



REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACION

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

REVISTA N° 4 –AÑO II

DIRECTORES

Marcelo Daniel De Laurentis
Alicia Beatriz Rajmil

SECRETARIA TECNICA

Natalia Corina Bacigaluppo

COMITÉ DE REDACCIÓN

Enrique Jorge Arévalo
Mónica Rosana de Dios
Roberto Augusto Lucero Eseverri
Pedro Eugenio Marzuillo

COMITÉ REFERATO

María Isolina Dabove
Pedro Federico Hooft
Luis Rogelio Llorens

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 Oeste Teatro el Círculo, Ciudad de Rosario (Autoría IDeI)

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

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

Miembro Honorario

Luis Rogelio Llorens



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

Consejo Directivo

Presidenta

Analía Teresa Lamas

Vicepresidente

Jorge Ramón Borsani

Secretario

Eduardo Alberto Vercelli

Pro-Secretaria

Patricia Lilian Paredes

Tesorera

Alicia María Carbonari

Vocales Titulares

Graciela Pelosso

Carlos Álvaro Gómez Tomei

Andrés Gustavo Brelich

Nanci Elisabet Franceschina

Raúl Angel González Theyler

Iván Dekanty

Vocales Suplentes

Noemí Teresita Cuellar

Luis Eduardo Cellini

Gustavo Adrián Bellón

María Florencia Brunelli

Patricia Elena Manti

Síndicos de la Caja Notarial

José Alejandro Aguilar

Gabriel Gustavo Barat

SUMARIO

Volumen 1 – N° 4 – Septiembre Año 2010

I Editorial.....pág. 1

II Doctrina

Capacidad y Discernimiento.

Criterios para evaluar el discernimiento
del otorgante del Acto Jurídico.....pág. 7

Esc. Luis Rogelio Llorens

Concurrencia del perito en el
Documento Público Notarial.....pág. 43

Not. Leonardo B. Pérez Gallardo

Fideicomiso de Administración en miras
de mejorar la calidad de vida.....pág. 103

Not. Roberto A. Lucero Eseverri

Not. Héctor Ricardo Pozzi

III Legislación

Ley 14.154.....pág. 137

Reconocimiento legislativo al Registro de
Autoprotección de la Provincia de Buenos Aires.

(Ley 14154).....pág. 147

Esc. Enrique Jorge Arévalo

IV Jurisprudencia

Fallo del Juzgado en lo Criminal y Correccional

Nro. 1 de Transición de Mar del Plata.....pág. 153
(Fecha: 25/07/2005)

Directivas Anticipadas. El caso “M” en la jurisprudencia.

Presentación del caso. Síntesis de los hechos. Breves

reflexiones jurídico constitucionales y bioéticas..... pág. 201

Dr. Pedro Federico Hoofft.

V Jornadas y Congresos

XIV Jornada Notarial Iberoamericana pág. 215

I Congreso Internacional sobre Discapacidad

Fundación Æquitas.....pág. 245

VI Pautas de presentación..... .pág. 267

EDITORIAL

La legislación vigente, la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país dan cuenta hoy de los grandes cambios jurídicos y sociales producidos respecto de la condición de las personas en situación de vulnerabilidad. Los nuevos paradigmas reconocen el ejercicio igualitario de los derechos a todos los seres humanos, más allá de sus circunstancias, y promueven su participación y protagonismo en los asuntos que les conciernen. El concepto de ajustes necesarios y el régimen de apoyos que propicia en tal sentido la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no dejan lugar a dudas del rol que le compete al Derecho, cualquiera sea el ámbito en que opere.

La función social del escribano lo enfrenta a nuevos desafíos. El notario debe adecuar a los nuevos paradigmas la instrumentación de los actos que diariamente le son requeridos. En este ámbito, adquiere real trascendencia su labor artesanal y personalizada. Debemos avanzar, pues, en la adopción de nuevos criterios y en la búsqueda de estrategias que aseguren su vigencia. Pero dicha tarea reclama máxima prudencia en pos de garantizar los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad sin que ello importe un deterioro para la seguridad jurídica.

La presente publicación, a través de sus diferentes secciones, pretende dar cuenta de los cambios operados en el sentido indicado. En los trabajos expuestos en este número, desde variada óptica jurídica, se abandona la tradicional y tajante distinción entre personas capaces e incapaces y se apela a nuevos conceptos, fundamentos y herramientas para allanar el camino emprendido. Dos acontecimientos notariales de repercusión internacional reconocen en sus conclusiones los nuevos paradigmas. La jurisprudencia, a través del análisis de un fallo señero en el tema de autoprotección vinculado con el respeto a la cabal y fehaciente voluntad de la persona, nos señala igual camino. Una nueva ley de la provincia de Buenos Aires avanza en el reconocimiento legislativo del Registro de Autoprotección que, desde el colegio notarial de dicha provincia, se erige como garante de los derechos fundamentales de las personas. En diferentes provincias argentinas funcionan los Registros de Autoprotección, creados por los colegios de escribanos en ejercicio de legítimas atribuciones legales

Los temas presentados imponen un debate serio, dinámico y permanente que permita encuadrar sus fundamentos jurídicos y filosóficos en los nuevos principios del Derecho y en la práctica cotidiana de sus operadores. En este espacio aspiramos a contribuir humildemente a dicho debate y a asumir nuestra responsabilidad en la protección y vigencia de los derechos fundamentales de todos, y especialmente los de aquellas personas que por diferentes circunstancias

EDITORIAL

requieren una mayor protección jurídica para ejercerlos en igualdad de condiciones, oportunidades y trato.

Alicia B. Rajmil

Directora del IDeI

DOCTRINA

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURÍDICO

Luis Rogelio Llorens¹

Resumen

Nuestra tradición jurídica ha considerado adecuadamente la importancia y la trascendencia que brinda la institución notarial tanto para la protección de un tráfico jurídico ágil y seguro como para la protección de los propios contratantes.

De tal manera, la doctrina y la jurisprudencia han velado por dichos valores exigiendo del notario una actuación acorde a esos postulados.

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

Hoy asistimos a un cambio de paradigmas en el que - sin abandonar estos valores - la sociedad es más exigente en cuanto al respeto de cada uno de los seres humanos, más allá de sus diferencias. Ese respeto se debe manifestar, precisamente, desde el reconocimiento de las diferencias y, más aún, frente a ellas.

Este cambio de paradigmas exige del notariado una nueva postura que - sin abandonar sus valores tradicionales - respete acabadamente los derechos de todas las personas.

Palabras clave:

Capacidad – Discernimiento – Discriminación – Incriminación
– Salud Mental – Persona en situación de riesgo.

Abstract:

Our legal tradition has adequately considered the importance that our notary institution offers, not only to protect a safe and quick legal trade, but also to protect the contractors themselves.

Thus, doctrine and jurisprudence have taken care of those values and have demanded the notary public to work according to those principles.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

Nowadays, we are witnessing a change of paradigms, without leaving those principles aside. Society is more demanding in regard to the respect of each human being, despite their differences. This respect must be shown, precisely, in the acknowledgement of those differences.

This change of paradigms requires that the notary should have a new attitude that, without leaving those principles aside, completely respects everybody`s rights.

Key Words:

Ability - Judgement - Discrimination - Incrimination - Mental Health - A person at risk

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. 2. CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. 3. DISCRIMINACIÓN E INCRIMINACIÓN. 4. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL NOTARIO DE VERIFICAR EL DISCERNIMIENTO DE LOS OTORGANTES. 5. EL NOTARIO Y EL CERTIFICADO MÉDICO DE SALUD MENTAL. 6. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE RIESGO EN EL DERECHO PENAL. 7. CONSECTARIOS. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN.

Durante los días 10 y 11 de junio de 2010 tuvo lugar en ámbitos del Honorable Senado de la Nación el I Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, dedicado a la capacidad jurídica y al análisis del impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a nivel nacional. Nuestro país adhirió a dicha convención por Ley 26.378 del año 2009.²

Siguiendo el esquema trialista de las enseñanzas de Werner Goldschmidt podemos afirmar a partir de la experiencia de dicho congreso y desde la esfera de *los valores*, que existe consenso acerca de la existencia de un nuevo paradigma.

Ese nuevo paradigma traslada y adecua a la esfera de las personas con discapacidad los derechos que surgen de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, vigente ya en la mayoría de los países desde hace algunas décadas.³ Ellos consisten, sucintamente, en el derecho al respeto de la voluntad y al ejercicio de la libertad de las personas con distintas discapacidades, incluidas las que importan deficiencias mentales o intelectuales (por falta de madurez en los niños y por otras falencias en los mayores); respeto que se ha de manifestar en

² Se contó con la presencia de numerosos ponentes de otros países latinoamericanos como Uruguay, Chile, México e importantes delegaciones europeas como la española. También fue notoria la presencia de numerosos concurrentes del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (2da. Circunscripción – Rosario).

³³ Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 29/11/1989. Aprobada por la Rep. Argentina por ley 23.849, tiene jerarquía constitucional conforme con el art. 74 inc. 22 de la Constitución Nacional.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

la obligación de escucharlos, de tener en cuenta sus deseos y de permitirles el cumplimiento de las decisiones en la mayor medida posible.

Se elimina así el criterio de la sustitución de la voluntad de estas personas en miras de una dudosa protección, criterio que las transformaba de sujetos de derecho a objetos de atención del derecho. Se propugna ahora la creación de sistemas de salvaguardia para conferirles los apoyos necesarios para la actuación propia en la mayor medida posible.

En lo atinente al ámbito *legal*, también hubo consenso en que en todos los países que adhirieron a esta convención ella se encuentra vigente ipso iure, sin necesidad de la reforma de los regímenes de cada país. En tal sentido se apeló a la mayor jerarquía de los tratados internacionales por sobre las leyes internas, a la imposibilidad de los Estados parte de invocar sus normas para denegar la aplicación de los tratados internacionales y al principio según el cual las disposiciones posteriores derogan a las anteriores.

Desde esta óptica, muchos ponentes hicieron referencia a que, sin embargo, se torna necesario – para una mayor claridad legislativa – la modificación de los regímenes internos, con especial cita de la legislación española, de la mexicana y de la argentina.

En general, se plantearon también las dificultades existentes para que tanto los legisladores como los funcionarios judiciales y los del poder administrador comprendan la trascendencia de los cambios de paradigmas. No es suficiente con un cambio terminológico que sólo dé mejor apariencia al mismo régimen existente y a las resoluciones tradicionales. Se sostuvo así que es imperioso un cambio que trasunte en la práctica el cambio sustancial al que aludimos al inicio.

Llevada así la cuestión desde *al ámbito sociológico*, nuestra opinión apuntó a señalar que la aplicación de los nuevos conceptos se ha de ir imponiendo a medida que ellos sean – poco a poco – comprendidos y aceptados por la sociedad toda. Así como los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño fueron receptados sólo a través de los años, la misma evolución es esperable con la nueva convención.

Afirmamos entonces, siguiendo al poeta, que el camino se hace al andar y que, por ende, si hay consenso en que las normas de la convención son de aplicación concreta y actual en todos los países adherentes, más allá de la necesidad y conveniencia del ajuste de las normativas internas, es menester emprender ya con coraje el camino de su aplicación en la actividad diaria.

Citamos, como se verá, un reciente fallo, novedoso en mucho de sus aspectos, de la Cámara Nacional en lo Civil en un caso en que se cuestionó la validez de un testamento. En dicho fallo – si bien no se

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

invocó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – se aplicaron sus principios. Nos inclinamos a afirmar que quizás, la aplicación de estos principios se debió a que ya existe una internalización en los jueces de los principios similares de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Por estos motivos, nuestro aporte a tal congreso tuvo por fin destacar, por un lado, una problemática cotidiana y compleja en todas las notarías del país y, por el otro, la búsqueda de aportes para su solución desde la óptica de los nuevos paradigmas incluidos en la convención. Tal problemática es la del análisis que debe efectuar el notario acerca del discernimiento de las personas que requieren el otorgamiento de una escritura pública o de cualquier otro acto notarial antes de su autorización.

Todos los notarios con algunos años de ejercicio de la profesión recordamos casos en los que nos hemos enfrentado a situaciones dilemáticas ante personas que podían exhibir conductas extrañas o en las que observábamos lentitud de raciocinio u otras falencias.

Dicho esto sin olvidar que esta problemática del análisis de la salud mental de las otras personas con quienes tratamos la debemos enfrentar todos, en mayor o menor medida, durante el transcurso de la vida diaria. Así, todo funcionario judicial que recibe una declaración testimonial, una audiencia de absolución de posiciones, una audiencia indagatoria, o la que fuere, siempre ha de plantearse esta cuestión, pues

no debería tomarla en caso de evidentes trastornos psíquicos del testigo, del absolvente, etc. Igual ocurre en el ámbito administrativo, por ejemplo en la mesa de entradas de una oficina pública, en quien atiende un llamado telefónico por una emergencia, o en cualquier otro que imaginemos.

Partimos de la postura de que los derechos fundamentales que hacen a la dignidad de cada persona son preexistentes a ese reconocimiento, sin desconocer por ello la importancia de su reconocimiento normativo. Así, los derechos que describe la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no emanan ni de una norma, ni de un certificado, constancia o inclusión dentro de un régimen burocrático determinado. Le pertenecen inalienablemente a la persona en su calidad de tal.

Por tal motivo, concebimos también como punto de inicio de nuestro análisis el hecho de que más allá de la función que ejerza quien trata con una persona que adolece en forma transitoria o definitiva de alguna limitación intelectual (como así también más allá de la conveniencia o no de la apertura de un régimen de protección) es responsable, al igual que las autoridades y todos los demás, de no adoptar unilateralmente decisiones ("salvaguardias") que no cumplan con la manda de respetar "los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, (...) que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. (...) Las salvaguardias serán proporcionales

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas." (Art. 12, inc. 4º).

2. CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO .

La ciencia jurídica describe con relación a las personas mayores dos situaciones: 1) La de aquella que padece determinadas limitaciones intelectuales y que para su protección se halla sometida a un régimen legal según el cual encuentra disminuida su capacidad de actuar por sí misma o necesita actuar con determinados apoyos (régimen de capacidad); y 2) otra, cuando la persona sufre disminuciones o limitaciones que le impiden - o al menos le dificultan - el otorgamiento de un acto jurídico sin que se haya abierto dicho régimen de protección. Se trata de la eventual existencia de uno de los vicios del consentimiento del acto jurídico: El de falta de discernimiento en el otorgante.

La falta de terminología apropiada que distinga los dos supuestos es fuente de confusiones, pues la capacidad de obrar es una categoría jurídica mientras la existencia de discernimiento y sus grados es una cuestión de la naturaleza que el operador jurídico debe considerar.⁴

⁴ Según ZANNONI, E. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Astrea, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 2004, pág. 243: "He aquí la fuente inicial de equívocos. Cuando se alude al demente (en la terminología del cód. civil argentino), no necesariamente se está aludiendo a quien,

El primer caso se encuentra en pleno análisis y desarrollo en la ciencia jurídica a partir de una evolución que culminó con la sanción del citado art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Este trabajo apunta al análisis de la segunda de las situaciones (personas con deficiencias intelectuales sin apertura de régimen de protección o apoyo) en su vinculación con la labor notarial, cuestión que se encuentra desatendida: ¿Cuál es, a la luz de la citada convención, la obligación del notario ante tal persona que quiere celebrar un acto jurídico? ¿Siguen vigentes los criterios tradicionales con los que se ha manejando hasta hoy el notariado?

3. DISCRIMINACIÓN E INCRIMINACIÓN.

Para introducirnos en la contestación de dichas preguntas, previo es necesario efectuar algunas aclaraciones terminológicas acerca de los vocablos “*discriminación*” e “*incriminación*”.

jurídicamente, se presume en estado de demencia; también puede referirse a quien de hecho sufre, en forma permanente o transitoria, de una alteración psíquica que le impide asumir un estado de idoneidad para entender y para querer". Según Llambías (autos "*M. de H. de A., M. L. y otros c. R., A. y otros*", CNCiv, sala A, septiembre 20-1960, LA LEY, 101-232). "Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión "incapacidad natural" o "incapacidad accidental", pues tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces". Ver: LLORENS, L. "*La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?*" En La Ley 2007-E, pág. 1106-1118:

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

En este punto coincidimos con la postura de Bergman, para quien "(...) la discriminación es necesaria como acción de separar, distinguir y diferenciar entre entidades o situaciones a partir de la capacidad de discernimiento, asignándole a esta acción valoraciones que pueden ser negativas o positivas (...) Sin una discriminación como acción del discernimiento, no hay registro de la diferencia. Luego a esta diferencia se le asignará una valoración, sea ésta positiva o negativa", quien prosigue: "El desafío es discriminar a otro para darle existencia al registrarlo como un prójimo. La reparación es abandonar la incriminación del grupo como un todo en el prejuicio para pasar a someter a los individuos a un juicio donde, como inocentes, sean reincorporados a la sociedad, o bien como culpables, castigados y separados, procesándolos en el marco de la ley (rectius: el derecho)".⁵

Para el mismo autor "Incriminar es acusar a alguien por un delito o imputación, que impone una culpa por la que, sin necesidad de juicio, se asume prejuzgada en una precalificación que sentencia al

⁵ BERGMAN, S. *Celebrar la diferencia - Unidad en la diversidad*. Ediciones B, 1ra. ed., Buenos Aires, 2009, págs 220/1 y pags. 232/3. Esta autor utiliza la primera acepción de "Discriminar": "Separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra" y no la secundaria, hoy tan en boga: "Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc." (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. RAE, Vigésima Edición, Madrid, 1984). En la última edición del mismo diccionario (vigésimo segunda) se ha sustituido la primera acepción por la similar de "seleccionar excluyendo". También se debería considerar el verbo "segregar", que según la vigésima segunda edición del diccionario citado significa: 1. Separar o apartar algo de otra u otras cosas. 2.. Separar y marginar a una persona o a un grupo de personas por motivos sociales, políticos o culturales ..."

acontecimiento, individuo o grupo como culpable de un crimen"⁶, quien agrega: "Los atributos de la incriminación se detectan porque son categorías de prejuicio, rígidos moldes uniformes, y sentencias negativas preformadas, con los que se inviste a una persona o grupo que, como categoría, son inculpados. El prejuicio en la incriminación es una condena".⁷

Las precisiones precedentes se fundamentan en la necesidad de resaltar que en muchísimos casos, en la actualidad, se utilizan los derivados del verbo "discriminar" de manera imprecisa. Como ese uso impreciso o erróneo se produce también en disposiciones normativas, conlleva a graves confusiones: Lo que persiguen normas tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer no es que no se aprecien las diferencias de la mujer frente al hombre, que no se la distinga o diferencie por sus aptitudes o cualidades (por ejemplo de madre), sino que no se la inculpe o segregue mediante "prejuicio, rígidos moldes uniformes, y sentencias negativas preformadas".

