiento. La norma es acorde con el ya citado art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues este artículo, cuando exige el respeto de las decisiones tomadas por las personas con discapacidad mental o intelectual, no distingue si fueron tomadas con anterioridad o no a la pérdida o disminución de esas facultades.¹¹

Estas directivas son de plena aplicación en el ámbito de la ley 26657, aunque no se refiera específicamente a ellas. En primer lugar porque, como dijimos, ya han sido receptadas por la ley 26529 y en segundo lugar porque resulta una herramienta valiosa para conocer y respetar la voluntad del enfermo mental cuando fue expresada de manera clara y fehaciente en previsión precisamente de la pérdida de su discernimiento. De existir este documento, las directivas impartidas deben ser atendidas por los profesionales de la salud, jueces, funcionarios, familiares y por toda persona al decidir sobre la vida y la salud del enfermo.

5. El Derecho y su importancia en la vida de las personas

¹¹ LLORENS, Luis Rogelio y Alicia B. Rajmil. Ob. cit. Pag.21

La ley sancionada, apela en sus artículos 8, 11 y 39 ¹² a un enfoque interdisciplinario en la atención de la salud mental, así como a la participación de diferentes áreas del saber, de las reparticiones públicas y de la comunidad, pero olvida integrar a los operadores del Derecho. Su participación, sin embargo, resulta fundamental para la protección y el efectivo ejercicio de los derechos de la persona en situación de vulnerabilidad.

Las más recientes convenciones internacionales sobre Derechos Humanos reconocen la importancia del Derecho en la vida cotidiana y en la satisfacción de las necesidades fundamentales de las personas. El correcto asesoramiento legal, la difusión y el conocimiento por parte de la persona con enfermedad mental, de sus familiares y de la sociedad en general, con respecto a sus derechos y a las herramientas

¹² ARTÍCULO 8 — Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes.

ARTICULO 11. — La Autoridad de Aplicación debe promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con las áreas de educación, desarrollo social, trabajo y otras que correspondan, implementen acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria. Se debe promover el desarrollo de dispositivos tales como: consultas ambulatorias; servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional; atención domiciliaria supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares y comunitarios; servicios para la promoción y prevención en salud mental, así como otras prestaciones tales como casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas.

ARTICULO 39. — El Órgano de Revisión debe ser multidisciplinario, y estará integrado por representantes del Ministerio de Salud de la Nación, de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, del Ministerio Público de la Defensa, de asociaciones de usuarios y familiares del sistema de salud, de los profesionales y otros trabajadores de la salud y de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos.

jurídicas adecuadas para protegerlos, revisten fundamental importancia para garantizar su integración a la sociedad y el respeto a su autonomía y dignidad.

De hecho, es dable constatar que en donde se encuentran conformados estos equipos interdisciplinarios, es habitual que formen parte de ellos operadores del derecho.

6. Artículo 152 ter.

-El nuevo artículo 152 ter, reza así: “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.”

Más allá de su análisis detenido, la nueva norma despierta algunos comentarios preliminares:

a. Ella es acorde con lo dispuesto y reclamado en diversos fallos de nuestros tribunales.¹³ Al disponer que las sentencias de interdicción deben “especificar las funciones y actos que se limitan”, incorpora definitivamente a nuestro ordenamiento jurídico, en materia de mayores con deficiencias

¹³ Ver nota 4.

psíquicas o intelectuales, el principio de “la capacidad como variable”¹⁴, correlato de lo que en materia de minoridad se proclama como “autonomía progresiva”.¹⁵

b. Plantea la duda acerca de su aplicación en el tiempo. Si el nuevo artículo dispone que las restricciones a la capacidad no pueden extenderse por más de tres años, cabe deducir que todas aquellas sentencias dictadas hace más de tres años que declaran restricciones a la capacidad sin especificar plazo de duración de la medida, quedan automáticamente sujetas a revisión. ¿Cuál es el estado jurídico de la persona que ha sido incapacitada hace más de tres años y cuya sentencia aún no se ha revisado? Entendemos, en principio, que más allá de la obligación del órgano judicial pertinente de revisar la sentencia cada tres años, nadie podrá considerar que el mero hecho de que no se haya cumplido con la norma importe la cesación del régimen de apoyo o de restricciones a la capacidad de obrar dispuesto en ella.

¹⁴ Ver Calo, ob. cit.

¹⁵ Ante este requerimiento de la ley y para poder disponer de manera estandarizada para el público el alcance de “las funciones y actos que se limitan” será útil en las nuevas sentencias la utilización de la “Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud”, conocida como CIF y aprobada el 22 de Mayo de 2001 por la Organización Mundial de la Salud. Ella fue elaborada para su empleo a nivel internacional para brindar un lenguaje unificado y estandarizado y un marco conceptual para la descripción de la salud y de los estados “relacionados con la salud”. La clasificación permite elaborar un perfil de sobre el funcionamiento, la discapacidad y la salud del individuo. Ese documento entiende que el término “discapacidad” “engloba las deficiencias, limitaciones en la actividad, o restricciones en la participación.”

c. Dentro del mismo orden de ideas, como la nueva norma exige que la sentencia especifique *“las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”* cabe preguntarnos también en qué situación quedan las sentencias ya dictadas que no cumplen con esa normativa. Con igual criterio y sin desconocer el art. 3 del código civil, creemos que si se ha dictado una sentencia de incapacitación bajo el viejo régimen, sin *“especificar las funciones y actos que se limitan”*, en tanto y en cuanto no se dicte una nueva sentencia, una cuestión de prudencia lleva a considerar que la anterior ha de perdurar para el operador jurídico con el alcance originario hasta tanto se cumpla con la norma que comentamos. Más allá de que el viejo régimen velezano, como ya dijimos, avasallaba los derechos de la persona con deficiencias de salud mental y, en la práctica, dejaba de considerarlo un sujeto de derecho para constituirlo en un objeto de protección, no podemos olvidar que, en última instancia, el objetivo –bien o mal instrumentado- del legislador era la protección. No parece valioso dejar, sin más, a la persona en cuestión absolutamente desprotegida cuando se consideró, oportunamente, que necesitaba de dicho régimen.

d. De esta manera se diluyen las diferencias entre inhabilitación e interdicción. De las dos diferencias sustanciales

que señala TOBÍAS¹⁶ entre ambos institutos (que en la inhabilitación la restricción a la capacidad se circunscribe a determinada especie de actos; y que “en la interdicción la eliminación de la capacidad del interdicto se suple por el sistema de la representación y en la inhabilitación, en cambio por el sistema de la asistencia”) la primera ha quedado eliminada pues en ambos institutos la sentencia debe “*especificar las funciones y actos que se limitan*”. En cuanto a la segunda diferencia, la distinción entre representación y asistencia, si bien continúa vigente, cabe advertir que en la representación ya no son de aplicación artículos tales como el 274 (“Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos...y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato...”) y 411 del código civil (“El tutor... gestiona y administra sólo... sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad”), aplicables antes al régimen de curatela por la remisión efectuada por el artículo 475 del mismo código. Si quien padece una enfermedad mental tiene derecho a prestar el consentimiento informado (art. 7 inc. j de la ley que comentamos, acorde con toda la nueva normativa vigente) significa que la representación debe funcionar *siempre* con participación del representado.

7. La nueva redacción del art. 482 del código civil:

¹⁶ TOBÍAS, José W. “La inhabilitación en el derecho civil”. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires. 1992, Pág 21.

Es del siguiente tenor: *“No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.*

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.”

Este nuevo artículo ha de merecer un largo análisis de la doctrina y de la jurisprudencia. Sólo señalamos que es coherente con lo dispuesto en el art. 4° de la nueva ley: *“Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental”*, lo que señala ya una toma de posición trascendente.

Más allá de que el anterior art. 482 del código civil (conforme con el Decreto Ley 17.711/68) partía de criterios similares, la pregunta que nos formulamos es: ¿el adicto tiene un problema de salud mental? Creemos que es este el punto que debe debatirse profundamente antes de legislar en la materia.

No se trata de cuestionar el derecho de la persona con adicciones a recibir todo el apoyo necesario del Estado para librarse de ese flagelo. Toda vez que es indudablemente injusto tratar igual a lo que no lo es, la pregunta apunta a cuestionar si corresponde que sean tratados de igual manera dos situaciones que, en su origen y esencia, son diferentes. Una cosa es la enfermedad mental y otra distinta son las adicciones. Son realidades diferentes.

Para responder a la pregunta, cabe destacar en primer lugar una redacción confusa de la primera oración cuando dice *“el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones”*.

Una interpretación armónica de la norma con el resto de la legislación vigente nos lleva a afirmar que no pueden ser privados de su libertad personal ni el declarado incapaz por causa de enfermedad mental (primer supuesto), ni quien padece adicciones (segundo supuesto), *“salvo en los casos de riesgo ...”*.

Sin embargo, de una lectura literal de la norma podría deducirse que se ha introducido una nueva causal de incapacidad (*“el declarado incapaz por causa de ... adicciones”*); esto es, que las adicciones podrían dar origen a una declaración de incapacidad, más allá del requisito de la enfermedad mental del art. 141 de nuestro código civil. Pensamos que si este último hubiera sido el criterio del legislador, la adicción, como nueva causal de incapacidad, hubiera merecido una norma expresa y clara al respecto. No es suficiente para ello decir en el art. 4º que *“Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud*

mental”, o que cabe restringir la libertad personal del adicto en los mismos casos en que se lo hace por causa de enfermedad mental.

Por otro lado, hay que considerar que, al menos en su origen, como ya dijimos, la adicción es una conducta autorreferente protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional.¹⁷ Por supuesto, no es sencillo establecer el límite entre las conductas autorreferentes y las que no lo son; como tampoco es sencillo determinar cuándo el consumo de determinadas sustancias, legales o ilegales, pasa de ser una conducta autorreferente a ser una conducta que pone en peligro al propio consumidor o a terceros.

Nos preguntamos si es lícito obligar, conforme con el último párrafo del art. 482 del código civil, a los adictos a ser tratados, cuando esa adicción no justifica (¿aún?)¹⁸ una declaración de demencia o de inhabilitación. Porque una cosa es impedir a una persona que no está en sus cabales causarse daño a sí misma o a terceros y otra muy distinta es hacerlo con quien sí esta en uso de su discernimiento y amenaza mediante la adicción con dañarse sólo a sí mismo¹⁹. Cuando el Estado

¹⁷ El ser el consumo de drogas una conducta, en principio, autorreferente es la causa fundamental que ha llevado a su despenalización.

¹⁸ Decimos “aún” pues generalmente las adicciones son el camino a la pérdida de la salud mental, lo que no quiere decir que el adicto haya sido, en origen, una persona con deficiencias mentales o intelectuales.

¹⁹ Nótese que la conducta de quien pone en riesgo su salud por el consumo de drogas no deja de ser una conducta, *prima facie*, autoreferente. La cuestión podría hasta vincularse con la espinosa cuestión del “derecho” al suicidio. Ver "MUERTE VOLUNTARIA. Sedación. Suicidio asistido. Eutanasia. Etapa de Agonía. Dolor. Encarnizamiento médico. Decisiones ante el final de la vida. Jurisprudencia. Rechazo, abstención y retiro de tratamiento". Ed. Astrea . Buenos Aires. 2007 y en el número de mayo de 2008 de la Revista Criterio el comentario de Luis Rogelio Llorens a dicho libro.

asume que tiene la posibilidad – y por ende el deber – de impedir que quien tiene uso de su discernimiento se dañe a sí mismo mediante el consumo de sustancias, está asumiendo una responsabilidad por las consecuencias de no hacerlo y también está relevando – de alguna manera – al adicto de esa responsabilidad.

Sabemos que las adicciones se originan en un grave problema social de origen múltiple y complejo. Pero, ¿queremos liberar de responsabilidad a quien voluntariamente se ha iniciado y luego proseguido en el camino de las adicciones? ¿No es esto también fomentar las adicciones? ¿Tenemos el derecho de impedir forzosamente a que alguien consuma sustancias adictivas? ¿No implica dejar de considerar al adicto como un sujeto para pasar a considerarlo un objeto tal como hacía el régimen velezano con los enfermos mentales que pretendemos sustituir?

Nos parece que nuestra sociedad es tanto acreedora como deudora de un debate profundo y serio sobre estos temas, al que nos gustaría inducir mediante estas simples reflexiones previas.

8. Conclusiones:

a) Adherimos a todo aquello que fomente el ejercicio por todas las personas de las propias aptitudes y capacidades. Tal es a lo

que apuntan la ley que comentamos y las reformas recientes ya citadas. En definitiva, es la libertad lo que nos distingue dentro del mundo y su ejercicio lo que nos dignifica.