⁶ BERGMAN, S. ob. cit. pág. 219.

⁷ BERGMAN, S. ob. cit. pág. 228. Para la Real Academia Española, ob. cit. "incriminar (...) Acriminar con fuerza o insistencia. 2. Exagerar o abultar un delito, culpa o defecto, presentándolo como un crimen".

4. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL NOTARIO DE VERIFICAR EL DISCERNIMIENTO DE LOS OTORGANTES.

La exigencia de que el notario analice el discernimiento de los otorgantes sólo surge en la ley argentina de manera indirecta.

El codificador civil de 1870 en la nota al art. 993 consignó: "Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contra", para agregar en la nota al art. 3616: "El estado de demencia como un hecho puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, *pues que los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan*. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas".

Para fundar dicha obligación generalmente se recurre erróneamente al art. 1001 del Código Civil, que sólo expresa que "La escritura debe consignar (...) de las personas que la otorguen, si son mayores de edad, su estado de familia (...)".⁸

⁸ Idem Cód. Civil Paraguay, art. 394: "La escritura pública debe expresar: a) los nombres y apellidos de las partes, su estado civil, si son mayores de edad, su nacionalidad y domicilio; b)

Si bien allí no se hace referencia alguna a la lucidez mental del sujeto, deduce la doctrina y la jurisprudencia en general que la ley le impone al autorizante la obligación de analizar no sólo si son "mayores de edad", esto es su capacidad en razón de la edad y en razón del estado de familia, sino también su "capacidad natural"⁹ o "competencia"¹⁰, esto es, su discernimiento.

Una antigua opinión la encontramos en el dictamen del Dr. Mariano Castellanos, Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que ésta hace suyo, ante una consulta del escribano Desiderio Chafaen: "Desde que el Escribano abriga sospechas, que se supone fundadas, sobre el estado de las facultades mentales de la persona que intenta otorgar una escritura pública, debe abstenerse de extenderla; y no está autorizado para ordenar reconocimientos médicos con el propósito de constatar de un modo auténtico que el interesado está en condiciones de contratar. *El juicio relativo al estado de las facultades mentales de una persona corresponde*

..." (Colección: *Legislación Paraguaya. Edición: 1995. Código Civil Paraguayo*. Intercontinental Editora. 6º Ed. Asunción. Febrero 1995. Pág. 64). Distinto: Cód. Civil Brasil: "Art. 134. (...) II.- (...) 1º A escritura pública (...) deve conter: (...) b) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato; ..." (NEGRAO T. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 14º edición actualizada al 19 de enero de 1995. Ed. Saraiva. Sao Paulo 1995).

⁹ Se trata de una expresión harto imprecisa (ver nota 3).

¹⁰ Más allá de las críticas a la utilización del vocablo "competencia" por su utilización con distinto sentido en otras ramas del derecho (p.ej. procesal: "competencia territorial" o "competencia en razón de la materia") debemos también destacar que esta nueva utilización del vocablo "competencia" (originada en la bioética) conforme con la doctrina más moderna es un sinónimo de "capacidad de hecho". Esta última doctrina moderna reserva "capacidad de hecho" para las cuestiones patrimoniales y "competencia" para las extra patrimoniales. Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "El derecho del niño a su propio cuerpo" en *Bioética y Derecho*. BERGEL S.(Coord.) y MINYERSKY, N.(Coord.) Rubinzal Culzoni Editores, 1ra. ed., Santa Fé, 2003, pág. 108 y ss.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

seguirse ante Juez competente y por parte interesada", quien continúa: "La ley (...) dispone que, cuando al Escribano se le presente para intervenir en el otorgamiento de una escritura una persona que él no conozca (se refiere a la redacción originaria de los arts. 1001 y 1002 del Código Civil y a la fe de conocimiento, hoy reemplazada por la obligación del notario de individualizar a los otorgantes) "no haga ni reciba" la tal escritura; y al caso consultado puede aplicársele *por analogía* la misma disposición".¹¹ Creemos que este dictamen es el que marcó el inicio de un camino que hoy debemos juzgar erróneo.

En similar sentido señala Paz: "Prescribe también la ley, que se haga constar si los otorgantes "son mayores de edad", a fin de que surja de allí su capacidad, ya que en nuestro código la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción (art. 52°). Con todo, la capacidad no deriva sólo de la edad, y en el caso de que el escribano notara que, a pesar de su mayoría de edad, el que pretende otorgar la escritura es incapaz, por otros motivos, demencia, p. ej., puede y debe negarse a otorgar la escritura".¹²

Viterbori explica que "En nuestro país, el código civil y las leyes notariales en general no incluyen reglas destinadas a mencionar la

¹¹ *Acuerdos y sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*. Tomo I, Tercera Serie. Imprenta Europea, 1ra. ed., Buenos Aires, 1886, pág. 375/6.

¹² PAZ, J. M. *Derecho notarial argentino*. Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1ra. ed., Buenos Aires, 1939, nro. 367, pág. 197-198. Sin duda, este autor se refiere en estos párrafos, a la "capacidad natural" o mera aptitud de discernimiento.

capacidad de los otorgantes en las escrituras públicas"¹³ Distingue luego "dos clases de capacidades: a) La *natural* del sujeto en cuanto al inconsciente tanto accidental (ebrio, morfinómano, etc.), como al permanente (loco, idiota, etc.) (...) b) la *legal* o jurídico, (...) cuya subdivisión en "de derecho" y "de hecho" es ya conocida."¹⁴

Agrega que "Si bien no cabe duda de que el notario da fe únicamente de hechos que pasan en su presencia, que son *de visu et auditu suis sensibus* y que el juicio de capacidad se exterioriza en una opinión técnica plasmada o no en el texto documental, no podemos dejar de reconocer que tal juicio, que tiene lugar a priori del documento, para que integre los demás elementos que darán nacimiento a éste, está subsumido en la comparecencia a la que hace viable y garantizado además, en cuanto a la capacidad natural (...) en el otorgamiento, en el momento del consentimiento (...)"¹⁵, lo que lo lleva a concluir que "La omisión del juicio de capacidad, o la apreciación irregular de la misma por el notario, importa una alteración del orden jurídico y (...) que el caso encuadra en la alteración de una norma extracontractual (...)"¹⁶

En un trabajo posterior a la sanción del decreto-ley 9020/1978 (Ley Orgánica del Notariado de la Provincia de Buenos Aires), el mismo Viterbori entiende que "de la concordancia de los arts. 35, inc. 4,

¹³ VITERBORI, J. "El juicio de capacidad en las calificaciones del notario (Omisión y Responsabilidad)" en Revista notarial no. 813, 1974, pág. 259-283.

¹⁴ Ob. cit. pág. 263.

¹⁵ Ob. cit. pág. 265.

¹⁶ Ob. cit. pág. 282.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

con el art. 136, ahora es necesario hacer la mención documental de tal juicio de valor. La doctrina divide la capacidad en natural, de derecho y de hecho y la norma que examinamos no hace distinciones".¹⁷

Según el art. 35 del Decreto-Ley 9020 de la Provincia de Buenos Aires: "Son deberes del notario: (...) 2. Asesorar en asuntos de naturaleza notarial a quienes requieran su ministerio. 3. Estudiar los asuntos para los que fuere requerido en relación a sus antecedentes, a su concreción en acto formal y a las ulteriores legalidades previsibles. 4. Examinar con relación al acto a instrumentarse, la capacidad de las personas individuales y colectivas, la legitimidad de su intervención y las representaciones y habilitaciones invocadas.". Por su parte, el art. 136, inc. 4 obliga al notario a "Hacer las menciones y calificaciones que en razón del cargo, de la naturaleza del acto, de la clase de documento y de las disposiciones legales, sean necesarias para producir válidamente los efectos propios de su intervención".

Por nuestra parte creemos que si el notario no hace referencia expresa a la "capacidad" o al "discernimiento" del otorgante, el hecho no influye en la producción válida de los efectos propios del acto, pues para ello, la inobservancia de ese recaudo debería ser expresa y sancionada con la nulidad del acto. Opinamos que esta omisión en nada afecta la calidad de su labor.

¹⁷ VITERBORI, J. 'El documento notarial en la ley 9020' en Revista notarial no. 837, 1978, pág. 271.

Tampoco Trigo Represas comparte la posición de Viterbori. Expone que "Igualmente se ha sostenido en alguna oportunidad, que el escribano debe además emitir juicio sobre la capacidad de los otorgantes de una escritura pública, ya que la capacidad es un requisito para la validez del negocio instrumental y el juicio de capacidad integra entonces el contenido intelectual y hace a la autenticidad interna del instrumento, por ser presupuesto de su validez. Y al ser éste autorizado por el notario, ello hace presumir que el mismo evaluó los elementos constitutivos de la capacidad de los sujetos intervinientes y que su juicio fue favorable para el ingreso de ellos al documento (...) Creemos, no obstante, que ello no resulta del art. 1001 del C. Civil, que sólo exige que se exprese si las partes son mayores de edad lo cual, a mayor abundamiento, por sí solo no implica tampoco necesariamente, que aquéllas sean "capaces de hecho" (art. 54, inc. 3º, 140 y ss. del C.Civil). Por todo ello, en principio y, salvo que fuese notoria y manifiesta a simple vista la incapacidad del compareciente, no participamos del criterio expuesto".¹⁸

Por su parte, Alberto J. Bueres, al hablar de la fe de conocimiento¹⁹, dice: "Queda fuera del significado lo atinente al estado de familia, capacidad, estado mental, etc. del individuo", y en nota

¹⁸ TRIGO REPRESAS, F. "Responsabilidad civil de los escribanos de registro" en Revista notarial no. 845, págs. 1270-1271.

¹⁹ Hoy sustituida por el deber de justificar la identidad previsto en el art. 1.002 del cód. civil argentino según ley 26.140 que eliminó la obligación del escribano de "dar fe de que conoce a los otorgantes" prevista en el anterior art. 1.001. De esta manera es aún más difícil vincular esta última norma con el deber del notario de analizar el discernimiento de los otorgantes.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

agrega: "La CNCiv, Sala B, 23/7/81, ED, 95-380, en un caso en que se declaró la nulidad de un testamento por alteración de las facultades mentales del causante - de resultas de lo cual formularon una pretensión los legatarios -, decidió que no había responsabilidad civil del escribano en vista de que la dación de fe no involucra el discernimiento o el estado mental del otorgante. Sin embargo, estimamos que si el notario autoriza el acto *sabiendo* que el otorgante es un incapaz de discernimiento, es evidente que procede con dolo (art. 1072). Y esa deficiencia *pudo ser de su conocimiento* -o de su *previsión*- actuará con culpa (arts. 512 y 1109). En tal caso, rigen los preceptos de la responsabilidad aquiliana respecto de terceros (legatarios y sucesores universales). Nos apresuramos a resaltar que no juegan las normas de los arts. 503 y 1195 ..."²⁰

Señalamos, por nuestra parte, que la obligación del notario de verificar la lucidez mental del otorgante se da casi siempre por descontada, sin que exista texto legal alguno expreso en ese sentido. Desde la consulta formulada en el siglo XIX a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que ya hemos citado; hasta fallos recientes,²¹ faltan las citas de normas precisas al respecto.

²⁰ BUERES, A. *Responsabilidad civil del escribano*. Hammurabi, 1ra. ed., Buenos Aires, 1984, Cap. IX, pág. 103.

²¹ Ver, por ejemplo: Cámara Civil y Com. Morón, Sala II, 8/6/1999. B. G. de C., E. c/ S., O. R. y otro. S/nulidad acto jurídico/escritura pública. En La Ley Buenos Aires, tomo IV, 2000, pág. 500. y en Revista notarial no. 936, 2000, pág. 634-651.

Se trataría de una cuestión obvia, sin duda porque la razón más importante es la obligación del notario en el ejercicio de su profesión, vinculada con su deber de asegurarse de "las ulteriores legales previsibles" que resultan, por ejemplo, del ya citado art. 35 inc. 3 del Decreto-Ley 9020/1978 de la provincia de Buenos Aires.

Quizás, la fundamentación más clara que hemos encontrado - y a la que adherimos -de la obligación del notario, con fundamento legal y sin recurrir a expresiones apriorísticas o incriminatorias, es en la sentencia a la que se refiere el doctor Bueres, en donde leemos en el voto del doctor Collazo: "Las disposiciones del código civil - arts. 997 y sigtes., 1001, 1004, 3627, 3654, 3657 y 3658 ponen de manifiesto que no es requisito esencial del instrumento público el juicio de capacidad del otorgante seguramente como consecuencia de la presunción contenida en el art. 140 del citado cuerpo legal (...) que no puede responsabilizarse al escribano por vicios del acto jurídico que no sean manifiestos (art. 1045), *pero sí en la hipótesis de vicios que hacen al acto nulo y que el escribano pudo o debió conocer por su carácter manifiesto* (arts. 1041 a 1044)."²²

Esto es, la responsabilidad del notario sólo resultaría así de su obligación de no otorgar actos que pueda conocer (o haber conocido actuando con la debida prudencia) que resultaban inválidos o ineficaces.

²² Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, julio 23-1981. A.P., M. A. c/ L. M.O. en El derecho 95, 1982, pág. 390-403.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

Lo que no significa una obligación de negarse al otorgamiento ante la más mínima duda, sino sólo ante la comprobación de trascendentes alteraciones intelectuales del otorgante, tal como lo destaca el reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Civil al que aludimos al inicio. En él se dijo: *“No cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad de quien la padece, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de razón”*.²³

Actuar de otra manera importa una incriminación (en la terminología de Bergman) a la persona, inaceptable e injustificada pues se trata de guardar "El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas" de los que habla el art. 3º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Nótese que la decisión del notario de negarse a autorizar un acto por falta de discernimiento del otorgante atenta expresamente contra la literalidad del art. 140 del código civil argentino²⁴ y, curiosamente, contra lo expresado en el dictamen ya citado del Dr.

²³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 23/2/2010 S.I, E. M. c/ P.G., E. M. M. y otro s/ impugnación/nulidad de testamento. En El Dial Express, 25 de marzo de 2010, Año XIII, no. 2.991.

²⁴ "Ninguna persona será habida por demente (...) sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente". Lo que ocurre es que este artículo se refiere a la declaración de "demencia" (en los términos del codificador argentino) y no a la mera falta de discernimiento del otorgante. Para este último supuesto la cita debe completarse con los arts. 921, 1.045, 1.046 ("Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.") y 3.616.

Castellanos: *"El juicio relativo al estado de las facultades mentales de una persona corresponde seguirse ante Juez competente y por parte interesada"*.

Lo que, por otro lado, está fuera de toda duda es que carece de fundamento la costumbre de consignar en los documentos notariales el juicio de "capacidad" (¿incluiría el término a la llamada "capacidad natural" o a la inexistencia de limitaciones declaradas a la capacidad de actuar por sí mismo?) o de "habilidad". Nótese que nunca se hace referencia en los documentos notariales a otros requisitos tales como la existencia de intención y de libertad²⁵, la inexistencia de dolo, de error o de violencia. Nadie duda de que el notario debe abstenerse de autorizar una escritura en la que alguna de las partes carezca de libertad, se encuentre bajo violencia física o moral o a sabiendas de que la intención es la de otorgar un acto distinto al instrumentado. Sin embargo, nada de esto jamás se consigna expresamente. ¿Por qué entonces consignar el juicio de habilidad o de "capacidad"?

5. EL NOTARIO Y EL CERTIFICADO MÉDICO DE SALUD MENTAL.

²⁵ La cuestión de la libertad es un tema que ha de merecer - en otra oportunidad - un análisis detenido, especialmente en su vinculación con enfermos y con adultos mayores. Según el art. 938 del código civil argentino "La intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión". A contrario, fácilmente puede hallarse en situación de temor quien se encuentra, por ejemplo, en estado de postración y por ello sometido a los caprichos y los deseos de quien, simplemente, le acerca las provisiones diarias que necesita para su subsistencia.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

A partir del aÑejo y ya reiteradamente mencionado dictamen del Dr. Castellanos, percibimos la reticencia de nuestros colegas en lo que respecta a servirse de certificados médicos o psicológicos de salud mental. Existen muchos que reprochan esa utilización.

El razonamiento que generalmente sustenta ese reproche es el siguiente: Si el notario tiene el deber de otorgar actos cuya validez y eficacia esté fuera de toda duda²⁶ y ha pedido un certificado médico de salud mental del otorgante o ha recurrido a la consulta con otros profesionales, ese sólo hecho conduce a demostrar que el notario no estaba seguro. Por tanto, no debera haber autorizado el acto.

Es cierto, sí, que el notario no puede trasladar su responsabilidad al profesional de la salud. Sin embargo, el razonamiento no es correcto.

No es cierto que el notario, en caso de duda, deba *siempre* negarse a autorizar el acto y que no pueda afirmar *su* criterio en el dictamen de otros profesionales, por ejemplo psiquiatras o psicólogos.

En primer lugar, el notario, en el ejercicio de su profesión, debe evitar causar cualquier clase de daños. Desde este punto de vista, debe eludir, mediante la negativa a otorgar el acto, los daños que la falta de

²⁶ "(...) máxime el escribano público que tenía la responsabilidad notarial de celebrar un acto cristalino" dice la sentencia para fundar el reproche por la falta de discernimiento del otorgante. Autos "B. G. de C., E. c/ S., O. R. y otro" de la Cámara Civil y Comercial de Morón, sala II, ya citado, comentado en Revista notarial 936, 2000, pág. 634-651.

discernimiento de alguno de los otorgantes pueda llegar a producir en ese otorgante o en terceros.

Sin embargo, no es menos cierto que debe evitar también los daños que puede ocasionar la eventual negativa a autorizar el acto, tanto para esa misma persona como para terceros, si es que el otorgante en cuestión tuviese el discernimiento necesario.

En segundo lugar, habría que considerar que el informe de un médico psiquiatra o de un psicólogo de confianza del notario puede ser un elemento útil, que corrobore la experiencia del notario en el trato personal con el requirente, de igual manera que la pericia médica o psicológica que dictaminan una enfermedad mental son de principalísima utilidad - sin ser obligatorios los dictámenes²⁷ - para el juez que tiene a su cargo un juicio de insania o de inhabilitación.

Por tanto, en nuestra opinión, los dictámenes de profesionales de la salud, si bien no relevan al notario de sus obligaciones y demuestran las dificultades que éste tuvo para llevar adelante *su* juicio de valor, pueden llegar a ser un elemento de muchísima utilidad del que corresponde se valga el autorizante del acto en la adopción de esa misma decisión valorativa propia.

²⁷ Bien entendido que el dictamen no es obligatorio para el juez cuando determina la enfermedad. (Ej: Autos: "F, R. D. Tribunal de Familia Nro. 3 del Dpto. Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires. La Ley Buenos Aires 2002, 1066) A la inversa, el juez no puede ordenar la apertura de un régimen de protección sin la prueba de la enfermedad pues sería contrario al art. 140 del Código Civil Argentino.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

Acorde con estas ideas leemos en fallo novedoso y muy reciente que declara válido un testamento otorgado muy pocos días antes del fallecimiento de su autor, quien padecía una enfermedad que lo deterioraba progresivamente: *"Esta médica psiquiatra, amén de sus destacados antecedentes, brinda un panorama esclarecedor (...) en el que plasmara un examen psiquiátrico del causante extendido el día de la firma del testamento y en el cual concluye (...) el paciente puede considerarse normal, en el sentido médico legal, encontrándose sus facultades mentales conservadas y no habiéndose detectado alteraciones"*²⁸

6. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE RIESGO EN EL DERECHO PENAL.

El art. 174, inciso 2º, del Código Penal Argentino se refiere al delito llamado de "circunvención de incapaz". La norma dispone así: "Sufrirá prisión de dos a seis años: (...) 2º) El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo."

Esta incursión en materia penal tiene por único objeto advertir al lector acerca de las responsabilidades que asume - y que no puede

²⁸ CNCivil Sala J 23/02/2010 Expte. 30.669/2006 ya citado.

dejar de asumir - todo funcionario que autoriza un acto jurídico (no sólo el notario), en el estado actual de la evolución de nuestro derecho.²⁹

Quizás, el primer aspecto que salta a la vista de un notario es la expresión "para hacerle firmar un documento". La acción típica, siempre dolosa y nunca culposa, consiste en el otorgamiento³⁰ de un negocio o acto jurídico. Sin él, no hay delito.

Al respecto, critica José María Orgeira: "no se trata de la forma más acertada de impedir la explotación de la incapacidad, pues el sujeto activo puede tratar de alcanzar el lucro ilícito sin recurrir a la suscripción de documento alguno".³¹

La doctrina - junto con el código mencionado - encuadra este delito dentro de las "Estafas y otras defraudaciones" (Capítulo IV, del Título IV), no sin señalar peculiaridades de la figura que la convierten en una defraudación extraña.

²⁹ Para el lector interesado remitimos a la recopilación de jurisprudencia de SIRKIN, E. bajo el título *Sobre la circumvenção de incapaz*. En el Dial.com Biblioteca Jurídica Online. Citar elDial - DC926. Aparte de las obras clásicas de derecho penal, también se puede consultar RICO, E. "*Circumvenção de menores e incapazes*" en La ley 1993-D, pág. 960-964.

³⁰ Más allá de la imprecisa descripción del tipo penal al consignar el verbo "firmar", la acción es la de "otorgar". Así podría ser víctima de este delito el analfabeto que no sabe firmar por sí el instrumento y recurre al procedimiento de la firma a ruego que permite el art. 1001 del Código Civil argentino sólo para las escrituras públicas.

³¹ ORGEIRA, J. "*Circumvenção de incapaces. Explotar la necesidad, la pasión o la inexperiencia de la víctima*" en Doctrina judicial 1987 II, pág. 561, con cita de SOLER, S. *Derecho penal argentino*, 1970, t. IV, pág. 371.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

Fundamentalmente, se destaca que - a diferencia de la estafa - en esta figura no es necesario el error de la víctima, sino que "La materialidad del delito está dada por el abuso de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o incapaz, lo que significa que el accionar del sujeto activo debe incluir el aprovechamiento del juicio defectuoso, ignorancia o bloqueo del incapaz o del menor".³²

En tal situación, a diferencia de la estafa, no es necesario el engaño para que el delito sea consumado, ya que es suficiente el aprovechamiento de la situación.

Por otro lado, "Abusar no implica simplemente saber de la incapacidad (...) implica una particular dirección del ánimo (...) "Abusar" significa "explotar", manipular a la persona incapaz, (...) La tutela patrimonial de la persona incapaz, a mi juicio no puede llegar hasta el extremo de coartar totalmente su vida afectiva, (...)" dijo Eugenio R. Zaffaroni en un fallo, mientras que en el mismo fallo Eduardo Donna agregó en cita de Núñez: "Ni la minoridad ni la incapacidad implican siempre inclinaciones más o menos pronunciadas del ánimo (intereses) o muy vivos actos o apetitos (pasiones) o falta de saber o advertimiento sobre un negocio (inexperiencia). *El menor y el incapaz pueden carecer de incitaciones de esa índole o pueden tener por la práctica o la enseñanza el suficiente conocimiento de algo como para no ser susceptibles a la explotación en mayor o menor medida que una persona madura y capaz.* La existencia del interés o de la

³² RICO, ob. cit.

pasión o la falta de experiencia y su abuso por el autor, constituyen la razón y el límite de la especialidad de la defraudación del art. 174, inc. 2º del Cód. Penal".³³

Un aspecto que nos parece relevante, para esta obra, es la utilización, en el tipo penal aludido, de la expresión "en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo".

Con la referencia "o de otro", la norma alude, por ejemplo, a los eventuales herederos de la víctima.

Por otro lado, más allá de que el acto sea civilmente nulo, interesa especialmente el daño causado por el aprovechamiento del menor, del incapaz o de cualquier persona que, por cualquier causa, se encuentre transitoria o definitivamente en situación de "perturbación mental".³⁴

En este aspecto, se nos presentan dos puntos de atención. El primero, es que el tipo penal alude al **daño** causado a quien se encuentra en esta situación, mientras que Sebastián Soler³⁵ explica que "La actitud espiritual del sujeto se basa, pues, en el conocimiento de la situación de incapacidad de la víctima, conocimiento del cual parte un

³³ Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, marzo 8-1986. "Rauch R." en Doctrina Judicial 1987-II, pág. 561. La cita corresponde a NÚÑEZ, t. V, pág. 394. El destacado es nuestro.

³⁴ Tomamos aquí la expresión "perturbación mental" del trabajo de CÁRDENAS, E. "La escucha del niño en el proceso judicial de familia" en La Ley 2007-B, 1132-1142.

³⁵ SOLER S. *Derecho Penal Argentino*, tº IV, pág. 347 y ss., citado por Sirkin, ob. cit.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR
EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

fin de lucro para sí o para un tercero. Si no existe ese fin, **lucri faciendi causa**, no podría hablarse de abuso."

Nosotros pensamos que no es lo mismo hablar de daño causado a la persona que del ánimo de beneficiarse, aunque podría sostenerse que son las dos caras de la misma moneda.

Ello no es siempre así. Podríamos imaginar acciones que producen daño y que no benefician a nadie; y, al revés, acciones que benefician a determinadas personas y que no producen daño, aún cuando el delito se consuma por el *mero peligro* para la víctima.³⁶

Nos parece importante la distinción. Por un lado, porque habría que evaluar si es correcto incluir en este tipo penal a quien ha causado un daño sin ánimo de obtener ventaja. Salvo que se tratase de un sádico o de una persona afectada por alguna otra perturbación mental, el dolo estaría excluido.

Por el otro, aunque no está incluido en el tipo penal (habla de causar daño y no de obtener ventaja), nos parece repugnante que alguien aproveche la situación de perturbación o de inmadurez de otro para obtener un beneficio para sí o para un tercero, aún cuando no se cause daño al disminuido en sus aptitudes.³⁷

³⁶ RICO, ob. cit.

³⁷ "La sala IV de la Excm. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de esta Ciudad tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la tipicidad del actuar del sujeto que se vincula con la incapaz, posteriormente decide explotarla abusando de tal circunstancia, a la vez que entiende que mientras objetivamente lo único que obtenga sea un nivel de vida superior al que puede

Otro aspecto para destacar, desde nuestra especial óptica, es la necesidad de que la relación entre el acto otorgado y el daño (o el beneficio del actor o de un tercero) resulte previsible para los implicados.

En ese sentido creemos que un ejemplo puede facilitar la comprensión de lo expuesto: No es previsible que la donación de un inmueble a quien puede ser víctima de este delito por ser menor o encontrarse en situación de perturbación mental, le ocasione daños. Ahora bien, podría ocurrir que un desmoronamiento de los edificios involucre al donatario en responsabilidades civiles y la operación, en definitiva, le resulte ruinosas.

En nuestra opinión es una exageración pensar que la potencialidad de este daño hace incurrir al donante en el delito que comentamos. Lo decimos porque, de seguirse ese absurdo criterio, coherentemente habría que concluir que los asesores de menores e incapaces, para actuar con la debida prudencia, deberían aconsejar el repudio de toda herencia en la que estuvieren involucrados inmuebles edificados.

Lo dicho, por otro lado, siempre y cuando no se probare, por ejemplo, que el donante, en el ejemplo puesto, aprovechó de la situación del menor o del débil mental, a sabiendas del riesgo de

darse con sus propios medios, no surge de ello el indicio con qué medir un abuso en sentido penal, puesto que nada hace suponer esa particular dirección de la intención". RICO, E. ob. cit. quien cita los autos "Rauch, R.," abril 8-1986 en Doctrina judicial 1987-II p. 561, ya citados.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

desmoronamiento de los edificios, y donó para evitar los gastos que ocasionarían su demolición o su recuperación.

Otro ejemplo, podría estar vinculado con los costos impositivos que por motivo del inmueble se pueden irrogar. Podríamos imaginar un padre que dona un inmueble a su hijo, imposibilitado de tener descendencia y de contraer matrimonio (a causa de sus debilidades físicas) y de testar (a causa de sus debilidades psíquicas) (por lo que en caso de fallecimiento, el heredero seguro es el padre), para que los impuestos caigan en cabeza de su hijo (daño al hijo); o evitar que ese inmueble grave tributariamente al padre en una escala mayor (obtención de un beneficio sin daño, posiblemente, para el hijo).

Las breves notas expuestas, que, sin duda, no agotan la materia, tienen por objeto advertir sobre la necesidad de que el funcionario autorizante aprecie detenidamente, ante personas en situación de riesgo, las intenciones y los peligros de la operación.³⁸

Todo ello sin dejar de considerar que la negativa infundada a autorizar el acto importaría una incriminación, fuente de daños,

³⁸ Destacamos la importancia de las audiencias previas que el notario debe mantener, detenidamente, con todo requirente, en especial el sujeto en aparente situación de riesgo. En los autos "M., S. E. y otro s/ procesamiento" J.I. 37/129 la Cámara Nacional Criminal, Sala 7°, causa 25934, endilga a la escribana que "(...) alega no recordar haber mantenido conversaciones con la vendedora. En concreto, se advierte que antes de la escritura la escribana desconocía el real estado civil de la vendedora, carecía de su documento o su copia y no contó con constancias de pago de servicios y planos del inmueble. (...) Por otra parte, advirtiéndose que la escritura ya se encontraba impresa al momento de constituirse en el domicilio de la vendedora, no se vislumbra cómo pudo conocer que el pago se había realizado con anterioridad si esa expresión se atribuye a J.L. (la víctima)". REVISTA DEL NOTARIADO Nro. 882, pág. 137.

condenada por la legislación vigente a la que ya hemos aludido e interpretado.

Y que, además, autorizar los actos jurídicos otorgados por quien tiene indudable derecho a ello, por gozar del discernimiento imprescindible, es cumplir con una obligación. Nunca ella, por sí misma, puede configurar un delito.³⁹

7. CONSECTARIOS.

Primero.- Como consecuencia de la presunción de aptitud mental de las personas, contenida en las legislaciones, no hay razón para exigir que del instrumento público resulte el juicio que hace el notario acerca de la aptitud mental (discernimiento) del otorgante.

Segundo.- No puede responsabilizarse al notario por vicios del acto jurídico que no sean manifiestos; pero sí en la hipótesis de vicios que hacen al acto nulo y que el escribano pudo o debió conocer por su carácter manifiesto.

Tercero.- Ni desde la moral ni desde el derecho resulta una obligación del notario el negarse a autorizar el acto ante la más mínima duda, sino sólo ante la comprobación de trascendentes alteraciones

³⁹ "(... ningún hecho lícito puede ser reputado de delictivo). Causa 36256/2002 Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 1, Secretaría 105. REVISTA DEL NOTARIADO Nro. 874, pág. 145.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

intelectuales del otorgante. Lo contrario importaría una incriminación a la persona, inaceptable, injustificada y violatoria, entre otras normas, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Cuarto.- Los dictámenes de los profesionales de la salud, si bien no relevan al notario de sus obligaciones y demuestran las dificultades que éste tuvo para llevar adelante *su* juicio de valor, pueden llegar a ser un elemento de muchísima utilidad del que corresponde se valga en la adopción de esa misma decisión valorativa propia.

Quinto.- A la luz de la legislación penal el funcionario autorizante debe apreciar detenidamente, ante personas en situación de riesgo, las intenciones y los peligros de la operación, sin dejar de considerar que la negativa infundada a autorizar el acto importaría una incriminación, fuente de daños. Además, es su obligación autorizar los actos jurídicos otorgados por quien tiene indudable derecho a ello por gozar del discernimiento imprescindible. Cumplir con una obligación legal nunca puede configurar un delito.

8. BIBLIOGRAFÍA.

Acuerdos y sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Tomo I, Tercera Serie. Imprenta Europea, 1ra. ed., Buenos Aires, 1886.

BERGMAN, S. *Celebrar la diferencia - Unidad en la diversidad*. Ediciones B, 1ra. ed., Buenos Aires, 2009

BUERES, A. *Responsabilidad civil del escribano*. Hammurabi, 1ra. ed., Buenos Aires, 1984.

Cámara Civil y Com. Morón, Sala II, 8/6/1999. B. G. de C., E. c/ S., O. R. y otro. S/nulidad acto jurídico/escritura pública. En La Ley Buenos Aires, tomo IV, 2000, pág. 500. y en Revista notarial no. 936, 2000, pág. 634-651.

Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, julio 23-1981. A.P., M. A. c/ L. M.O. en El derecho 95, 1982, pág. 390-403.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 23/2/2010 S.I, E. M. c/ P. G., E. M. M. y otro s/ impugnación/nulidad de testamento. En El Dial Express, 25 de marzo de 2010, Año XIII, no. 2.991.

Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, marzo 8-1986. "Rauch R." en Doctrina Judicial 1987-II, pág. 561.

Cámara Nacional Criminal, Sala 7º, causa 25934, "M., S. E. y otro s/ procesamiento" J.I. 37/129. Revista del Notariado. Nro. 882, pág. 137.

CÁRDENAS, E."La escucha del niño en el proceso judicial de familia" en La Ley 2007-B, 1132-1142.

CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR
EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURIDICO

Colección: Legislación Paraguaya. Edición: 1995. Código Civil Paraguayo. Intercontinental Editora. 6° Ed. Asunción. Febrero 1995.

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 1, Secretaría 105. Causa 36256/2002 Revista del Notariado Nro. 874, pág. 145.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “*El derecho del niño a su propio cuerpo*” en *Bioética y Derecho*. BERGEL S.(Coord.) y MINYERSKY, N.(Coord.) Rubinzal Culzoni Editores, 1ra. ed., Santa Fé, 2003.

LLORENS, L. “*La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?*” En *La Ley* 2007-E, pág. 1106-1118.