Sin embargo, no es posible perder de vista que la tarea es sumamente compleja. Quizás porque una consecuencia natural e ineludible del ejercicio de la libertad es el deber asumir las consecuencias de los propios actos; extremo que nuestra sociedad muchas veces, interesada o desinteresadamente, propicia olvidar.²⁰

Queremos decir con ello que todos estos postulados de la nueva legislación sólo han de ser beneficiosos si se integran con acompañamientos y regímenes de apoyo serios e integrales que benefician a quienes no se encuentran en igualdad de condiciones para hacerse responsables de los propios actos en similares condiciones.²¹

Esas medidas no han de destruir, empero, el objetivo propuesto de la promoción de la persona con discapacidad psíquica o intelectual, o como dice la propia ley “ con padecimiento mental”.

El éxito sólo estará garantizado por el compromiso serio de la sociedad *toda*, especialmente a través de sus instituciones, con un correlativo aporte del Estado especialmente en su faz ejecutiva y

²⁰ “Podrás degenerar hacia las cosas inferiores que son los brutos; podrás – de acuerdo con la decisión de tu voluntad – regenerarte hacia las cosas superiores que son divinas” Pico Della Mirándola. Oratio de hominis dignitate, citado por Erich Fromm en El Miedo a la Libertad. Paidós. 2da. edición 2000 1ra. Reimpresión 2002 pág. 21.

²¹ “La integración no es la equiparación burda y el tratamiento como igual de lo que es distinto”. Carlos Marín Calero. “La Integración Jurídica y Patrimonial de las Personas con Discapacidad Psíquica o Intelectual”. Editorial Universitaria Ramón Areces. Pág. 8.

judicial. Las reformas legislativas obligan a que los restantes poderes recojan el guante y se coloquen a la altura de ellas.

b) Reiteramos la necesidad de un debate serio y profundo de nuestra sociedad acerca de las adicciones y del mejor modo de enfrentarlas.

c) El régimen de capacidad de las personas en el derecho argentino se encuentra profundamente reformado por las nuevas normas citadas tales como la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.529, ley 26,657, etc.

Quien desconoce esta normativa, desconoce el régimen de capacidad vigente.

d) La integración de la nueva legislación con el régimen velezano resulta en muchos aspectos difícil y contradictoria. Se impone integrar la normativa en un solo cuerpo legal.

Creemos que todos los múltiples intentos de sancionar un nuevo código civil para nuestro país han fracasado por no partir de paradigmas firmes y concretos en los temas de base para su redacción.

Estas nuevas leyes marcan ese paradigma para el nuevo y, quizás, primer y básico pilar: La consideración de la persona como tal. Posiblemente sea éste el punto de partida.

LEY N° 13.166

DE LA PROVINCIA DE

SANTA FE

CUIDADOS PALIATIVOS PARA PACIENTES

CON ENFERMEDADES TERMINALES¹

ARTÍCULO 1.- Objeto. La presente ley tiene por objeto instrumentar los cuidados paliativos para pacientes con enfermedades terminales.

ARTÍCULO 2.- Definiciones.

a.- Cuidados Paliativos. Se denomina cuidados paliativos a la asistencia integral de pacientes con enfermedades crónicas, evolutivas, irreversibles, limitantes para la vida, que no tienen respuesta a los tratamientos curativos, siendo el objetivo principal conseguir la mejor calidad de vida posible para los pacientes y sus familias.

¹ Publicado en el Boletín Oficial, 5 de Enero de 2011.

b.- Paciente en fase terminal. Se considera paciente en fase terminal a aquellos enfermos con un estado clínico que provoca expectativa de muerte en breve plazo.

ARTÍCULO 3.- Objetivos. Específicos. Los objetivos de la presente son los siguientes:

a) Propiciar la asistencia integral del paciente, la cual debe considerar los aspectos físicos, psicológicos, sociales, emocionales y espirituales del mismo;

b) Afirmar la unidad en el abordaje terapéutico, del paciente y su familia;

c) Asegurar la autonomía y el respeto a la dignidad del paciente, cuando su capacidad para tomar decisiones lo permita y no tente contra principios legales o éticos;

d) Respaldar la incorporación de una concepción terapéutica activa incorpora una actitud rehabilitadora y dinámica;

e) Facilitar el acceso a terapias basadas en evidencias científicas que ofrezcan la posibilidad de mejorar la calidad de vida del paciente;

f) Favorecer la continuidad y coordinación de los servicios que brinden atención al paciente;

g) Asegurar el respeto del derecho del paciente a recibir o rechazar el tratamiento;

h) Apoyar la adecuación de la terapéutica a las condiciones culturales y los valores y creencias particulares de cada paciente.

ARTÍCULO 4.- Autoridad de Aplicación. La Autoridad de Aplicación de la presente ley es el Ministerio de Salud; el cual deberá:

a.- Intervenir en la autorización para la creación y posterior control del funcionamiento de efectores privados y públicos que se dediquen a cuidados paliativos.

b.- Elaborar los protocolos normativos de organización y funcionamiento de los cuidados paliativos de conformidad a las pautas vigentes en los organismos nacionales e internacionales competentes en la materia.

ARTÍCULO 5.- Alcances. Los cuidados paliativos deben alcanzar a los pacientes que estén internados en instituciones públicas y privadas; y a los que, derivados del hospital público o con alta voluntaria permanezcan en su domicilio para su mayor bienestar. Asimismo, deben alcanzar a la contención y asesoramiento de los familiares de los pacientes sea cual fuere su edad.

ARTÍCULO 6.- Equipos Interdisciplinarios. Los equipos de cuidados paliativos deben ser interdisciplinarios y estarán conformados por médicos, enfermeras, psicólogos, trabajadores sociales y voluntarios quienes deberán acreditar capacitación y experiencia específica. También podrán integrar los equipos otros profesionales de la salud de acuerdo a las necesidades de cada paciente.

ARTÍCULO 7.- Recursos Humanos. La formación de los recursos humanos en cuidados paliativos y del voluntariado estará a cargo del Ministerio de Salud quien establecerá, en la reglamentación, la modalidad y los requisitos para su acreditación.

ARTÍCULO 8.- Financiamiento. Los gastos que demande la implementación de la presente ley serán imputados a una partida especial para tal fin, correspondiente al Ministerio de Salud.

ARTÍCULO 9.- Reglamentación. La presente ley se reglamentará a los sesenta (60) días de su promulgación.

ARTÍCULO 10.- Adhesión. Invítase a los Municipios y Comunas de la Provincia a adherir a la presente ley.

ARTÍCULO 11.- Comuníquese al Poder Ejecutivo DADA EN
LA SALA DE SESIONES DE LA LEGISLATURA DE LA
PROVINCIA DE SANTA FE, A LOS VEINTICINCO DÍAS DEL
MES DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ.