NEGRAO T. *Código Civil e legislacao civil em vigor*. 14° edición actualizada al 19 de enero de 1995. Ed. Saraiva. Sao Paulo 1995

ORGEIRA, J. “*Circunvencción de incapaces. Explotar la necesidad, la pasión o la inexperiencia de la víctima*” en *Doctrina judicial* 1987 II, pág. 561

PAZ, J. M. *Derecho notarial argentino*. Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1ra. ed., Buenos Aires, 1939.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. RAE, Vigésima Edición, Madrid, 1984.

RICO, E. “*Circunvencción de menores e incapaces*” en *La ley* 1993-D, pág. 960-964.

SIRKIN, E. bajo el título *Sobre la circunvención de incapaz*. En el Dial.com Biblioteca Jurídica Online. Citar elDial - DC926.

Tribunal de Familia Nro. 3 del Dpto. Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires. "F., R. D. " La Ley Buenos Aires 2002, 1066

TRIGO REPRESAS, F. “*Responsabilidad civil de los escribanos de registro*” en Revista notarial no. 845.

VITERBORI, J. “*El juicio de capacidad en las calificaciones del notario (Omisión y Responsabilidad)*” en Revista notarial no. 813, 1974.

VITERBORI, J. “*El documento notarial en la ley 9020*” en Revista notarial no. 837, 1978.

ZANNONI, E. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Astrea, 3^a reimpresión, Buenos Aires, 2004.

CONCURRENCIA DEL PERITO EN EL DOCUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

Notario Leonardo B. Pérez Gallardo⁴⁰

Resumen:

En una sociedad en la que el conocimiento se multiplica y los saberes del hombre se hacen incontables, en la que los campos de especialización y subespecialización devienen en caminos angostos, difíciles de transitar por los profanos, el notario requiere de expertos que puedan esclarecer las dudas sobre aquellas esferas del conocimiento que le son ignotas, irrumpe aquí la concurrencia de peritos al documento público notarial, entre los que destacan los intérpretes (ya sea en idiomas, distintos al que se redacta el documento, o en lenguaje de señas), los médicos y cualquier otro profesional, autoridad en determinada esfera del conocimiento, que facilitan el otorgamiento y la autorización del instrumento público y con ello la realización de los derechos subjetivos de la persona.

⁴⁰ Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial Facultad de Derecho Universidad de La Habana.

Palabras claves

Documento público notarial, concurrente, perito, intérprete, médico.

Abstract

In a society where knowledge multiplies and becomes countless, where fields of the specialization and sub-specialization are narrow and hard to follow by lay people, the public notaries require of experts who may enlighten them on those specific areas of the science where they are master. This is how skilled people concur to the public notarial document. Among the experts are outstanding the translators (in both spoken and signal languages, if different to the one used in the redaction of the document), the medical doctors or any other professional or authority in a specific field of the knowledge who facilitates the granting and authorization of the public instrument and, at the same time, the realization of the subjective rights of the person.

Key words

Public notarial document, concurrent, expert, translator, doctor.

Sumario:

1. Una aproximación al concepto de perito en sede notarial. 1.1. Los peritos en el documento público notarial: ¿Intervinientes o concurrentes? 1.2. Requisitos que deben cumplir. 1.3. Los peritos y el cumplimiento de la unidad de acto formal. 1.4. Juicio de identidad y firma. 2. El médico como perito. 2.1. Su concurrencia en el documento público. ¿Carácter preceptivo o facultativo? Especialidad que debe ejercer. 2.2. El juicio de identidad del médico. 2.3. El dictamen médico pericial. Sentido y alcance. 3. El intérprete como perito. Supuestos en los que concurre. Quiénes pueden serlo. 3.1. Necesidad o no de su calificación profesional y de su condición de intérprete oficial. 3.2. Los intérpretes en los supuestos de comparecencia de personas con determinadas discapacidades sensoriales. La posición de nuestro Reglamento notarial. 3.3. El notario como intérprete. 4. La concurrencia de otros peritos en la autorización de determinadas escrituras públicas y de las actas notariales, concretamente de las actas de presencia. 5. *Post scriptum*. Bibliografía.

1. Una aproximación al concepto de perito en sede notarial

Los estudios de Derecho Notarial nunca han sido prolijos sobre la figura del perito en el documento público, incluso me atrevo a decir que el término *perito* aparece en contadas normas notariales que se han

promulgado en fecha relativamente reciente⁴¹. El perito es un término que tiene su radio de acción, por excelencia, en sede judicial y han sido los procesalistas quienes se han detenido en su estudio, tal es así que en la segunda acepción que a dicho término ofrece el *Diccionario esencial de la lengua española* lo califica como “Persona que, poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia”⁴². Determinados ordenamientos jurídicos notariales, pálidamente dedican algún que otro precepto a la figura del intérprete y esencialmente los códigos civiles han sido los que han destinado uno de sus preceptos a la presencia del médico en el acto de otorgamiento del testamento⁴³. Por ese motivo, entre los notarios de nuestro continente existe el falso concepto de que al documento público notarial no puede concurrir perito alguno, porque sería incursionar en otro campo de actuación, que le resulta ajeno, ya que las vetustas normas legales en sede notarial, solo aluden al intérprete. De ahí que se le cierran las puertas a una herramienta útil en la labor del notario en la captación sensorial de hechos, para lo cual sería conveniente o útil la presencia de ciertos expertos⁴⁴, hábiles y prácticos

⁴¹ De las consultadas resaltan el Reglamento Notarial uruguayo (2004), el Código Notarial de Costa Rica (1998), la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad de Buenos Aires (2000) y el Reglamento Notarial español (2007).

⁴² *Vid.* REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario esencial de la lengua española*, Espasa Calpe, Madrid, 2006, p. 1133.

⁴³ *Vid.* artículos 665 y 698.2 del Código Civil español y artículo 1308 del Código Civil mexicano en materia común para el Distrito Federal.

⁴⁴ En la doctrina notarialista del primer tercio del siglo pasado, así le llamó, algún autor, a aquellos que concurren al instrumento público, *v.gr.*, en el otorgamiento de un testamento por

en una determinada ciencia o arte⁴⁵, pues que es perito sino un experto, una persona que posee un conocimiento especial en una determinada materia, motivo por el cual se le puede solicitar su asistencia para que auxilie al notario aplicando sus saberes técnicos. El perito puede facilitar el acto de otorgamiento del negocio jurídico, a través de la comunicación con el compareciente, o a través del aporte de máximas de su experiencia para despejar las dudas que la capacidad volitiva de una persona, pueda suponer al notario. Puede a su vez dar un dictamen sobre el estado de un hecho, amén de la apreciación objetiva que de ese mismo hecho haga el notario a través de sus sentidos. De ello se infiere que el escenario de actuación del perito aunque por naturaleza es el judicial, no lo es por esencia. El esclarecimiento de la *res* litigiosa, no le es consustancial. Tanto trasciende en ese ámbito como puede ser útil en el de la alitigiosidad, propio del Derecho Notarial.

1.1. Los peritos en el documento público notarial:

¿Intervinientes o concurrentes?

un loco en intervalo lúcido, a los fines de esclarecer particulares relativos al ejercicio de la capacidad o a quienes intervienen en el avalúo de bienes, personas entendidas en la ciencia, arte u oficio de que se trate, de modo que su dictamen es útil para que el notario pueda autorizar el documento. *Vid.* GIRÓN, J. Eduardo, *El notario práctico o tratado de notaría*, 4ª edición, aumentada y corregida por J. Eduardo Girón Zirión, s. Ed., Guatemala, 1932, p. 86. El propio autor distingue tales expertos, de los intérpretes.

⁴⁵ Tal y como expresa la primera aceptación del término que da la Real Academia. *Vid. Diccionario esencial...*, *cit.*, p. 1133.

Los ordenamientos jurídicos que regulan la participación de alguno de los peritos en el instrumento público, *v.gr.* el intérprete, utilizan el término *intervención* para hacer referencia a su presencia física en el instrumento⁴⁶. Empero, aunque es común que se emplee el término *intervención* en el lenguaje técnico notarial para aludir a quien participa en el acto notariado, en condición distinta a la del compareciente y a la del notario (incluyese aquí a los testigos y a los peritos), según la Real Academia de la Lengua no es el término más propicio, pues el *interviniente* es un controlador, un fiscalizador, o quien intercede, o media por alguien, o toma parte en un asunto⁴⁷, en tanto que el *concurrente*, es quien se junta en un mismo lugar o tiempo, coincide con alguien o en algo⁴⁸. Expresión, a mi juicio, más apropiada con el perito cuya presencia en el instrumento se hace coincidir con los comparecientes y testigos, en cumplimiento de la unidad de acto formal. Por ese motivo algunos cuerpos legales, si bien por excepción, aluden a él como un *concurrente* más, en unión de otros⁴⁹. De todas maneras no pretendo que se me tilde de purista y por ello no niego que en el lenguaje técnico notarial se han utilizado indistintamente los

⁴⁶ A “*La intervención de un intérprete*” se refiere el artículo 29.6 del Código Notarial de Guatemala, lo cual reitera en los artículos 31.4 y 42.7. A esa misma “*intervención de un intérprete*” también aluden el artículo 161 del Reglamento Notarial uruguayo y el artículo 16 del Estatuto del Notariado y Registro de Colombia. Con ese mismo concepto el artículo 23 de la Ley del Notariado de Nicaragua. Asimismo el artículo 72 del Código Notarial de Costa Rica, el artículo 16.6 del Código del Notariado de Honduras y el artículo 30 de la Ley del Notariado de Perú, reiterado luego en el artículo 54 f).

⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario esencial...*, cit., p. 838.

⁴⁸ *Idem*, p. 380.

⁴⁹ Así, el artículo 87 de la Ley Orgánica Notarial de Buenos Aires y el artículo 102 i) del Código Notarial de Costa Rica.

términos *intervención* y *conurrencia*⁵⁰. No obstante, en esta ocasión para hacer referencia a la participación del perito en el instrumento prefiero emplear el término *concurrente*, para aludir a su simultánea presencia con los comparecientes, cualquiera sea su carácter o concepto y con el notario.

1.2. Requisitos que deben cumplir

Lo primero que debemos dejar esclarecido es que quien concurre como perito a un instrumento público notarial lo hace sobre la base de ser un experto de un sector del conocimiento, en el que el notario no tiene pleno dominio, o ningún dominio. Según GRILLO LONGORIA, clásico procesalista cubano, la necesidad de la pericia viene motivada – por supuesto, en el terreno judicial, que es al sector al que el docto profesor alude-, “Cuando la apreciación de un hecho requiere de parte del observador una preparación especial, obtenida por el estudio científico de la materia a la que se refiere, o simplemente por la experiencia personal que proporciona el ejercicio de una profesión, arte u oficio”⁵¹. Ello conlleva, ahora visto desde el plano notarial al cual es trasposable, como ya he expresado, que se recurra al perito, entre otras razones a los fines de esclarecer las dudas que pudiera tener el notario

⁵⁰ Yo mismo lo hago en los documentos públicos notariales que autorizo y en mi vida académica.

⁵¹ *Vid.* GRILLO LONGORIA, Rafael, *Derecho Procesal Civil II*, 2ª reimpresión, Félix Varela, La Habana, 2004, p. 37.

sobre la capacidad volitiva de un sujeto, de dictaminar sobre un estado de cosas o hechos, útil para la narración por el notario de la percepción de tales hechos, o para facilitar la comunicación con los comparecientes del instrumento, ello entre otras tantas razones.

Empero, en el Derecho Notarial no se da un tratamiento paritario a la figura del perito. Las normas notariales tienden a regular fragmentariamente la concurrencia de cada perito. Incluso hay ordenamientos jurídicos que hacen mutis al respecto.

El perito ha de ser imparcial. No me lo imagino de otro modo. La concurrencia del perito, no es preceptiva, sino actúa a instancia del notario. Es el notario quien decide si concurre o no un perito, a partir del sector del conocimiento científico en el que él tiene falencias. Un notario políglota que además conozca varios lenguajes de señas, solo interesará un intérprete cuando el compareciente no hable ninguno de los idioma que él maneje, pues ambos pudieran comunicarse en un idioma distinto del materno del compareciente y de aquel en el que se debe redactar (en principio, coincidente con la lengua materna del notario). Cuando me refiero a que actúa a instancia del notario, lo hago en el entendido de que será el notario quien determine la presencia del perito, otra cuestión distinta será la determinación exacta de qué perito concurrirá al instrumento. De todos modos, cualquiera que sea el método que se emplee para la determinación de la persona que fungirá como perito en el instrumento público, este ha de actuar con total

imparcialidad. No obstante, la posición no es unánime en el Derecho comparado.

1.3. Los peritos y el cumplimiento de la unidad de acto formal

Ha dejado esclarecida la doctrina notarialista que la unidad de acto en sentido formal requiere, entre uno de sus presupuestos, el de la unidad subjetiva, es decir, la coexistencia de todas las personas requeridas *ex lege* para el otorgamiento y autorización del instrumento público (en el caso de la escritura pública). En todo caso, si la presencia del perito resulta necesaria para la comunicación del notario con el compareciente, o para dejar esclarecidas sus dudas sobre la capacidad del otorgante, deben estar presentes en el momento de la autorización, cualquiera sea la naturaleza del perito. Tratamiento diferente merece la concurrencia de peritos en las actas notariales, porque concretándose ésta al necesario informe que prestarán en el lugar donde el notario presencia el hecho o circunstancia a instrumentar, no siendo en las actas la unidad de acto un pilar en su autorización, no es predicable su cumplimiento al perito. Eso sí, habría que particularizar el tipo de acta en la que se interesa su concurrencia, siendo lo más probable que se exija en la concreta diligencia para la cual la intervención pericial es necesaria. Así, *v.gr.*, no se exigiría, como es lógico, en la primera diligencia de solicitud de requerimiento, contentiva de la rogación

notarial, pues en ella solo comparece el interesado en la autorización del acta, a los fines de concretar la *rogatio*. Me refiero a las actas en las que se practican diligencias sucesivas, entre las cuales cabría citar las actas de presencia, las más comunes en que se hace concurrir un perito (*vid.* artículo 86 del Reglamento notarial).

Empero, en sede de escrituras públicas, una lectura pausada al artículo 35 del propio Reglamento, en el que se reconoce el principio de unidad de acto, nos impone la presencia del perito concurrente para el logro de la plena audiencia notarial. En este orden se ha pronunciado la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia a través de su Dictamen No. 3/2004, de 5 de octubre. Ello en lo que a la concurrencia del perito médico concierne, aun incluso en las actas, dado que el Reglamento notarial se aferra al criterio de que el notario tiene que dar juicio de capacidad en toda acta notarial (*vid.* artículo 81 c)). Según el parecer del centro directivo: “*en los supuestos en que el notario precise de un pronunciamiento pericial respecto a la capacidad mental del compareciente al instrumento público, ésta se verifique mediante la intervención directa, en el acto en cuestión y ante el notario autorizante, del perito o facultativo que certifique la condición de esta persona, lo que se hará constar en la escritura o acta según sea el caso, en la parte correspondiente a la comparecencia, con independencia de la obtención previa, de un documento especializado que la certifique*”. O sea, la expresión “*dictamen pericial*” acuñada en el artículo 54 del Reglamento y el artículo 484.3 del Código Civil, en esta oportunidad solo en sede testamentaria, se entiende como lo que es, una apreciación

pericial del experto, y no como sinónimo de documento en el que éste exprese tal apreciación (en tal caso estaríamos frente a un certificado médico, debidamente legalizado por la institución hospitalaria a la que aquel pertenece). Lo que importa es la presencia física del perito en el acto mismo del otorgamiento y autorización del instrumento, pues la capacidad se determina en atención a ese justo momento, ni antes, ni después⁵².

⁵² Según criterio más que reiterado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, y que ha llevado al rechazo de los recursos de casación interpuesto ante esta Sala, impugnando las sentencias del tribunal *a quo*, en las que se declara SIN LUGAR demandas en proceso ordinario sobre nulidad de testamento por falta de capacidad del testador. En tal sentido ha dicho el Alto Foro que: “... *no (ha) quedado acreditado fehacientemente como exige la Ley, la presencia de circunstancias personales en la testadora que restringieran su capacidad para la realización del debatido acto jurídico al momento de su otorgamiento (...)*”, según Sentencia No. 766 de 19 de diciembre del 2002, primer Considerando (ponente Bolaños Gassó); “... *no (ha) quedado acreditado fehacientemente, que al momento de la celebración del acto notarial (...) la otorgante del cuestionado testamento tuviera afectadas sus facultades mentales al extremo de que se lo impidiera (...)*”, conforme con la Sentencia No. 430 de 15 de julio del 2003, primer Considerando (ponente Bolaños Gassó); “... *no (ha) quedado desvirtuado fehacientemente como en Derecho se requiere, que al momento de manifestar ante notario su disposición de última voluntad, el testador no se encontraba privado de capacidad mental ni presentaba disminución en ese sentido para dicho otorgamiento, a lo que tributa no sólo la afirmación que al respecto ofreció la notaria actuante en dicho instrumento, sino además la presunción también advertida por la sala a quo en lo referido a la circunstancia de que dicho acto jurídico tuvo lugar a sólo escasos días de haberse otorgado por dicho causante otro que favorecía a la hija de la inconforme, a la cual sin embargo ésta le atribuye eficacia plena en su pretensión, lo que inequívocamente constituye un contrasentido, cuyos extremos tuvo en consideración el referido órgano juzgador (...)*”, en Sentencia No. 818 de 14 de diciembre del 2006, primer Considerando (ponente Bolaños Gassó). Mientras que, en los casos en que se ha declarado CON LUGAR la impugnación testamentaria por igual motivo, el propio Alto Foro ha tomado en consideración igual criterio, en tanto, “... *la testadora al momento de realizar el acto jurídico objeto de litis carecía de capacidad legal para efectuarlo, lo que se acreditó con el Auto dictado (...) por el Tribunal Municipal (...), que constituye el documento idóneo para justificar tal particular, ya que mientras no se haya dejado sin efecto legal, esa situación tiene carácter definitivo, y por tanto presupone la imposibilidad de realización de actos jurídicos de cualquier naturaleza, dada la función protectora del tutor con relación al incapaz en cuanto a su persona y bienes y también en su representación en todos aquellos actos de trascendencia jurídica nombrado por la citada autoridad y bajo la vigilancia y control de la misma y del Ministerio Fiscal (...)*”, según Sentencia No. 714 de 25 de octubre del 2006, primer Considerando (ponente Carrasco Casi). Al respecto *vid.* de mi propia autoría, *Código Civil (anotado y concordado)*, ediciones ONBC, La Habana, 2007.

1.4. Juicio de identidad y firma

La presencia del perito se hará evidente en el instrumento público a través de la firma. Para ello dispone el artículo 36, por decantación, que los peritos solo firmarán al final del instrumento. Recuérdese que el autor del Reglamento notarial les nombra como “*demás intervinientes*”, en lo que a su presencia en el acto de lectura (artículo 35, último párrafo) y a su firma (artículo 36) concierne. Expresión ampulosa, que nada aporta al lenguaje técnico jurídico notarial del que la norma debiera hacer gala. Para colmo, luego incluye su regulación en los artículos 54 y 47, Sección Cuarta del Capítulo II, que atañe a los comparecientes y testigos del instrumento público, cuando los peritos no son, ni lo uno ni lo otro, mereciendo por sí, o una sección independiente, o su inclusión en el *nomen* de la sección en la que se incluyen, entremezclados con los comparecientes y testigos.

En todo caso, el notario deberá dar juicio de identidad del perito concurrente, a través de su documento de identidad, resultando necesario además, a los fines de su individualización, que se consignen el resto de las generales. Tratándose de escritura pública, la identificación del perito, sea médico, o intérprete, cualquiera sea la naturaleza de este último, debe hacerse en la parte correspondiente a la comparecencia⁵³, siendo discutible si en las actas cabría la identificación del perito concurrente, previo a la autorización, cuando con su

⁵³ Así se pronuncia el Dictamen No 3/2004 de 5 de octubre, de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia para la concurrencia del médico.

presencia solo se esclarecen determinados particulares del hecho que se instrumenta.

Más discutible resulta la necesidad de que se identifique con el documento o carné que le acredita como perito en determinada materia. Me refiero principalmente en el caso de los médicos, cuyo carácter tendrían que acreditar a los fines de concurrir al instrumento público. En el supuesto de los intérpretes, la omisión de la norma legal en este sentido haría innecesario exigirle el documento que lo acredite como intérprete o traductor oficial, siéndole necesario tener habilidades para comunicarse en la lengua que domina el compareciente, que no tiene que ser, a mi juicio, la lengua materna de dicho compareciente. Similar situación acontecería con el intérprete de lenguaje de señas.

2. El médico como perito

Son los médicos, peritos que suelen concurrir al instrumento público, si bien por excepción, que no por regla, ya que se presume que toda persona mayor de edad, tiene pleno ejercicio de la capacidad jurídica (*vid.* artículo 29 del Código Civil). Sin embargo, la intervención del médico en el documento público notarial está asociada generalmente a la figura del testamento, de ahí que no sea común que su regulación venga de la mano de las leyes o reglamentos notariales. No obstante, dado su carácter pericial, puede colegirse su concurrencia

cuando la norma en sentido genérico alude a la figura del perito, o por analogía *legis* cuando el Derecho interno de un Estado habilita la concurrencia del médico en el acto testamentario, motivo por el cual nada impediría que ello fuere posible también en otros actos distintos a aquel.

El conocimiento especializado y verticalizado que tiene el médico de la anatomía y fisiología del ser humano lo hace blanco de dictámenes, sobre todo en sede notarial, cuando el notario tiene que dar juicio de capacidad sobre la aptitud del sujeto que comparece para querer y entender el acto que válidamente pretende concluir. No es el notario un especialista en estos temas. Es cierto que el decursar del tiempo y la experiencia le hace acreedor de conocimientos sobre la conducta del ser humano en clave jurídica, pero de ahí a acertar siempre con plenitud sobre la capacidad volitiva del sujeto, va un largo trecho, en el cual la apoyatura de un perito puede resultar muy útil para despejar las dudas que le abriga la capacidad del compareciente.

2.1. Su concurrencia en el documento público. ¿Carácter preceptivo o facultativo? Especialidad que debe ejercer

El artículo 54 de nuestro Reglamento notarial establece la concurrencia del médico al documento público. Precepto que aunque diáfano y claro ha tenido que ser interpretado por la Dirección de

CONCURRENCIA DEL PERITO EN EL DOCUMENTO PUBLICO NACIONAL

Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia para su homogénea aplicación, sobre todo en sede testamentaria.

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

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

autorizante, del perito o facultativo que certifique la condición de esta persona, lo que se hará constar en la escritura o acta según sea el caso, en la parte correspondiente a la comparecencia, con independencia de la obtención previa, de un documento especializado que la certifique”.

Se exige del médico el necesario cumplimiento del principio de intermediación. Quien dictamina sobre el estado mental y la capacidad volitiva del compareciente tiene que hacerlo en el momento en que se instrumenta el acto, ni antes, ni después. Debe el médico en tales circunstancias concurrir al instrumento, y dejar graficada su presencia a través de su firma. El dictamen, a mi juicio, se rinde oralmente, es ilógico que se haga antes del momento mismo del otorgamiento y autorización o que se haga después⁵⁴. Si se hizo antes, entonces no se está esclareciendo las dudas que el notario tiene en ese momento, con independencia de que el médico en un dictamen por escrito venga diciendo que el sujeto en el momento en que él lo examinó sí tenía esa capacidad volitiva, la cual pudo perfectamente desaparecer después, por tan disímiles causas, que no viene al momento explicar, además de que no soy perito precisamente en ese tema. Si se hace después, con

⁵⁴ Según el criterio de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, vertido en el primer considerando de la Sentencia No. 266 de 28 de febrero del 2001 (ponente Arredondo Suárez): “... las anotaciones en la historia clínica sobre el estado de la testadora que hizo suyas la sentencia interpelada basadas en la apreciación del facultativo de asistencia, no especializado en salud mental, corresponden al veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, fecha distinta y posterior a aquella en que se otorgó el instrumento público cuya impugnación es objeto de la litis, es decir, al día veintidós del expresado mes y año, cuando su enfermedad había progresado y empeorado su estado general (...) si además de lo expuesto se tiene en cuenta que la aludida testadora en momento alguno de su vida fue declarada incapaz por Tribunal competente, único medio de irrefutable eficacia para determinar su incapacidad mental para el otorgamiento impugnado (...)”.

CONCURRENCIA DEL PERITO EN EL DOCUMENTO PUBLICO NACIONAL

referencia al momento en que se apreció la capacidad, en plena audiencia notarial, entonces el dictamen escrito tendría que pasar por el proceso de legalización, lo que conllevaría que su fecha no correspondería con la del acto de otorgamiento y no le es dable al notario adjuntar a la matriz un documento fechado con posterioridad a dicho acto ¿Y en todo caso qué utilidad ello tendría? ¿No acude el médico a instancia del notario, a los efectos de despejar las dudas que la abriga la capacidad del compareciente? ¿No es en definitiva el notario el único que da el juicio de capacidad? No se olvide que el médico funge como auxiliar del notario, en modo alguno le sustituye y su dictamen pericial no le compele a autorizar el documento o a negar su dación de fe. Por ese motivo comparto el razonamiento esgrimido en el citado Dictamen cuando se deja esclarecido que: *“La obtención, previo a la formalización del documento notarial, del dictamen pericial, implica que el análisis realizado por el facultativo, se verifique en un espacio de tiempo distinto al de la audiencia notarial, pudiendo diferir, entre un momento y otro la condición psíquica de la persona que nos requiere, situación que se torna excepcionalmente delicada cuando se trata de un testamento, ya que al ser un acto mortis causa, su posible cuestionamiento, mediante proceso judicial de impugnación, se va a realizar después de la muerte de su otorgante, cuando prácticamente es imposible comprobar pericialmente la capacidad mental o volitiva de esta persona. Por otra parte, conforme a la técnica notarial, se vulnera uno de los principios fundamentales que informan la actividad, la unidad de acto”*.

Tampoco está el notario compelido a solicitar el dictamen pericial en todo momento. Ello es facultativo y no preceptivo del notario. Así lo ha dejado dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia No. 888 de 31 de diciembre del 2003, primer considerando (ponente Carrasco Casi): “... *la formula notarial según la cual el Notario actuante afirma, ‘(...) que los otorgantes tienen, a su juicio, la plena capacidad para otorgar el instrumento que autoriza (...)’ no es una formalidad de redacción, sino por el contrario, uno de los requisitos esenciales de todo instrumento público, es decir que, el señalado funcionario no puede hacer constar la cuestión relativa a la capacidad legal sin que previa y plenamente le conste; con mayor razón si el quejoso pretende imponerle una obligación al Notario actuante, que en todo caso constituye vía de excepción, como resulta ser en los casos de duda por incapacidad declarada judicialmente la formalidad especial, de que la referida otorgante sea examinada por dos facultativos*⁵⁵ (...)”, en un caso en que se venía impugnando el testamento otorgado, en razón de que el notario debía *preceptivamente* solicitar dictamen pericial del facultativo, lo cual como es lógico es *facultad* exclusiva del notario, sin que sea una carga insoslayable para la eficacia de la escritura pública de testamento autorizada que en el acto notariado haya intervenido un médico, si al

⁵⁵ En este orden ha sido un gazapo de la ponente, a mi juicio, expresar que en el ordenamiento cubano puede otorgar un testamento una persona declarada judicialmente incapacitada, en intervalo lúcido, con la presencia de dos facultativos, pues ni el intervalo lúcido está regulado, ni nuestras resoluciones judiciales constitutivas de la incapacitación de una persona suelen determinar los actos para los cuales se les impide actuar al incapacitado, de modo que le sea permisible al incapacitado testar, lo cual no sería contra Derecho, pues el artículo 30 del Código Civil lo habilitaría, se me ocurre el clásico supuesto del pródigo, a quien no le debe restringir la capacidad para testar. Otro entuerto sería, en el ordenamiento familiar cubano, cómo se complementaría la capacidad del declarado judicialmente incapacitado por prodigalidad.

notario autorizante no le abrigó dudas la capacidad mental y volitiva del testador.

El notario español MARTÍNEZ DÍE en un interesante artículo, apoyándose en el Derecho positivo español sostiene con total acierto que “El Notario (...) para emitir válidamente un juicio de capacidad debe atenerse a los principios de intermediación, de investigación y responsabilidad personal, de donde se infiere que, para formar criterio sobre este particular, sólo pueda apoyarse en su propio examen, personal y directo, del interesado”⁵⁶, tal criterio tiene como sustento esencial sus conocimientos jurídicos, “por lo que un juicio adverso o favorable respecto de la capacidad de una persona no puede confundirse con un dictamen médico ni psiquiátrico”⁵⁷, juicio que es de su exclusiva incumbencia y neta responsabilidad, “quien no puede desplazarla a los especialistas que hayan podido asistir (...)”⁵⁸. Para más abundar el también notario español GÓMEZ TABOADA ha apuntado que para la apreciación del juicio de capacidad, el notario cuenta con el sentido común y con su experiencia personal y profesional. “En efecto, el notario no es un técnico, como podría serlo el médico o el psicólogo. Se debe fiar, sin más, de propio criterio”⁵⁹. El propio autor hace un análisis agudo e interesante sobre qué reglas o pasos debe tener en

⁵⁶ *Vid.* MARTÍNEZ DIE, Rafael, “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, en *La Notaría*, No. 2, mayo 2002, p. 65.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Vid.* GÓMEZ TABOADA, Jesús, “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007, p. 334.

cuenta el notario para dar el preciado juicio, recalcando en el carácter preventivo y auxiliar del dictamen médico que en cualquier caso no exime al notario de la responsabilidad que asume por el juicio de capacidad.

Tampoco se trata, y este es uno de los tópicos a tratar, que intervenga cualquier médico. A mi juicio, el médico que debe apreciar la capacidad volitiva del otorgante, solicitado a instancia del notario, y sobre este extremo volveré después, deberá cumplir ciertos requisitos de titulación, incluso comprobados por el notario en el momento de su concurrencia. Es de lamentar que el citado Dictamen No. 3/2004 de 5 de octubre no haya abundado en tal importante particular, de modo que no deja esclarecido la especialidad médica del facultativo que intervenga en el acto de autorización del instrumento. Desde una visión integradora del Derecho vigente, habrá que tener en cuenta que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo se ha pronunciado a través de su Acuerdo No. 130 de 6 de septiembre del 2002, contentivo de su Dictamen No. 418, que determina la necesaria especialización que han de tener los dos médicos dictaminantes sobre el presunto incapaz en procesos judiciales sobre incapacitación. A tales fines el citado Dictamen, si bien no establece un número *clausus* de especialidades médicas, deja esclarecido *“que la obligación por parte del Tribunal de hacer examinar al presunto incapaz por dos médicos distintos, se cumplimenta adecuadamente cuando para ello requiera la intervención de profesionales con preparación especializada en la enfermedad que se dictamina”*, de manera que

CONCURRENCIA DEL PERITO EN EL DOCUMENTO PUBLICO NACIONAL

aun y cuando el artículo 588 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en lo adelante LPCALE) *“no haga expresa referencia en lo que conaerme a tal especialización, toda vez que atendiendo al elemental principio de racionalidad que debe presidir toda decisión judicial, bien pudiera no alcanzarse el efecto corroborador buscado, si se aceptara suficiente en tal sentido el parecer emitido por médicos de especialidad ajena a la que se ocupa del padecimiento del expedientado”*, de lo cual se colige que serán especialistas en psiquiatría forense, o al menos en psiquiatría general, los profesionales idóneos para dictaminar sobre la ausencia de capacidad de una persona, a los fines de su incapacitación. Razón por la cual en sede notarial, bien pudiera entenderse que son tales especialistas los que en mejores condiciones pudieran dictaminar, aunque la naturaleza misma de la enfermedad pudiera ser dictaminada por neurólogos, intensivistas, u otros especialistas con experiencia y conocimientos suficientes como para esclarecer las dudas que le abriga al notario la capacidad de una persona que interesa comparecer en un documento público.

En fecha relativamente reciente el Ministro de Salud Pública ha dictado la Resolución No. 7/2008 de 20 de abril, por la que se crea la comisión médica para la peritación psiquiátrica forense de sujetos vinculados a procesos judiciales y se establece la metodología para el funcionamiento de las comisiones provinciales de peritación psiquiátrica forense en el sistema nacional de salud. Serán los Directores Provinciales de Salud los encargados de nombrar, mediante Resolución, al Jefe y a los miembros de cualquier categoría de las Comisiones

Provinciales de Peritación Mental, oídos los criterios de los Grupos y Centros Provinciales de Psiquiatría, Medicina Legal, Psiquiatría Infanto Juvenil y otros que estime convenientes, así como la de los centros de procedencia de los designados. La composición pericial será de tres en los casos civiles, salvo que se trate de proceso de incapacitación judicial, en que serán dos, en cumplimiento de lo legalmente establecido (artículo 588 de la LPCALE). Se nombrará un Presidente, especialista de Medicina Legal o Psiquiatría. Entre los demás peritos miembros de la Comisión se designará el sustituto del Presidente.

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

CONCURRENCIA DEL PERITO EN EL DOCUMENTO PUBLICO NACIONAL

Como nota curiosa de la mencionada resolución, a pesar de que la competencia para solicitar el peritaje médico-forense se centra esencialmente en el terreno judicial, al menos como excepción, *“podrán examinarse personas en razón de establecer su aptitud mental para realizar determinado trámite ante instancias como Notarías e Instituto de la Vivienda, por solicitud expresa de éstos y solo con relación a acciones concretas pendientes de realizar en las mismas, sin pronunciarse sobre la incapacidad o capacidad global de las personas, o sobre su estado al haberlas realizado si ya lo hicieron, lo que es de la exclusiva competencia de las Salas de lo Civil de los Tribunales”*. No quepa dudas que, en lo que al ámbito notarial concierne, en el anexo de la resolución se admite, al menos con carácter excepcional, la solicitud de examen pericial cuando se pretende otorgar válidamente un acto jurídico y el notario tiene dudas sobre la capacidad del pretenso otorgante, es claro que se trata de casos puntuales para dictaminar sobre la capacidad mental y volitiva del sujeto para ese acto en concreto (acto en tiempo futuro), no para dictaminar sobre su capacidad con alcance general o para dictaminar sobre la existencia de esta en un acto pretérito, supuestos estos dos últimos que le compete evaluar exclusivamente al tribunal a través del proceso de jurisdicción voluntaria de incapacitación judicial o el ordinario de impugnación de un acto jurídico en concreto por ausencia de capacidad *ex* artículo 67 b) del Código Civil, respectivamente.