PROVINCIA DE SANTA FE. LEY

PROVINCIAL N° 13.166.

**CUIDADOS PALIATIVOS PARA PACIENTES
CON ENFERMEDADES TERMINALES.**

**REAFIRMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE
AUTONOMÍA Y DIGNIDAD.**

Escribano E. Jorge Arévalo¹

Resulta gratificante que en medio de las encarnizadas luchas políticas que a diario protagonizan nuestros gobernantes con miras a la obtención y al afianzamiento del poder, el Congreso Nacional y similares órganos legislativos de las provincias argentinas, encuentren espacios para debatir y sancionar normas tuitivas, cuyas destinatarias son las personas en situación de vulnerabilidad.

¹ Abogado. Notario de Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe. Miembro Fundador y Secretario del Instituto de Derecho e Integración.

La respuesta por parte del legislador a inveterados reclamos sociales, en este caso vinculados al afianzamiento de los derechos personalísimos, merece la aprobación de la sociedad en su conjunto. Cada conquista, resultado de intensas y perseverantes tareas previas, opera como estímulo para la consecución de objetivos aún pendientes, entre ellos, la regulación integral de los actos de autoprotección.²

En ese contexto, el 25 de noviembre de 2010, la legislatura de la Provincia de Santa Fe sancionó la ley 13.166 que lleva por título “Cuidados Paliativos para Pacientes con Enfermedades Terminales”. A principios del año en curso -el 05 de enero- el texto fue publicitado en el Boletín Oficial.

La novísima norma provincial santafesina aborda una de las cuestiones que impactan profundamente en la sensibilidad de los seres humanos: las enfermedades terminales. El estado actual de los conocimientos médicos permite calcular con aproximación el momento de la muerte de las personas que padecen esas graves dolencias.

Pero la precisión de la que hacen gala los actuales diagnósticos, no resulta suficiente para fijar inequívocamente el momento de la desaparición física de las personas, interrogante que desvela a la

² Las directivas anticipadas han merecido reconocimiento legislativo en la Ley Nacional 26529 (BO 20-11-2009). La regula el artículo 11 y, como se ha puntualizado, el precepto limita esas decisiones a los aspectos referidos a la salud. El texto completo de esa norma y su comentario pueden ser consultados en el número 3 de esta Revista, página 219 y siguientes.

humanidad desde los tiempos más remotos. Por cierto que la circunstancia apuntada condiciona la redacción del inciso b) del artículo 2, cuyo texto se limita a caracterizar a los pacientes terminales como “...aquellos enfermos con un estado clínico que provoca expectativa de muerte en breve plazo”. Difícilmente la reglamentación de la ley, prevista para los 60 días “...de su promulgación”, pueda aportar mayores precisiones a una cuestión enraizada en la incertidumbre: la muerte.³

Si bien la ley que motiva el presente comentario y la norma sancionada a nivel nacional bajo número 26529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud), abordan distintos objetos en materia de salud, ambas consagran en favor de los pacientes derechos indeclinables.

Los referidos instrumentos legales reglan lo relativo a la asistencia del paciente (artículo 2, inciso a de la ley nacional y artículo 3, inciso a de la norma provincial).

Especial trascendencia adquiere la reafirmación de los derechos a la autonomía y dignidad que también luce en los textos de los referidos cuerpos normativos.

La autonomía garantiza a toda persona libertad absoluta en la toma de cualquier determinación concerniente a sí misma en la medida

³ Interesantes reflexiones sobre la muerte, pueden ser extraídas de las entrevistas realizadas en la década de 1970, a Vladimir Jankélévitch, publicadas en la obra “Pensar la Muerte”. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, año 2006.

que no resulte contraria al orden público o perjudique los derechos de terceros. Según Kant, “la autonomía de la voluntad es la propiedad mediante la cual la voluntad constituye una ley por sí misma”.⁴

La dignidad, atributo de todo ser humano en su condición de tal, se concreta a través del absoluto respeto a los derechos personalísimos.⁵ Autonomía y dignidad personal son valores indisolublemente vinculados entre sí: la persona que sufre el cercenamiento en el ejercicio de sus derechos personalísimos, ve gravemente afectada su dignidad.

La ley 13166 se erige en garante de la autonomía en dos incisos del artículo 3: el c) y el g). Las decisiones que adopte el paciente se harán efectivas mediante directivas anticipadas o actos de autoprotección.

El inciso c) ya mencionado en el párrafo anterior, también se refiere al respeto a la dignidad, pero, lamentablemente, en su oscura redacción, el texto condiciona este derecho fundamental al estado de capacidad del paciente. Veamos el contenido: “Artículo 3. Los objetivos de la presente son los siguientes: c) Asegurar la autonomía y el respeto a la dignidad del paciente, cuando su capacidad para tomar decisiones lo

⁴ Fundamentos normativos de la autonomía de la voluntad se encuentran en el artículo 19 de la Constitución Nacional, 953 del Código Civil. El concepto “kantiano”, ha sido extraído del “Diccionario de Filosofía Abreviado de José Ferrater Mora, Editorial Sudamericana, año 2002, vocablo “Autonomía”.

⁵ Una caracterización de los derechos personalísimos, puede encontrarse en el trabajo “Actos de Autoprotección. Directivas Anticipadas”, Cuaderno Número 6 del Instituto de Derecho Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe -2da. Circunscripción, página 13 y siguientes.

permita...”. Una interpretación literal de ese desafortunado párrafo nos llevaría a colegir que solamente los pacientes “capaces” tienen garantizado el respeto a la dignidad. Adviértase que de adoptarse posición tan absurda, se colisionaría abiertamente con los preceptos consagrados por la Convención Para las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y receptada en el derecho argentino por ley nacional 26378. La recta interpretación teleológica de la ley nos lleva a considerar a esa expresión como no escrita.

Mas adelante, el inciso g) del recordado artículo 3, desarrolla una de las variantes del derecho a la autonomía: “Asegurar el respeto del derecho del paciente a recibir o rechazar el tratamiento”. El paciente se encontrará en condiciones de adoptar una determinación de tal relevancia una vez impuesto en forma clara respecto de su situación sanitaria, tarea a cargo del profesional que lo asista. Esa resolución se viabiliza a través del “Consentimiento Informado”, procedimiento previsto en el Capítulo III de la ley nacional 26529, instituto que encuentra su antecedente vernáculo en la Ley Nacional de Ejercicio de la Medicina 17132 (art. 19, inciso 3).

Los cuidados paliativos (en modo alguno limitados a los enfermos terminales), cuya instrumentación fundamenta el dictado de la ley que comentamos, resultan uno de los procedimientos que permiten concretar la optimización de la calidad de vida de los pacientes (artículos: 1, 2 y 3 inciso e). Y la “calidad de vida” es una de las formas

mediante las cuales la dignidad se hace presente en nuestros actos cotidianos.

JURISPRUDENCIA

**INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHO
DEL MENOR A SER OÍDO.
LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL
ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DERECHO.¹**

Dr. Dariel Oscar Barbero²

SUMARIO:

“Los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.1) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el

¹ “Recurso de Hecho “P. de la S., L., del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia” Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10.08.2010

² Profesor adscripto de la Cátedra de Derecho Civil III de la Facultad de Derecho de la UNR. Vicepresidente del Instituto de Orientación Profesional del Colegio de Abogados de Rosario. Abogado Especialista en Constitucionalismo y Democracia por la Universidad de Castilla La Mancha y Magister en Derecho Privado por la Universidad Nacional del Rosario. E.mail: dariel_barbero@yahoo.com.ar

recurrente funda en ella (artículo 14.3 de la ley 48).” (Del voto de la mayoría)

“En el expediente “S. C. s/ adopción” (Fallos: 328:2870), voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, se consideró que la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.” (Del voto de la mayoría)

“En otro orden de ideas, se afirmó que en la medida que la decisión respecto del niño implique un "trauma" para él, debe demostrarse que no llevarla a cabo le causaría un daño mayor o más grave.” (Del voto de la mayoría)

“Otra directriz sentada por esta Corte ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo

dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas.” (Del voto de la mayoría)

“Tales reglas hermenéuticas respecto del "interés superior del niño" (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio, son las que deben regir la solución del caso en estudio.” (Del voto de la mayoría)

“Ello así, pues si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas.” (Del voto de la mayoría)

“Los jueces, para sustentar su decisión, se limitaron a invocar en forma genérica el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen. En realidad, lo que debieron justificar es que se trataba de una prueba que además de beneficiar al progenitor favorecía el interés superior de la niña.” (Del voto de la mayoría)

“...No eran razones generales vinculadas al derecho a conocer el dato biológico, las que debían sustentar la decisión de llevar a cabo la prueba, sino la demostración de que concretamente para M., ello

redundaría en un beneficio más que en un perjuicio.” (Del voto de la mayoría)

“Tal examen requería reparar en las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el planteo, como por ejemplo que la duda respecto de la identidad de la niña ya había sido introducida. Asimismo, exigía que la menor hubiese podido dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que acarrearía la hipótesis de que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre.” (Del voto de la mayoría)

“La sentencia dictada por la cámara ha tomado una decisión sin atender a las pautas que esta Corte ha determinado al interpretar el artículo 3.1 y 21, párrafo introductorio de la Convención de los Derechos del Niño, mencionada en el artículo 75.22 de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el artículo 321, inciso i, del Código Civil. Es en esa medida que el caso deber ser nuevamente fallado.” (Del voto de la mayoría)

“Que en razón de que el objetivo del demandado, padre de la menor, no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, hecho que puede ser acreditado por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resulta razonable en este estado de la causa pretender realizar una prueba pericial sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que

ello podría llegar a producir en la relación de familia.”(Dra. Highton de Nolasco y Dr. Maqueda, según su voto)

Texto completo del fallo:

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: Recurso de hecho deducido por la actora en la causa "P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y

Tenencia", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) La señora L. del C. P. de la S. inició el presente juicio de divorcio contra el señor G. E. P. (fojas 51/58).

Al contestar la demanda, el emplazado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves. En lo que interesa, sostuvo que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A. M. nacida en el año 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio.

A fin de acreditar ese hecho, ofreció la realización de la prueba de ADN por el Cuerpo Médico Forense (fojas 103/107).

2º) Dicha medida mereció la oposición de la señora P. de la S. y de la señora Defensora de Menores ante la alzada, sin perjuicio de lo

cual la cámara confirmó la decisión de grado que entendió procedente su producción (fs. 95).

El a quo apoyándose en el dictamen de la representante del Ministerio Público de la anterior instancia, que hizo hincapié en el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor de conocer su verdadera identidad sostuvo que la prueba de ADN solicitada era conducente para el esclarecimiento de la cuestión debatida.

Agregó, que el resultado solo podría valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones, sin implicar en modo alguno modificar el emplazamiento del actual estado filiatorio de la niña.

3º) - Contra esta decisión, la actora interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria origina la presente queja.

La recurrente invoca que el reconocimiento de la niña formulado por el señor P. no se puede revocar, pues el estado de familia que constituyó es inalienable.

En tal sentido, destaca que si el demandado hubiera querido desconocer la paternidad, debería haber intentado la acción de impugnación de la filiación establecida en el artículo 258 del Código Civil, lo que no hizo en tiempo oportuno, ya que al haber tomado conocimiento del parto, el término de un año previsto en el artículo 259

para la caducidad de la acción, debe computarse desde la inscripción del nacimiento.

A renglón seguido, critica el fallo con sustento en que prioriza la realidad biológica (artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño), sobre cualquier otro derecho y afirma que ni el principio de amplitud probatoria ni la Convención de los Derechos del Niño, autorizan a conculcar el derecho a la filiación.

4º) El fallo recurrido es definitivo, pues resuelve en contra del interés que se aduce protegido por una norma contenida en la Constitución Nacional, el que no podrá ser revisado una vez dictado el pronunciamiento final.

En el caso, la apelante ha invocado que la solicitud del cónyuge de la prueba de ADN de una de las hijas, para probar en el juicio de divorcio su adulterio viola el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño. Esta regla constitucional resulta aplicable durante el curso del proceso, pues prescribe que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Por lo tanto, resulta ineficaz su tratamiento al momento del fallo último.

5º) Sentado lo anterior, los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el

recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.1) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (artículo 14.3 de la ley 48).

6º) Cabe revisar entonces, si la alzada ha reparado en la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la CDN, en lo que respecta a decisiones provisionales que podrían ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de ese tipo requiere de conformidad con los precedentes de esta Corte.

En el expediente "S. C. s/ adopción" (Fallos: 328:2870), voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, se consideró que la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.-

En otro orden de ideas, se afirmó que en la medida que la decisión respecto del niño implique un "trauma" para él, debe demostrarse que no llevarla a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

7º) Otra directriz sentada por esta Corte ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas.

8º) Tales reglas hermenéuticas respecto del "interés superior del niño" (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio, son las que deben regir la solución del caso en estudio.

Ello así, pues si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas.