2.2. El juicio de identidad del médico

El médico como concurrente ha de ser identificado al igual que los comparecientes. Los medios de identificación están reconocidos en el artículo 27 de la Ley de las Notarías Estatales (en lo adelante LNE). Recae en el documento de identidad el soporte legal de la identificación de las personas mayores de 16 años, según el artículo 2 a) del Decreto-Ley No. 238/2007 de 22 de junio, con el plus de que si es el notario quien hace la solicitud del médico que concurre al documento público, le competiría interesar el documento que le acredita como médico especialista, pues no es suficiente identificarlo como persona o individuo a través del respectivo documento de identidad. Su concurrencia está justificada en razón de la profesión que ejerce, para lo cual ha de estar titulado y debe aportar un carné que le identifique como tal. Hoy día, si la solicitud notarial se hace a la comisión médica para la peritación psiquiátrica forense, el médico que dictamine al compareciente, que debe concurrir al acto de autorización del instrumento público, deberá aportar al notario documento de identificación médica actualizado, en el que conste además la especialidad en la que ejerce, solo así se garantizaría la seguridad jurídica de que quien concurre como perito, en calidad de médico especialista lo hace como tal, fe de lo cual ha de dar el notario en la comparecencia del instrumento público en la que identifica al perito concurrente.

2.3. El dictamen médico pericial. Sentido y alcance

En terreno notarial, a diferencia del judicial, el dictamen médico pericial ha de ser esencialmente oral, y en este sentido se pronuncia el Dictamen No. 3/2004 de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia. En él el médico aporta al notario sus conocimientos especializados en la materia, para ello requiere el previo contacto o examen del presunto otorgante de quien se dubita el ejercicio de su capacidad. La intermediación entre uno y otro se hace un presupuesto ineludible del dictamen.

Ahora bien el dictamen médico, a mi juicio, no compele la actuación del notario. Es el notario el único responsable del juicio de capacidad que da sobre el compareciente, en el entendido, siguiendo a TORRES ESCAMEZ de que “es la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen condiciones personales de aptitud e idoneidad con arreglo a la Ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales.”⁶⁰. Motivo por el cual si a pesar de ser favorable el dictamen del médico concurrente, todavía no quedan despejadas las dudas que le abriga la capacidad de la persona que pretende actuar como compareciente, entonces le es dable la

⁶⁰ TORRES ESCÁMEZ, Salvador, “Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N° 34, abril – junio, 2000, p. 211.

abstención. Extremo que se hace más cauteloso aún en sede testamentaria.

En este sentido, no obstante, se han podido abrazar dos posiciones. Una, conforme con la cual, las conclusiones médicas sobre el tema, fundadas esencialmente en la especialidad del perito y en los conocimientos científicos que para valorar y explicar la situación ostenta, tienen un peso suficiente. Se puede argumentar que la autorización en estas condiciones, pudiese beneficiar a quien otorga al acto, y en cualquier circunstancia podrá el notario hacer constar su criterio y salvar así cualquier futura responsabilidad. Desde otro punto de vista, se afirma que el papel del perito es esencialmente colaborativo con el fedatario en la conformación del juicio que sobre la capacidad del compareciente debe este último dar, pero en ningún supuesto podrá ser sustituido dicho juicio notarial por la valoración médica.

Será preciso entonces determinar cuestiones elementales sobre la conformación del juicio de capacidad notarial. El notario como funcionario público, ha sido legitimado por el Estado para dar fe de actos o hechos jurídicos. Además, le ha sido atribuida como función, la apreciación de la capacidad de los comparecientes (*vid.* artículo 10, inciso d) de la LNE y artículos 64 y 81 de su Reglamento). De esta forma, si es el notario quien por ley está obligado a apreciar la capacidad y su dación de fe en el instrumento alcanza precisamente la materialización de esta actividad, cabría cuestionarse si resulta adecuado

que un dictamen pericial, que además es impugnabile, lo obligue a actuar en contra de su particular apreciación. Como con acierto expresa TORRES ESCÁMEZ “el criterio del especialista puede ayudar al notario a salir de la duda en sentido positivo, única hipótesis en que deberá autorizar el instrumento, con un juicio favorable de capacidad que se basa en su personal criterio (...) de lo contrario deberá abstenerse con independencia del criterio médico”⁶¹.

Los cuestionamientos más severos que recibe la teoría que apoya la inhibición del notario, es precisamente que de este modo se priva del ejercicio de sus derechos a quien ha recibido un dictamen de un especialista, nombrado además por el propio funcionario actuante y quien, si no ha sido declarado judicialmente incapacitado, se presume que puede ejercitar por sí mismo la capacidad jurídica. Claro que en tal suposición y en caso de error del notario, la persona contaría con la posibilidad de acceder a otro fedatario o presentar una queja contra aquel que se negó a autorizarle la escritura, por lo que podrá en cualquier supuesto satisfacer su interés. En caso contrario, de probarse la incapacidad, el actuar del notario habrá impedido la realización de un negocio con la ausencia de uno de sus requisitos esenciales, la voluntad.

Además, cabe reiterar que es al notario a quien se le ha conferido *ex lege* la obligación de velar por la legalidad en los asuntos de su competencia, y con ese fin la necesidad de que aprecie con rectitud la

⁶¹ *Idem*, pp. 219 y ss.

capacidad de los comparecientes. Justamente es esta la que interesa a los efectos de la validez del acto, y la que ha sido reconocida como fuerte presunción de esta situación de hecho que sólo puede ser destruida, mediante el debido proceso, y con la aportación de pruebas cumplidas y suficientes con ese objetivo⁶².

3. El intérprete como perito. Supuestos en los que concurre. Quiénes pueden serlo

Según la Real Academia de la Lengua, intérprete, del latín *interpres*, *-ētis* es la persona que explica a otras, en lengua que entienden, lo dicho en otra que les es desconocida⁶³.

La concurrencia del intérprete está sustentada en la imposibilidad del notario de poderse comunicar con el compareciente⁶⁴.

⁶² En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia No. 52 de 20 de febrero del 2008, primer Considerando de la primera Sentencia y en el único Considerando de la segunda Sentencia (ponente González García): “... ciertamente no contaba la Sala de instancia con elementos de peso suficientes que le permitieran desvirtuar el juicio de capacidad emitido por la notario actuante al otorgamiento controvertido en relación con la plena capacidad mental de la testadora, corroborada por los testigos instrumentales del mismo que lo ratificaron al comparecer como tales en este proceso y que establece una presunción de capacidad iuris tantum sólo destruible con una contundente y precisa prueba en contrario, de la que no dispuso en su momento la Sala de la sentencia interpelada (...)”.

⁶³ Consultado en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=intérprete, el 24 de abril del 2010.

⁶⁴ En ese preciso sentido, que no de la parte, no importa que la parte negocial, o parte en sentido material sepa o no el idioma en que escribe el documento público, lo que trasciende en el plano del *dictum* es que el compareciente se pueda comunicar con el notario, sea este compareciente por sí, o por representación. *Vid.* PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 210, en su crítica al Código Civil argentino.

De conocer el notario el idioma del compareciente, con independencia de que el documento se redacte en español (según se establece en nuestro caso en el artículo 32 del Reglamento de la LNE), no resulta necesaria la concurrencia de un intérprete. Ello queda palpablemente reconocido en el artículo 159, párrafo 3º, del reglamento notarial uruguayo, en el artículo 150, párrafo 3º, del reglamento notarial español, en el artículo 72, párrafo 1º, del Código notarial costarricense y en el artículo 18.4 del Código del Notariado de Honduras, entre otros, con la diferencia de que en estos se consigna tal particular, del que *a contrario* cabe colegir que la intervención del intérprete está condicionada al desconocimiento por el notario del idioma del compareciente. En otros cuerpos legales, aunque no queda explícitamente reconocido en la norma jurídica, el sentido de la lógica nos lleva a pensar que solo cabría la intervención del intérprete cuando el notario lo necesita porque no logra comunicarse con el compareciente. Igual sucede con los intérpretes en lenguajes especiales como el de los sordos e hipoacúsicos o el de los ciegos, concurren al instrumento a ilustrar, enseñar al notario una parcela del conocimiento científico de la cual este no es experto, y que resulta necesaria para la autorización del instrumento. De ahí que, la presencia de un intérprete en el documento público es pura señal de que el notario no domina el idioma o el lenguaje de señas en el cual se expresa el compareciente, razón que justifica la prescindibilidad de su concurrencia⁶⁵.

⁶⁵ No obstante, para autores como MUÑOZ, Nery Roberto, *El instrumento público y el documento*

Según la doctrina procesalista, que ha estudiado con mucho más detenimiento la actividad pericial que los notarialistas, en lo que concierne a la figura del intérprete y su concurrencia en el proceso judicial, no hay consenso en si deba reconocérsele el carácter de peritación probatoria a la actividad que realiza el intérprete en el proceso, o si por el contrario, es otra la función que éste está llamado a realizar⁶⁶. Un cierto sector considera verdadera prueba pericial la realizada por el intérprete, en tanto el carácter especializado de las máximas de la experiencia que utiliza en su actuación. Otros, por el contrario, consideran al intérprete como un perito “percipiendi”, “experto llamado al proceso para realizar una labor de ayuda en la percepción, consistente en la traducción o depuración de unos hechos, con el fin de hacer perceptible el contenido del documento o de una declaración, a través de unas máximas o reglas generales formadas por las equivalencias entre los signos y las palabras pertenecientes a distintos idiomas”⁶⁷, pero que no permite atribuirle a su función el carácter verdaderamente probatorio que defienden otros autores. De este modo se considera “que el intérprete es un mero intermediario en la prueba, que se encarga de salvar la distancia que pueda existir entre el Juez y uno de los instrumentos ya aportados al proceso”⁶⁸, el intérprete

notarial, 11ª edición, infoconsult editores, Ciudad de Guatemala, 2007, p. 19, sustentado en la legislación de su país, la intervención del intérprete es una formalidad esencial del instrumento público (artículo 31.4 de la Ley del notariado), de modo que no es posible prescindir de ellos, aun cuando el notario conociere el idioma del otorgante.

⁶⁶ *Vid. per omnia*, en la doctrina española GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M^a, *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 343.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 344.

“aplica las máximas de la experiencia a unos hechos (...) que constituyen el propio conocimiento que quedó fijado en otro instrumento previamente”⁶⁹. Con la traducción, el intérprete, lejos de buscar en el juez el convencimiento, auxilia a que los datos que pasan a incorporarse al proceso puedan ser apreciados como fuente de prueba válida por el juzgador, permite el entendimiento del juez, dado que el idioma en que consta la declaración o se ha escrito el documento le impide al juez su verdadero conocimiento. En este orden se aduce que la función del perito se limita a suplir la falta de conocimientos especializados del juez, y no probar los hechos afirmados por las partes, en este orden el perito se limita a aportar al juez las máximas de la experiencia, pero desprovistas de cualquier consideración fáctica.

Llevado ello al campo notarial, el intérprete en el instrumento público, actúa como un perito que auxilia al notario en la comunicación con el compareciente. Es una necesidad que impone al notario acudir a un experto encargado de proporcionarle los conocimientos del idioma que posee para facilitar la autorización del instrumento público. Se trata, siguiendo la clasificación procesal, de un perito “percibiendo”, en tanto su función consiste en la sustitución o ayuda al notario en la mera aprehensión o captación de un dato fáctico, concretamente la destreza y exactitud en la traducción de la lengua extranjera, máxima de la experiencia especializada que se busca con su concurrencia.

⁶⁹ *Ibidem*.

3.1. Necesidad o no de su calificación profesional y de su condición de intérprete oficial

Aunque en este orden, la posición que se adopta en el Derecho Comparado es disímil⁷⁰, hoy día se tiende a no exigir calificación profesional sobre todo en los intérpretes o traductores cuando concurren como peritos. Tratamiento distinto merecen otro tipo de peritos, incluidos los intérpretes del lenguaje de señas. No necesariamente el conocimiento del lenguaje técnico-jurídico propio de los documentos públicos notariales, está unido a la existencia de un título habilitante como intérprete o traductor. El intérprete, a mi juicio, puede incluso aportarlo el compareciente, debe ser alguien con quien éste tenga vínculos, pues ello permitiría una comunicación más fluida. El conocimiento del idioma no viene dado, con exclusividad, por los

⁷⁰ Resalto ante todo España, por la impronta que ha dejado en toda Hispanoamérica y, en especial en Cuba. No puede perderse de vista la importancia que ha tenido la figura del traductor jurado, toda una carrera profesional en España, con un linaje histórico indiscutible. De este modo se entiende que una traducción jurada hace fe pública y tiene efectos legales en el sentido de que la traducción certificada por intérprete jurado se tiene por fiel al original mientras no sea modificada por la única autoridad competente para revisarla, la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores. El traductor jurado colabora habitualmente traduciendo documentos escritos administrativos, convalidación de titulaciones académicas, documentos de procesos de naturalización, permisos de residencia o documentos judiciales y certificando que la traducción es correcta y completa, pudiendo también prestar una declaración ante la Administración Pública o la Justicia, como interprete ante un juez, notario, incluso en una ceremonia de matrimonio, o cualquier otro acto de tipo jurídico en el que intervengan algunas personas que desconocen el idioma castellano en que se desarrolla dicho acto. La traducción jurada, para su presentación ante los organismos oficiales, tiene que ir firmada y sellada por el traductor jurado, con el correspondiente nombramiento por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, garantizando que la traducción es fiel al original. Los traductores jurados están acreditados por el Ministerio de Asuntos Exteriores y el traductor jurado se responsabiliza de la traducción con su firma y sello. Sobre sus antecedentes *vid.* PEÑAROJA FA, Josep, “Historia de la intérpretes jurados en España”, en <http://www.tradulex.org/Actes2000/penaraja.pdf>, consultado el 20 de abril del 2010.

CONCURRENCIA DEL PERITO EN EL DOCUMENTO PUBLICO NACIONAL

estudios que se hacen como segunda o tercera lengua. Tengamos en cuenta las personas que han nacido y vivido una buena parte de su vida en un país no hispanohablante. Esta persona puede tener un dominio del idioma, incluso superior al de un graduado universitario. A fin de cuentas, tampoco el graduado universitario, tiene que conocer al dedillo el lenguaje jurídico en la lengua que ha estudiado. Sin duda, lo óptimo fuera contar con intérpretes especializados en el lenguaje jurídico, incluso jurídico civil, que es el que prima en los documentos públicos notariales, pero ello en una sociedad tan dinámica como la nuestra se hace imposible. En tal sentido advierte COBO ROURA que “En Derecho la traducción de temas legales suele ser compleja y siempre corre el riesgo de ser insatisfactoria una traducción realizada por alguien que, aunque excelentemente preparado en el conocimiento del idioma, carece de los elementos indispensables para identificar la institución o el término legal adecuado. Aquí no se trata de aproximación o equivalencia: el término cuenta”⁷¹. Empero, en sede notarial, son los comparecientes los que deben pechar con la carga de aportar el traductor⁷². Esa es la fórmula que se colige del artículo 57 del Reglamento de la LNE, cuando alude a “*un intérprete*”, sin más. Es suficiente que esté habilitado para comunicarse con el compareciente

⁷¹ *Vid.* COBO ROURA, Narciso, “Ni muy muy ni tan tan: El intérprete judicial en Cuba. Apuntes”,

<file:///E:/Intervención%20de%20peritos%20e%20interpretes%20en%20el%20documento%20público%20notarial/Cobo,%20Interpretación%20Judicial%20en%20Cuba.pdf.htm>, p. 8.

⁷² Posición que se adopta por el artículo 23.4 de la Ley del Notariado nicaragüense, el artículo 16.6 del Código del Notariado de Honduras y el artículo 30, párrafo 1°, de la Ley del Notariado del Perú.

que no domina el idioma español⁷³. El notario debe tan solo limitarse a narrar en el instrumento la concurrencia del intérprete, pero sin que corra a su cargo el exigir título que le habilite al efecto. Ni tan siquiera remite el autor de la norma, a la LPCALE, en sede de prueba pericial (artículos 301 al 315). En el orden notarial, el intérprete debe dominar el idioma del compareciente, o un tercer idioma, de conocimiento común por el compareciente y el intérprete. Corresponde así dar juicio de identidad a través de su correspondiente documento de identificación o pasaporte, sin que sea necesario dar juicio de capacidad, pues en todo caso el autor del negocio o del acto jurídico (si ese es el contenido del instrumento), su autor, es el compareciente, y de él es quien le corresponde dar el mencionado juicio de capacidad. Eso sí, le es dable al notario declarar en el documento que el otorgante manifiesta haber quedado enterado de su contenido a través de la traducción realizada, siendo responsabilidad del traductor la fidelidad de lo traducido, extremo respecto del cual también debe hacerse constar en el documento público, al estilo de cómo lo estipula el Código del Notariado hondureño que en su artículo 16.6 deja esclarecido que el intérprete “*prometerá el fiel cumplimiento de su cometido*”⁷⁴. No es imputable

⁷³ Como arguye CORCUERA GARCÍA, Marcos, *Comentarios a la Ley del Notariado*, prólogo de Carlos E. Becerra Palomino, Marsol Perú editores, Lima, 1994, pp. 51-52, al comentar el artículo 30 de la Ley de su país (incólume tras la nueva Ley del 2008), solo se requiere que “se trate de una persona que tenga conocimiento suficiente del idioma, al no exigir la norma requisito específico para tal fin”.

⁷⁴ Llama la atención en ese sentido el Reglamento notarial uruguayo que en su artículo 161, con meridiana claridad dispone: “*En los casos en que corresponda la intervención de un intérprete, el otorgante que lo designa será responsable por su idoneidad*”. Existe aquí un desplazamiento *ex lege* de la responsabilidad por el traductor concurrente, imputable al otorgante que lo ha designado. Si es

al notario una responsabilidad por culpa *in eligendo*, pues no es a él, a quien la norma le impone el nombramiento del intérprete. Si así fuere, entonces sí que la responsabilidad es atribuible en tal concepto⁷⁵. De todos modos, el notario es el autor del documento público notarial, y deberá actuar con prudencia y racionalidad cuando admita la concurrencia del intérprete.

Intérprete puede ser tanto un nacional, como un extranjero. Si un ciudadano extranjero se hace acompañar de otro ciudadano extranjero que conoce el idioma español, esta persona puede perfectamente fungir como intérprete. El concepto de ciudadanía no atañe a la condición de intérprete. Incluso, el propio artículo 57 del Reglamento de la LNE supedita también su concurrencia a que el compareciente extranjero no hable el idioma español. De la misma manera que, aunque excepcional, incluso lamentable, puede comparecer ante notario cubano, un ciudadano también cubano, que ha fijado residencia en el extranjero desde muy corta edad, y que desconoce el idioma español. En tal caso se aplicaría respecto de él, el mencionado artículo reglamentario. Lo más técnico hoy día ha de ser, más que

él quien necesita comunicarse, nadie mejor que el propio otorgante para juzgar la idoneidad de la persona que le pueda facilitar la comunicación con el notario y hacerle entender en su idioma el contenido del documento notarial, que otorga o asiente, redactado en el idioma oficial del país en el que se encuentra, temporal o permanentemente.

⁷⁵ A diferencia de otros ordenamientos como el ecuatoriano. La ley notarial ecuatoriana en el artículo 29.5 deja sentado que: “*La circunstancia de haber intervenido un intérprete nombrado y juramentado por el notario, cuando alguna de las personas que intervienen ignora el idioma castellano*”. Aquí, el hecho de que es el notario quien nombra al intérprete lo hace responsable de su idoneidad por culpa *in eligendo*.

referirse a extranjero, hacerlo a no hispanohablante. Lo que trasciende en el orden instrumental en lo que vengo estudiando, es precisamente esa circunstancia y no la condición de extranjero, tal y como lo hace, de manera reiterativa, la mayoría de las normas notariales estudiadas a ese fin. Hoy día, a muy lamentar también, el desconocimiento del idioma español, no es consustancial a la condición de extranjero. Ejemplo de ello lo es cierto sector de la comunidad, hispana por su origen, con residencia en Estados Unidos, que no domina con fluidez el idioma español, para decirlo con prudencia.

Más polémico resulta determinar si alguno de los parientes de los comparecientes puede ser intérprete. Considero que aquí no fungen las mismas reglas que para los testigos. Las razones que motivan la concurrencia de uno y otro son muy diferentes. Ni qué hablar. Incluso pudiera serlo uno de los comparecientes. Con ello se evitaría la presencia de persona ajena a los comparecientes del instrumento. Fórmula similar a esta utilizan algunas legislaciones en sede de testigos de conocimiento⁷⁶. Las pocas normas que en sede notarial se dedican a regular la concurrencia del intérprete en el documento público tienden a flexibilizar los requisitos exigidos para ello, en pos de agilizar el tráfico jurídico. No obstante, reitero, las posiciones que asumen los legisladores pueden resultar encontradas.

⁷⁶ Así, *v.gr.*, el artículo 17 de la Ley notarial de Puerto Rico, incluye como medio supletorio de identificación de los comparecientes, “(b) *La identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el notario*”.

CONCURRENCIA DEL PERITO EN EL DOCUMENTO PUBLICO NACIONAL

De todas maneras, no pueden necesariamente hacerse extensivas las prohibiciones para concurrir como testigos a la figura del intérprete. Si corresponde a cada compareciente la carga de su designación, entonces es lógico que pudiera convocar a uno de sus parientes más próximos, a menos que otro compareciente en el instrumento se negare a ello. Empero, en el Derecho Comparado, hay ordenamientos jurídicos que aplican por remisión expresa de la norma, las prohibiciones para concurrir como perito (incluyese aquí al intérprete), las que ya vienen establecidas en sede testifical, a guisa de ejemplo, cítese el Código Notarial de Costa Rica que en su artículo 136, párrafo 1º, dispone: *“El nombramiento de peritos por parte de los notarios, no podrá recaer en empleados ni allegados suyos; tampoco en ninguna persona de las referidas en el inciso c) del artículo 7”*, precepto este último que hace extensiva la prohibición para la autorización por el notario de documentos públicos en los cuales intervengan parientes allegados del perito (del orden de los ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad de aquel), su cónyuge, o su conviviente⁷⁷. Otras prohibiciones, hoy contenidas en el artículo 30 de la LNE se justifican o se “adaptan” menos en sede de intérpretes ¿Qué motivo habría para impedir la concurrencia como tal a un menor de 16 años que domine perfectamente el idioma del compareciente? La negativa es insostenible en el Derecho cubano que en sede notarial no

⁷⁷ No puede obviarse que el referido Código en su artículo 72, tercer párrafo, deja expresamente regulado que: *“Las normas referentes a la capacidad, las condiciones y prohibiciones de los testigos instrumentales serán aplicables a los intérpretes”*.

exige titulación alguna para concurrir como intérprete en un documento público notarial. En todo caso el notario será quien velará, con prudencia y racionalidad, por la comunicación del intérprete con el compareciente, pues al no tener carácter de intérprete oficial, del libre y deliberado otorgamiento instrumental y negocial es guardián el notario como funcionario público garante de la legitimidad y autenticidad de la declaración negocial de voluntad exteriorizada. No obstante, esta posición, como ya he destacado, tiene matices en el Derecho comparado pues hay cuerpos legales que hacen recaer la responsabilidad por la idoneidad del perito al compareciente que lo propone, se ubica aquí el Reglamento notarial uruguayo que en su artículo 161 dispone: “*En los casos en que corresponda la intervención de un intérprete, el otorgante que lo designa será responsable por su idoneidad*” y el artículo 30 del Reglamento del Notariado del Perú, quien, de igual manera, hace descansar la responsabilidad por la fidelidad de la traducción al intérprete nombrado por la parte que ignora el idioma.

La exigencia del pleno ejercicio de la capacidad jurídica del intérprete, dada la naturaleza de su concurrencia en el instrumento público, es un plus añadido, al cual es ajeno a la verdadera función tuitiva que el Derecho ejerce. Nótese además que el legislador notarial en sede de testigos incurre en el grave error de incluir dentro de las prohibiciones del artículo 30, concretamente en su inciso a), ser menor de 18 años de edad, lo que resulta un gazapo jurídico superable solo por

vía de integración del Derecho. Si a lo que se refiere el legislador es a que el testigo debe cumplir con el requisito de la mayoría de edad, entra en colisión con el artículo 29 a) del Código Civil que reconoce el ejercicio de la plena capacidad jurídica a los menores de edad que se hayan emancipado por razón del matrimonio (en nuestro contexto, las mujeres mayores de 14 años y los varones mayores de 16 años, según artículo 3, segundo párrafo, del vigente Código de Familia). Y nadie se le ha de ocurrir que una persona casada, con pleno ejercicio de la capacidad jurídica, no pueda concurrir como testigo, ni como intérprete en un instrumento público, solo porque no ha cumplido los 18 años de edad.

3.2. Los intérpretes en los supuestos de comparecencia de personas con determinadas discapacidades sensoriales. La posición de nuestro Reglamento notarial

El apartado segundo del artículo 50 del Código Civil brinda cobertura a toda persona con discapacidad para realizar actos jurídicos respecto de los cuales no tenga un impedimento en razón de la discapacidad física o mental padecida. El legislador ofrece así amplias posibilidades en cuanto a la manera de realizar los actos jurídicos, y con esta norma de alcance general, deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, *v.gr.*, a través del lenguaje de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad

exteriorizada, aún y cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (personas con discapacidad físico-motora) o del lenguaje oral (mudos). Ahora bien, esa comprensibilidad de la que habla el legislador trasciende al mundo de las personas que no tienen discapacidad, ya sea *per se*, o por el recurso del interprete (ya de un sordomudo o de un sordociego, *v.gr.*) quien tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar impeditivo a la persona con discapacidad de intervenir como cualquier otra persona en el tráfico jurídico.

El Derecho no pone cortapisas, deja la exteriorización de la declaración de voluntad, nervio central del acto jurídico, a las posibilidades de actuación del sujeto, según sus potencialidades y posibilidades reales, quien elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender. Colígrese que el Código Civil cubano utiliza a tal efecto la conjunción disyuntiva o alternativa “o” y no la copulativa “y”, *ergo* es a él a quien le corresponde elegir la vía más apropiada a sus circunstancias. Hoy que en Cuba el acceso de personas con discapacidad a la enseñanza es algo cotidiano, el empleo de un intérprete en el lenguaje utilizado, de tratarse *v. gr.*, de sordomudos, no supondría un esfuerzo extraordinario o una erogación adicional para el otorgante del acto. Ni tan siquiera el Código Civil exige que se acredite ante el funcionario correspondiente, como pudiera ser un notario, la titulación que habilita a quien se dice conocedor del lenguaje de señas, para el ejercicio de su función. Es suficiente que demuestre en la *praxis*

sus conocimientos y los despliegue con eficiencia, permitiendo la comunicación de la persona con discapacidad con quien o quienes intervendrían en el acto jurídico a concertar, incluido, por supuesto, el funcionario autorizante.

El propio precepto establece como alternativas de la comunicación de la persona con discapacidad sensorial: la comunicación *per se* o a través de interprete, término este último empleado por el legislador del Código Civil en el citado artículo 50, intérprete entendido en el sentido de persona perita en el lenguaje de las señas, sobre todo cuando se trata de sordos o hipoacúsicos⁷⁸ o de

⁷⁸ Se hace imprescindible distinguir entre el sordo y el hipoacúsico, pues las discrepancias en sus afectaciones implican también, diferencias en las habilidades que desarrollan y los medios de comunicación con que cuentan. El sordo es aquel que presenta una pérdida auditiva bilateral severa o profunda. Conocida como hipoacusia neurosensorial bilateral, siempre que esté presente en estos grados. Por el contrario, si la hipoacusia neurosensorial es bilateral pero en grado moderado o ligero, estamos ante un hipoacúsico.

En términos generales, el sordo no percibe ningún sonido, a diferencia del hipoacúsico que en ocasiones escucha, pero no entiende lo que se le habla, en especial si son varias personas las que están conversando. Sin embargo, podrá mantener una conversación con otra persona y escucharlo siempre que no interfieran otros sonidos. En dependencia, incluso, del grado de afectación, habrá algunos que puedan sostener un diálogo por teléfono sin auxilio de otra persona.

Otra distinción necesaria, es en relación con el habla. El término correcto es “sordo” pues el defecto o alteración que padecen no les afecta la función del habla, por esta razón no son “sordomudos”. Si bien es cierto que la hipoacusia neurosensorial bilateral severa o profunda en dependencia del momento en que afecte a la persona le puede impedir el desarrollo y articulación del lenguaje oral, esto no significa que esté imposibilitado de emitir sonidos, hecho que comúnmente ocurre como efecto de la educación escolar y familiar que haya recibido.

El hipoacúsico, por el contrario, articula palabras como cualquier oyente, hecho que le permite una mejor comunicación con el resto de la sociedad e incluso sin la intervención de intérpretes en muchos casos. Esta situación beneficia su actuación en el marco jurídico, ya que conocen y entienden el español, aspecto que una vez más los distingue de los sordos. Otro elemento que no se puede perder de vista al momento de determinar el tratamiento del que puede ser objeto es en qué momento fue afectado por la discapacidad. Habrá que distinguir entre quienes la padecen de nacimiento o de los primeros años de vida y quienes una vez que aprendieron no solo a hablar también a escribir quedaron bajo sus efectos. De este aspecto dependerán las diferentes habilidades que desarrollen y los conocimientos que de la sociedad en que viven obtengan, así como del lenguaje que en ésta se utiliza para la comunicación. Queda por sentado

sordociegos⁷⁹, esté titulado o no quien funja como intérprete. Lo que trasciende en aras de la autonomía privada es que la persona con discapacidad pueda exteriorizar su voluntad. No puedo negar que este intérprete es tratado en la legislación especial, dígase la notarial y la registral del estado civil, como un testigo “idóneo”, a ruego o de asistencia, que auxilia a la persona con discapaciad, en su condición de compareciente al instrumento público, si bien en buena técnica jurídica estamos en presencia de alguien que concurre en razón de su habilidad o pericia profesional, razón por la cual debe tener el tratamiento de perito, en calidad de intérprete, que no de testigo, calificado además de “idóneo”, pues “idónea” debe ser toda persona que concurra a un documento

entonces, que esta discapacidad por sí no afecta la capacidad natural de las personas, pero afecta las posibilidades de comunicación con los oyentes, por lo que se precisa de terceros que hagan posible el intercambio de voluntades. Sobre el tema *vid.* BELL RODRÍGUEZ, Rafael, *Educación Especial: Razones, visión actual y desafíos*, Pueblo y Educación, La Habana, 1997, CASTELLANOS PÉREZ, Rosa María y Xiomara RODRÍGUEZ FLEITAS, *Actualidad en la educación de los niños sordos*, Pueblo y Educación, La Habana, 2003; SÁNCHEZ BERGARA, Sheila, “Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la *testamentifacio* activa”, *Trabajo de Diploma*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005 (inédita).

⁷⁹ Se entiende por sordoceguera aquella discapacidad que afecta de forma total o parcial la visión y la audición de una persona, independientemente del tiempo que permanezca tal perturbación, tampoco interesa el momento de la vida en que se produzca, de ahí que la diversidad de casos haga más compleja la situación. Esta discapacidad genera en quien la padece problemas de comunicación, únicos, y necesidades especiales derivadas de la dificultad de percibir de manera general. Algunas personas con sordoceguera son totalmente sordas y ciegas, mientras que otras pueden tener restos auditivos y/o visuales, lo cual sin duda le permitirá una mejor adaptación. Es una discapacidad con entidad propia por la cual las personas que la padecen requieren servicios especializados, personal específicamente formado para su atención y métodos especiales de comunicación. Entre sus principales causas se encuentran los nacimientos prematuros, las infecciones (meningitis, sífilis y rubéola) la presencia de algunos síndromes (de Down, Trisomía 13 y Usher) así como también el uso de medicamentos ototóxicos y la toxoplasmosis. La causa más frecuente adquirida es el Síndrome de Usher, afectación genética cuyos síntomas más frecuentes son la sordera congénita y una progresiva pérdida de la capacidad visual debida a retinosis pigmentaria. Es una enfermedad hereditaria que exige que tanto el padre como la madre sean portadores del gen responsable.

público notarial en calidad de testigo y de igual manera que “idónea” ha de ser toda persona que concurra en calidad de perito, cualquiera sea el objeto de su dictamen pericial. Como ha dicho la Dirección de los Registros y del Notariado de España “A los intérpretes hay que asimilar los peritos en el lenguaje de los sordomudos, si no saben leer y escribir (...)”⁸⁰.

Tal y como explicaba, el Reglamento notarial en su artículo 38 incurre en la imprecisión terminológica de llamar testigo idóneo al intérprete, versado en el lenguaje de las señas que facilite la comunicación del compareciente con discapacidad sensorial. No caben dudas que la idoneidad a la que se refiere el Reglamento hace alusión a persona habilitada técnicamente para permitir que la persona con discapacidad pueda comunicarse con el mundo exterior. Esa idoneidad, no es sino la especial aptitud del perito, en razón del ámbito del conocimiento en el que es experto, o sea, en el que tiene conocimientos especiales, por encima de la media, en razón, esencialmente, de su pericia profesional. Empero, no cabe duda que su concurrencia al instrumento no debe ser entendida como un testigo, pues él no brinda testimonio alguno, ni auxilia al otorgante con la firma, sino con el lenguaje que le permita fácilmente comunicarse con el resto de los comparecientes y con el notario.

⁸⁰ Vid. TAMAYO CLARES, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, p. 73.

La presencia de intérpretes en el lenguaje de señas se hace vez más patente en la realidad social, no solo para actos de naturaleza jurídica, sino para facilitar la comunicación de las personas con discapacidad en su entorno social. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre del 2006, ratificada por Cuba, incluye en su artículo 8.2 e) como medidas de apoyo a las personas con discapacidad, la necesidad de que los Estados Partes adopten medidas tendientes a la asistencia de estas personas, de intérpretes en el lenguaje de señas, para facilitar su acceso a edificios e instalaciones abiertas al público. Cabe llamar la atención en este sentido la posición de Nicaragua, con la aprobación de la Ley del lenguaje de señas, Ley No. 675, de 12 de febrero de 2009 y publicada en *La Gaceta*, No. 75, del 24 de abril de 2009, en cuyos artículos 5 y 6, respectivamente, se establece que: *“En todas las instituciones del Estado y en los actos oficiales públicos, de carácter nacional o local, que presidan el Presidente de la República, los Presidentes de los demás Poderes del Estado y Ministros de Estado, se garantizará por el Estado, la participación de intérpretes de lenguaje de señas para las personas con discapacidad auditiva”* y que a los efectos de la comunicación masiva, *“Los propietarios de los medios de comunicación audiovisuales, deberán utilizar intérpretes de lenguaje de señas para comunicar e informar a las personas con discapacidad auditiva”*. Y de igual manera es prioridad del Estado, la formación de intérpretes, de modo que *“... reconocerá la titulación y formación docente de intérpretes para personas con discapacidad auditiva de Nicaragua efectuadas por instituciones acreditadas a nivel nacional y por las*

extranjeras acreditadas por convenios internacionales que cumplan con los requisitos establecidos por el Consejo Nacional del Lenguaje de Señas Nicaragüense”, debiendo “... priorizar la implementación de la participación de intérpretes de lenguaje de señas para las personas con discapacidad auditiva, a las Instituciones y organismos que brindan servicios públicos y de asistencia social”.