9º) Sin embargo, la alzada no efectuó el examen que la hermenéutica constitucional le exigía en punto a los efectos que

específicamente podía traer aparejada para M. La producción de la prueba en cuestión. Cabe agregar, que según las constancias de la causa nunca se requirió la opinión de la niña que actualmente cuenta con 14 años, pese a que los artículos 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 27 de la ley 26.061, garantizan el derecho de los menores a ser oídos.

Los jueces, para sustentar su decisión, se limitaron a invocar en forma genérica el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen. En realidad, lo que debieron justificar es que se trataba de una prueba que además de beneficiar al progenitor favorecía el interés superior de la niña.

10) Se advierte entonces, que el punto de partida fue equivocado. No eran razones generales vinculadas al derecho a conocer el dato biológico, las que debían sustentar la decisión de llevar a cabo la prueba, sino la demostración de que concretamente para M., ello redundaría en un beneficio más que en un perjuicio.

Tal examen requería reparar en las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el planteo, como por ejemplo que la duda respecto de la identidad de la niña ya había sido introducida. Asimismo, exigía que la menor hubiese podido dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que acarrearía la hipótesis de que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre.

11) De todo lo dicho, cuadra concluir que, la sentencia dictada por la cámara ha tomado una decisión sin atender a las pautas que esta Corte ha determinado al interpretar el artículo 3.1 y 21, párrafo introductorio de la Convención de los Derechos del Niño, mencionada en el artículo 75.22 de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el artículo 321, inciso i, del Código Civil. Es en esa medida que el caso deber ser nuevamente fallado.

Por todo lo expuesto, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

Fdo: Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco (según su voto)- Carlos s. Fayt - Juan Carlos Maqueda (según su voto)- E. Raul Zaffaroni - Carmen M. Argibay.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó el rechazo de la oposición de la actora a la realización de la prueba pericial ofrecida por el demandado reconviniendo en el juicio de divorcio, la vencida dedujo el recurso extraordinario cuya desestimación dio origen a la presente queja.

2º) Que al contestar la demanda de divorcio incoada en su contra, el emplazado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves anteriores a la reconciliación invocada por su parte, que imputó a la actora alegando que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A. M. nacida en el año 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio.

3º) Que para acreditar tal hecho ofreció la realización de la prueba de ADN por el Cuerpo Médico Forense, medida que mereció la oposición de la contraparte y de la Sra. Defensora de Menores ante la alzada, sin perjuicio de lo cual la cámara confirmó la procedencia de su producción, al entender que resultaba conducente a los fines de esclarecer la cuestión debatida, y su resultado sólo podría valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones, sin implicar en modo alguno modificar el emplazamiento del actual estado filiatorio que tenía la menor.

4º) Que en la decisión traída a conocimiento del Tribunal no puede soslayarse una evaluación de las circunstancias que, aunque prima facie parecería adelantar opinión sobre aspectos relacionados con la reconciliación de las partes invocada por el demandado, tiene por fin dar preeminencia a la atención de los intereses primordiales de la menor involucrada que requieren que no se la someta injustificadamente a una prueba que puede dejar una huella psicológica que gravite eventualmente sobre su desarrollo personal.

5º) Que en razón de que el objetivo del demandado, padre de la menor según la partida de fs. 49 del juicio Principal, no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, hecho que puede ser acreditado por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resulta razonable en este estado de la causa pretender realizar una prueba pericial sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que ello podría llegar a producir en la relación de familia.

6º) Que, en esa inteligencia, esta Corte entiende que el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño no puede ser obviado por la aceptación de motivaciones procesales insuficientes para desvirtuar el contenido de una norma que, por corresponder a un tratado internacional incorporado a la Constitución Nacional (conf. art. 75,

inciso 22), debe reconocérsele una jerarquía superior a las propias leyes de la Nación.

7º) Que la solución basada en la prioridad que se asigna a la referida Convención respecto del problema probatorio planteado en la causa, pone de manifiesto la existencia de cuestión federal que autoriza a esta Corte a resolver el problema planteado dando preeminencia al interés superior de la niña, lo que lleva a admitir la oposición a la prueba deducida por su progenitora.

Por ello, oída la Sra. Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal

Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal.//-

Notifíquese y devuélvase.

Fdo.: Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda.

I.- Plataforma fáctica de la causa.

1.- La actora promovió acción de divorcio. El demandado, reconvino en su oportunidad por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves. También, el demandado alegó que pese

haber reconocido voluntariamente a la menor como su hija, ésta no habría sido concebida en el seno del matrimonio con la actora. Para acreditar este último extremo, el demandado ofreció como prueba pericial el examen de ADN de su hija menor a realizarse por el cuerpo médico. A la producción de esta prueba se opuso la actora y la Defensora de Menores.

2.- El Juez de 1º Instancia hizo lugar a la prueba pericial ofrecida por el demandado; y el Tribunal de Alzada (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J) confirmó el resolutorio. Para ello, el Tribunal de 2º Instancia fundó su decisión en el principio de amplitud probatoria que rige la materia, y el derecho personalísimo de la menor de conocer su verdadera identidad. También sostuvo que la producción del examen de ADN de ningún modo implicaría modificar el emplazamiento actual del estado filiatorio de la menor.

3.- Contra la decisión del Tribunal de 2º Instancia, la actora interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria abrió la queja que aquí se comenta.

4.- Los argumentos de la actora quejosa pueden exponerse en dos niveles: el primero de ellos corresponde a aquellos argumentos que cabe señalar como propios de la jurisdicción ordinaria. Los segundos argumentos son los que abren la jurisdicción federal, y son los que interesan puntualmente en este comentario. El “argumento federal” introducido por la actora consiste en la conculcación del art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

5.- En sendos votos, breves pero sumamente criteriosos, el Alto Tribunal hace lugar al recurso extraordinario interpuesto por la actora y rechaza el intento del demandado de producir la prueba de ADN de su hija menor.

II. Una lectura en clave neoconstitucionalista de los derechos del niño.

1.- La resolución del Alto Tribunal bajo comentario contiene varias aristas de suma importancia y que son merecedoras de igual tratamiento. Una de ellas es la compleja problemática conceptual referida a las nociones

“interés superior del menor” y “derecho del menor a ser oído”³.

Otra cuestión de sumo interés es el quiebre que deja traslucir este resolutorio del Alto Tribunal, entre una lectura de los derechos regida por la dogmática clásica y que impera mayormente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria; y una nueva lectura de los derechos que responde puntualmente al paradigma neoconstitucionalista o del Estado Constitucional de Derecho, cuyo modelo viene imponiéndose desde la Corte Suprema de la Nación⁴.

2.- En esta nota me referiré a esta segunda cuestión. Obviamente, mis reflexiones serán puramente especulativas pues el Alto Tribunal no alude al punto expresa ni implícitamente.

³ Ver Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 20.11.89, y ratificada por Ley n° 23.849, promulgada el 16.10.1990. En adelante, aludiremos a la Convención de los Derechos del Niño como CDN. Sobre el concepto del derecho del menor a ser oído, puede verse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “*El Derecho Constitucional del menor a ser oído*”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, “Derecho Privado en la Reforma Constitucional”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pp. 157-187. También puede verse, GROSMAN, Cecilia, “*Significado de la Convención de los derechos del niño en las relaciones de familia*”, en LL. 1993-B-1089; de la misma autora “*La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia*”, en E.D. 107-1011; BIDART CAMPOS, Germán J., nota a fallo “*La aplicación judicial de la Convención sobre los Derechos del Niño*”, en E.D.-150-514.

⁴ Sobre el neoconstitucionalismo, puede verse PRIETO SANCHIS, Luis, “*El constitucionalismo de los derechos*”, en Teoría del Neoconstitucionalismo, Ed Trotta, Madrid, 2007, pág. 213-235. Para la reflexión sobre la ciencia jurídica ante varios modelos teóricos del derecho, puede verse el excelente artículo de SASTRE ARIZA, Santiago, “*La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*”, en Neoconstitucionalismo(s), Edit Trotta, Madrid, 2009, pág. 239-258.

En el voto presidido por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti se destacan dos líneas argumentativas de suma importancia para nuestro propósito. En la primera de ellas, se deslinda y rescata el **interés del niño** como **sujeto de derecho** como un interés autónomo frente a los intereses de terceros⁵. Para luego deducir el **deber de los jueces** – dice “exigirá”- de “justificar” en **“cada caso concreto”** la defensa y protección del interés del menor. Mientras que en el segundo argumento la Corte destaca la “obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las **necesidades** del menor del **mejor modo posible** para la formación de la personalidad”.

Si se lee detenidamente el primer argumento desarrollado en el voto del Dr. Lorenzetti, puede observarse que no se discute que el menor sea **sujeto de derecho**. Respecto de este punto, que el menor es sujeto de derecho, hay coincidencia entre el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y el de la Corte Suprema.

⁵ “En el expediente “S. C. s/ adopción” (Fallos 328:2870) se consideró que la regla del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto”.

Ciertamente, esta coincidencia es obligada desde que el art. 70 y cc. del Código Civil reconoce la existencia de las personas desde antes de nacer.

Ahora bien, según la resolución del Alto Tribunal, el art 3.1. de la CDN⁶ vendría a introducir un ingrediente exógeno y desconocido por la concepción tradicional de la dogmática decimonónica del derecho privado, a la luz del cual se debe modificar la lectura de los derechos del menor. ¿Cuál es este ingrediente?

3.- La respuesta se halla en la dogmática de los derechos fundamentales. El elemento exógeno en cuestión es una “lectura” de los derechos del menor como sujeto de derecho efectuada en clave constitucional. La particularidad de los derechos fundamentales es que -dicho de un modo sumamente genérico y a modo de metáfora-, produce un corrimiento o muda el eje sobre el cual se estructuran y reconocen los derechos fundamentales de los sujetos.

En efecto, la dogmática tradicional del derecho civil ha construido la noción de sujeto de derecho de manera

⁶ Art. 3.1 de la Convención sobre los derechos de los niños, reza: “3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”.

formal; mientras que los derechos jurídicos-positivos por ella concedidos valen sin necesidad de fundamentación moral. Es decir, los derechos jurídicos-positivos valen en la medida en que la norma que los reconoce vale social o jurídicamente, sin necesidad de fundamentación moral alguna⁷.

Por el contrario, y a diferencia de los derechos jurídico-positivos, los derechos fundamentales se caracterizan por tener validez moral y fundamentalidad⁸. Tienen validez moral en tanto son derechos morales; y pueden ser justificados frente a todos en el marco de una justificación racional⁹. El hecho de la positivización de los derechos fundamentales en la Constitución es algo contingente y por la cual se le adosa validez jurídica. Pero ello no va en mengua de su validez moral intrínseca.

Por su parte, el carácter de la *fundamentalidad*, conforme señala Alexy, concierne al objeto de los derechos, los cuales están referidos a la protección y satisfacción de

⁷ Todo ello no era casual, pues el trasfondo ideológico e histórico de las codificaciones decimonónicas respondía centralmente a los valores de la burguesía de la época, entre los que destacaban el orden, la seguridad jurídica y las garantías de la propiedad y de la libertad contractual. Sobre la dogmática del S. XIX, puede verse SOLARI, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado, La Idea Colectiva*, Trad de Oberdan Caletti, Depalma, Buenos Aires, 1946, T. 2°.

⁸ ALEXY, Robert, “*La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático*”, traducción de María Cecilia Añaños Meza, *Revista de Derechos y Libertades*, Año V, 2000, N° 8, pág. 21-41. El autor citado atribuye cinco características a los derechos fundamentales: universalidad, validez moral, fundamentalidad, prioridad y abstracción.

⁹ *Ibidem*.

intereses y necesidades fundamentales. Uno de los intereses o necesidades fundamentales consiste en proteger el marco de la **autonomía personal** del sujeto. El segundo interés o necesidad consiste en proteger al sujeto de la **muerte o padecimiento grave**¹⁰.

En suma, puede decirse que la CDN concede al menor los derechos fundamentales de priorizar su “interés superior”, y el de “ser oído”. Ello es así porque la CDN tiene rango constitucional (cfr. Art. 75, inc. 22, *in fine* de la CN). Pero además, porque tales derechos reconocidos en la CDN tienen validez moral y son fundamentables. El maestro italiano Luigi Ferrajoli, desde la filosofía política, ha expuesto claramente la validez moral de estos derechos como **“leyes del más débil”**¹¹. Por último, tales derechos son fundamentables en tanto protegen la autonomía personal del menor como su interés más relevante. En la

¹⁰ ALEXY, Robert, “*La institucionalización de los derechos humanos...*”, cit. En la nota a pie de página n° 13 del artículo en comentario, el autor alemán señala continúa diciendo: “esta definición une elementos de la teoría de la voluntad (cfr Savigny...), con los de la teoría del interés (cfr Jhering...). A la primera se le adscribe el núcleo esencial de la autonomía, a la última, la muerte y el sufrimiento grave. **Ambas están abovedadas en un concepto amplio del interés, pues es posible admitir que los seres humanos no sólo tienen un interés en determinados objetos o situaciones, como la vida o la evitación del sufrimiento, sino también un interés en determinar por sí mismos qué es lo que les interesa. La autonomía es, por tanto, un interés de nivel más alto**”

¹¹ Cfr el aut cit, “los derechos fundamentales son siempre leyes del más débil contra la ley del más fuerte. ...Son derechos de los individuos que sirven para protegerlos también –y se diría que sobre todo- contra sus culturas e incluso contra sus familias: que protegen a la mujer contra el padre o el marido, al menor contra los padres, en general a los oprimidos contra sus culturas opresivas. Tómese el ejemplo de la clitoritomía o de las prácticas de segregación impuestas por los talibanes”, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y galantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

primera línea argumentativa del voto del Dr. Lorenzetti se rescata, a mi criterio, el carácter infundamental del derecho del menor con las modalidades descriptas.

Ahora bien, según la dogmática de los derechos fundamentales, éstos son principios. Los principios “*son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”¹². De ahí que se denomine a los principios como mandatos de optimización. Es decir, mandatos que ordenen optimizar en la mayor medida posible el contenido del derecho fundamental según las circunstancias del caso concreto¹³. El carácter de mandato de optimización de los principios constitucionales es precisamente el argumento que se pone de relieve en la segunda línea argumentativa del voto del Dr. Lorenzetti antes referida. En ella, el Alto Tribunal rescata la “obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del **mejor modo posible** para la formación de la personalidad” de la menor.

4.- En resumen, si se comparan las dos líneas argumentativas extraídas del voto del Dr. Lorenzetti, con

¹² ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 86.

¹³ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, pág. 86 y ss. PRIETO SANCHIS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Edit. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 54 y ss.

los argumentos expuestos por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y que han sido reseñados en los considerandos del fallo del Alto Tribunal, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a.- La argumentación de la Cámara de Apelaciones en lo Civil responde al paradigma de la dogmática del derecho privado decimonónica. Ello es así porque si bien considera a la menor como sujeto de derecho aunque solamente en sentido formal –refiere al derecho personalísimo de la menor a conocer su origen- desconoce palmariamente el art. 3.1. de la CDN y, por ende, no se pregunta por el interés superior de la menor en el caso concreto, de carácter fundamental. Como consecuencia, además de violentar la garantía constitucional de la menor, termina por considerar a ésta como objeto de protección, y no como un sujeto débil con un interés jurídico relevante necesitado de resguardo legal, tal como debió ser.

b.- La invocación por la Cámara del argumento basado en el “principio de la amplitud probatoria” para rechazar los agravios de la actora es en principio válido. Pero si la Cámara hubiese considerado la concurrencia del derecho fundamental de la menor, habría tenido que resolver la tensión entre ambos principios constitucionales

al hilo de un juicio de ponderación. El resultado, en ese caso, habría sido el mismo al que se arribó en el voto presidido por la Dra. Elena Highton de Nolasco, y que integra el fallo en comentario.

c.- En síntesis, el Tribunal a-quo ha obviado el tratamiento del problema que traía aparejado la concurrencia en el caso del derecho fundamental de la menor. Si bien la Cámara considera a la menor como sujeto de derecho, ello lo hace de manera formal y según los cánones de la dogmática clásica. Lo paradójico de todo ello es que la resolución de la Cámara, teniendo en cuenta las premisas del paradigma de la dogmática tradicional por ella adoptada, es acertada. Pero obviamente, no lo es si se la analiza a la luz del paradigma neoconstitucionalista del Derecho.

Las dos líneas argumentativas rescatadas del voto del Dr Lorenzetti demuestran claramente una lectura distinta de los derechos de los menores a la efectuada por la Cámara a-quo. La “hermenéutica constitucional” impresa en este voto responde centralmente a las premisas de la dogmática de los derechos fundamentales. Veamos:

1.- En el primer argumento del voto del Dr Lorenzetti, se rescata del art. 3.1 de la CDN el **“interés**

superior del menor” como un objeto de protección jurídico distinto a los intereses de los terceros. Luego, en el segundo argumento, impone el deber de “optimizar” en la **mayor medida posible** tal interés del menor.

Como se advierte, el recorrido argumental del voto comentado es claramente diferente al del Tribunal a-quo. La Corte comienza advirtiendo la concurrencia de un derecho fundamental en el caso a decidir; para luego interrogarse por la naturaleza del objeto del derecho fundamental en cuestión. Finalmente, impone optimizar el interés o necesidad que vertebra el derecho fundamental en la mayor medida posible.

La Corte anuncia el quiebre de paradigmas entre ambas resoluciones de manera firme, y hasta casi a modo de reproche para el Tribunal a-quo. Dice puntualmente: “Sin embargo, la alzada no efectuó el examen que la hermenéutica constitucional le exigía en punto a los efectos que específicamente podía traer aparejada para la menor la producción de la prueba en cuestión”. Y continúa más adelante: “Los jueces, para sustentar su decisión, se limitaron a invocar en forma genérica el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen. **En**

realidad, lo que debieron justificar es que se trataba de una prueba que además de beneficiar al progenitor favorecería el interés superior de la niña”¹⁴.

Bien podría decirse que la Corte impone en esta resolución **“tomar en serio”¹⁵** el derecho de los menores. Sin duda, la enseñanza que deja el fallo del Alto Tribunal en comentario, debe ser extensiva para todos los asuntos en los que estén controvertidos los derechos fundamentales. Y ello debe ser así, a pesar de que para muchos de los operadores jurídicos pueda resultar extraña la hermenéutica constitucional y la dogmática de los derechos fundamentales¹⁶.

¹⁴ Más adelante, continúa señalando el voto del Dr. Lorenzetti “Se advierte entonces, que el punto de partida fue equivocado. No eran razones generales vinculadas al derecho a conocer el dato biológico, las que debían sustentar la decisión de llevar a cabo la prueba, **sino la demostración de que concretamente para la menor ello redundaría en un beneficio más que en un perjuicio**”.

¹⁵ La obra del autor americano, Ronald Dworkin es señera para el paradigma neoconstitucionalista. Ver DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Edit. Ariel, Barcelona, 1999. Sobre la obra de R. Dworkin puede verse GARCIA FIGUEROA, A Alfonso, *Principios y Positivism Jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

¹⁶ La diferencia entre los modelos hermenéuticos utilizados por la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Constitucional, no es exclusiva de nuestro país. Tal problema se presenta también en España y Alemania. Al respecto, puede verse ESTRADA, Alexei Julio, *“Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”*, en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Ed Trotta, Madrid, 2007, pág. 121-157.

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