Por esa razón, urge la necesidad de que en las normas notariales se regule la participación de estos intérpretes, muchas veces permisible al amparo de la aplicación analógica de aquellas normas, que se refieren con exclusividad al traductor o intérprete de una lengua extranjera, pero no con especial referencia al lenguaje de señas.

3.3. El notario como intérprete

El Derecho Notarial cubano se sitúa entre los que admiten al notario practicar él mismo la traducción. Incluye el Reglamento de la LNE la traducción entre los documentos públicos no protocolizables. Según su artículo 121 c) es competencia del notario *“la traducción que hace (...) de un documento en idioma español a otro idioma o viceversa”*, ergo, no requiere un traductor cuando conoce el idioma en que está redactado el documento, de modo que puede hacer el mismo la traducción, dado que para adjuntarlo a la matriz requiere que esté traducido, ya que no es posible que obre en el protocolo notarial un documento redactado en idioma distinto al español y no esté previamente traducido, recordemos

v.gr., que cuando se protocoliza un documento autorizado en el extranjero, lo que circulará en Cuba será la copia del acta de protocolización, autorizada esta última ante notario cubano, quien insertará a la matriz la copia u original del documento notarial autorizado en el extranjero, previo cumplimiento de todos los requisitos formales que exige el Derecho vigente, respecto a las certificaciones y legalizaciones. A muy lamentar, Cuba no ha ratificado el Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961, que simplifica el procedimiento de legalización y produce sus mismos efectos cuando el documento extranjero apostillado es presentado en alguno de los países firmantes o adheridos al Convenio⁸¹.

La traducción se convierte en un documento en el que se corporifica un hecho propio del notario, por el cual asume la responsabilidad directa del documento traducido que autoriza y que circulará en original en el tráfico jurídico, si lo que se interesa es únicamente la traducción para hacerlo valer frente a terceros, pues bien que pudiera él mismo hacer la traducción, e incorporarla a la matriz, a los fines de cumplimentar el requisito de que todo documento que obra en el protocolo notarial, sea éste, matriz original o incorporada, esté redactado en idioma español o, en su defecto, traducido. No tiene

⁸¹ Sobre el tema *vid.* FUGARDO ESTIVIL, Josep María, “La apostilla del convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961”, en *La Notaría*, Nos. 59-60, noviembre-diciembre 2008, pp. 17-50.

CONCURRENCIA DEL PERITO EN EL DOCUMENTO PUBLICO NACIONAL

tampoco el notario que acreditar título justificativo de sus estudios sobre el idioma del que traduce o al que traduce. Y en este orden, hago la salvedad de que cuando lo que se interesa es un documento no protocolizable, pudiera solicitarse la traducción a otro idioma, distinto del español que domina el notario. Recuérdese que al tratarse de un documento no protocolizable, por excepción y dada la expresa finalidad de traducción, puede redactarse en idioma distinto al español y es a ello a lo que se orienta el artículo 121 c) del Reglamento notarial: el notario es competente para hacer la traducción del español a otro idioma y de ese otro idioma al español. Se trataría en el primer caso de un documento, autorizado por el notario para surtir efectos en el extranjero, en un país de lengua materna distinta al español. Por ese motivo cuando un extranjero concurre ante notario, la matriz del documento y las copias se autorizarán y expedirán, respectivamente, en español, pero además de ello, si el notario domina el idioma hablado por el extranjero, o un tercer idioma de común conocimiento por ambos, pudiera hacer la traducción del contenido de la matriz, y autorizar en ese caso, no una copia de la matriz en otro idioma, sino la traducción de la matriz, como documento no protocolizable, así calificado, y, en consecuencia, con el cobro del arancel que a tales efectos está vigente.

No reconoce nuestro Derecho positivo, me refiero concretamente al actual Reglamento Notarial, la posibilidad de autorización del documento en que concurre un extranjero, a doble columna, formalidad reconocida en el Reglamento notarial español en su artículo 150, segundo párrafo, a cuyo tenor le es dable al notario, *“autorizar el documento a doble columna en ambos idiomas (...) si así lo solicitare el otorgante extranjero, que podrá hacer uso de este derecho aun en la hipótesis de que conozca perfectamente el idioma español”*, o sea, el solo hecho de ser extranjero, amén de su conocimiento o no del idioma español le permitirá la posibilidad de utilizar la doble columna. En este caso, cabe que el notario haga *per se* la traducción o que se inserte la realizada por traductor oficial, si bien en este último sentido hay autores que consideran que no se impone una traducción oficial, siendo suficiente que “el notario (...) analice la fidelidad de la traducción que normalmente traerá el extranjero o sus asesores legales. En todo caso debe quedar claro que en caso de discrepancia entre el texto de la escritura y la traducción, siempre prevalecerá el contenido de la escritura”⁸². En este mismo sentido se ha dejado dicho también que en aras de dar respuesta a la globalización a la que nos enfrentamos sería posible en España, aunque el citado Reglamento no lo reconoce expresamente, que un compareciente español, representante orgánico o voluntario de una sociedad mercantil española que pertenece a una

⁸² Vid. MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio, “Comentarios al artículo 150 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, p. 370.

multinacional o que es filial de una sociedad extranjera, interese a los fines de que pueda viabilizar su circulación en el tráfico jurídico, que la autorización del documento se haga a doble columna, siempre que el o los otorgantes españoles conozca(n) el idioma extranjero, lo cual sin dudas resulta completamente razonable⁸³.

En relación con la posibilidad de que el notario haga un a traducción, ordenamientos como el español le dan luz verde, el penúltimo párrafo del artículo 150 del Reglamento notarial lo permite sin más cortapisas, al disponer: . *“el Notario que conozca un idioma extranjero podrá traducir los documentos escritos en el mencionado idioma, que precise insertar o relacionar en el instrumento público”*, sin embargo, en el Derecho Comparado no se sigue una línea uniforme en este orden. La Ley que da mayor utilidad al notariado en Nicaragua (Ley No. 139 de 12 de diciembre de 1991), permite en su artículo 5, la posibilidad de una traducción ante notario, sin la presencia del juez, pero, siempre que esta se practique por un perito designado por el propio notario, lo cual es un absurdo, pues ello solo operaría si el notario no conociere el idioma, pero de ser experto en él, pudiera hacerla sin necesidad de recurrir a un perito, en todo caso el daría fe de su propia traducción. Para colmo la norma establece que la traducción se hará constar a través de escritura pública, colofón de este absurdo jurídico.

⁸³ *Idem*, p. 373.

4. La concurrencia de otros peritos en la autorización de determinadas escrituras públicas y de las actas notariales, concretamente de las actas de presencia

La concurrencia de peritos al instrumento público no puede ser *numerus clausus*, ello estará en dependencia del área del conocimiento respecto de la cual requiere el notario la presencia de un experto en el instrumento público, sin negar que los estudiados sean los más comunes.

Otros profesionales no suelen concurrir *per se*, sino a través de los dictámenes que aportan, *v.gr.*, los arquitectos o ingenieros civiles, en documentos públicos en los que se describen acciones constructivas, cuyo dictamen se hace pieza ineludible de la descripción notarial, que formará parte de la matriz del documento público autorizado. No obstante, nada quita que puedan concurrir al acto notariado. Es común que ello suceda en la autorización de actas notariales, en concreto de las actas de presencia o de comprobación como también se les denomina⁸⁴, actas que como dice GARCÍA-BERNARDO son “declaraciones asertorias representativas o de previsión, relativas a un hecho físico, que debe autenticar el Notario en su declaración oficial, previa comprobación por sus sentidos”⁸⁵. Como arguye TAMAYO CLARES “Son cada vez más frecuentes en ciertas actas que requieren conocimientos técnicos de los

⁸⁴ Así, *v.gr.*, en el Derecho uruguayo, artículo 182 del Reglamento Notarial.

⁸⁵ GARCÍA-BERNARDO *cit. pos* GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 742.

que carece el Notario. Su intervención ayuda al Notario a percibir por sí mismo los hechos objeto de su actuación e incluso a apreciarlos con mayor precisión, enseñándole como dice R. Adrados, a que por sí mismo vea lo que en otro caso no sabría mirar. El Notario separará lo que resulte de su percepción directa de lo que manifiesten los peritos (...). Si hay dictamen conviene incorporarlo a la matriz, al menos por testimonio literal”⁸⁶. En este sentido la doctrina más reciente⁸⁷, en un estudio exegético del artículo 207 del Reglamento notarial español, ha dicho que se trata de un acta notarial mixta en la que hay elementos propios de las actas de presencia y también de las actas de referencia, o sea, en ellas el notario redactará los hechos que perciba con la mayor objetividad posible sobre la base de la utilización de sus sentidos, unido a la valoración técnica que de esos mismos hechos haga el perito concurrente, valoración que en el plano de las actas tributa en el ámbito de las actas de referencia, siendo necesario que en el orden instrumental queden verdaderamente deslindadas una y otra actuación, a saber: la del notario y la del perito. No obstante, nada quita que sea el perito el que concurra al instrumento, ahora como compareciente, a los efectos de verter su declaración en los moldes notariales, declaración que no por ello dejará de valorarse como una declaración de corte pericial. Según definen estos propios autores “Las manifestaciones de carácter pericial

⁸⁶ *Vid.* TAMAYO CLARES, M., *Temas...*, *cit.*, p. 73.

⁸⁷ *Vid.* SOLÍS VILLA, Carlos y Francisco JAVIER MORILLO, “Comentarios al artículo 199 del Reglamento Notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, p. 574.

(...), recogen informes técnicos de los contenidos más variados, y apenas plantean problemas de valoración de su licitud intrínseca”⁸⁸.

En el Derecho comparado, algunos ordenamientos, en su mayoría de reciente “facturación”⁸⁹, han reconocido expresamente la concurrencia de peritos en estos tipos de actas (las de presencia), que como expliqué también se les llama de comprobación. Así, el Reglamento Notarial uruguayo en su artículo 182 establece que: “*El Escribano requerido para presenciar o comprobar hechos, circunstancias o cosas, deberá hacerse asistir por peritos, cuando la comprobación requiera conocimientos especializados que excedan a los suyos propios. Se recogerán las declaraciones y juicios que formulen bajo su responsabilidad dichos peritos, debiendo suscribir el acta respectiva*”. Por su parte el Código Notarial de Costa Rica, al regular los requisitos a cumplir en materia de actas, señala en el inciso i) del artículo 102 la posibilidad de que “*En las actas podrán incluirse informes o juicios de profesionales, peritos y otros concurrentes, sobre la naturaleza, las condiciones y consecuencias de los hechos comprobados. Se indicarán sus nombres, apellidos y calidades, y ellos deberán firmar el acta*”. Similar posición toma la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad de Buenos Aires, en ocasión de regular las actas de presencia y de comprobación, al disponer que en ellas “*Se podrá dejar constancia de las declaraciones y juicios que emitan peritos, profesionales y otros concurrentes, sobre la naturaleza, características, origen y consecuencias de los hechos comprobados. Será suficiente que tales personas se*

⁸⁸ Vid. SOLÍS VILLA, C. y F. JAVIER MORILLO, “Comentarios al artículo 208 del Reglamento Notarial”, en *Nueva legislación...*, I, *cit.*, p. 599.

⁸⁹ Se trata de normas legales promulgadas a finales de la década pasada y en esta.

identifiquen mediante la exhibición de documentos expedidos por autoridad competente”.

Del análisis de dichas normas legales, a simple vista salta la presencia del perito con alcance general, sin determinar la especialidad de sus conocimientos; su función de asistencia o auxilio al notario para dejar delimitados los hechos acontecidos en presencia notarial, pero sin que ello invada la apreciación puramente objetiva por el notario de tales hechos; la participación del perito como concurrente, en un acta que, siguiendo a la doctrina española, rebasa el concepto químicamente puro de acta de presencia o de comprobación, para devenir en acta de naturaleza mixta, al coincidir en el mismo plano instrumental la declaración notarial sobre el hecho percibido (acta de presencia) y la declaración de un tercero, en el caso, la declaración pericial (acta de referencia); la necesidad de que el perito concurrente firme el instrumento; y, por último, la no exigencia de documento habilitante que le acredite como experto en el tema sobre el cual brinda informe en el acta, asumiendo responsabilidad por ello, extremo que incluso deja esclarecido el Reglamento Notarial uruguayo.

5. Post scriptum

Es de lamentar la poca prosa jurídica que le han dedicado los más connotados notarialistas a la figura del perito en el instrumento público. A modo de ensayo sería suficiente pasar revista a lo que se ha escrito en los últimos cuarenta años en materia notarial, para

comprobar que a la concurrencia del perito al documento público notarial, apenas los más avezados autores le dedican unas líneas, en ocasiones incluso desligadas del capítulo correspondiente a los sujetos del documento. Los testigos y las polémicas sobre su necesaria o no presencia en el documento público notarial han acaparado la atención de los autores, en desmedro de los interesantes ribetes que ofrece la concurrencia pericial, dejándose tan solo al ámbito puramente judicial.

En una sociedad en la que el conocimiento se multiplica y los saberes del hombre se hacen incontables, en la que los campos de especialización y subespecialización devienen en caminos angostos, difíciles de transitar por los profanos, el notario requiere de expertos que puedan esclarecer las dudas sobre aquellas esferas del conocimiento que le son ignotas. La era de la informatización digital en la que estamos abocados todos, amén de los conocimientos que sobre tales temas tenga el notario de hoy día, y que tendrá aún más el notario de las venideras de las décadas, no deja de hacer sentir la necesidad de encontrar en los peritos informáticos, un cauce necesario para esclarecer las distintas situaciones que se le pueda presentar al notario, cada vez requerido con más frecuencia para la autorización de actas de acreditación de una página web, o actas de notoriedad acreditativas de una página de dominio, por poner algunos ejemplos⁹⁰. La complejidad

⁹⁰ *Vid.* el interesante artículo de la autoría de BELDA CASANOVA, César, “La intervención notarial en la acreditación y transmisión de los dominios de Internet”, en *La Notaría*, No. 3, marzo 2001, también disponible en <http://www.vlex.com/vid/242400>, consultado el 27 de abril del 2009.

de la mente humana, los trastornos mentales y las disfunciones psíquicas, y los “trastornos psicopatológicos, que a ojos de inexpertos en Salud Mental, pueden pasar simple y fácilmente desapercibidos”⁹¹, hacen que la presencia del perito médico resulte útil en el otorgamiento de actos de gran trascendencia jurídica, como *u.gr.*, los testamentos, cuando, a criterio del notario, ello le reporte esclarecimiento de algunos puntos grises que impiden formar el necesario juicio de capacidad notarial.

Téngase en cuenta al perito como un concurrente útil, a la vez que necesario, en algunos supuestos instrumentales, un colaborador de la función pública notarial, baluarte de la seguridad jurídica preventiva.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales:

BELDA CASANOVA, César, “La intervención notarial en la acreditación y transmisión de los dominios de Internet”, en *La Notaría*,

⁹¹ Según TIFFON NONIS, Bernat-Noël, “El peritaje psicopatológico en el área civil de la valoración *post-mortem* en casos de impugnaciones testamentarias”, en http://perits.org/uploads/repositorio_imagenes/congres2008/el_peritaje_psicopatoligo_en_el_rea_civil_de_la_valoracin_postmortem_en_casos_de_impugnacin_testamentarias.pdf, consultado el 20 de abril del 2010.

No. 3, marzo 2001, también disponible en <http://www.vlex.com/vid/242400>, consultado el 27 de abril del 2009; **BELL RODRÍGUEZ, Rafael**, *Educación Especial: Razones, visión actual y desafíos*, Pueblo y Educación, La Habana, 1997, **CASTELLANOS PÉREZ, Rosa María** y **Xiomara RODRÍGUEZ FLEITAS**, *Actualidad en la educación de los niños sordos*, Pueblo y Educación, La Habana, 2003; **COBO ROURA, Narciso**, “Ni muy muy ni tan tan: El intérprete judicial en Cuba. Apuntes”, <file:///F:/Intervención%20de%20peritos%20e%20interpretes%20en%20el%20documento%20público%20notarial/Cobo,%20Interpretación%20Judicial%20en%20Cuba.pdf.htm>; **CORCUERA GARCÍA, Marcos**, *Comentarios a la Ley del Notariado*, prólogo de Carlos E. Becerra Palomino, Marsol Perú editores, Lima, 1994; **FUGARDO ESTIVIL, Josep María**, “La apostilla del convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961”, en *La Notaría*, Nos 59-60, noviembre-diciembre 2008; **GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M^a**, *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Aranzadi, Pamplona, 1999; **GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique**, *Derecho Notarial*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1976; **GIRÓN, J. Eduardo**, *El notario práctico o tratado de notaría*, 4^a edición, aumentada y corregida por J. Eduardo Girón Zirión, s. Ed., Guatemala, 1932; **GÓMEZ TABOADA, Jesús**, “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

(coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007; **GRILLO LONGORIA, Rafael**, *Derecho Procesal Civil II*, 2ª reimpresión, Félix Varela, La Habana, 2004; **MARTÍNEZ DIE, Rafael**, “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, en *La Notaría*, No. 5, mayo 2002; **MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio**, “Comentarios al artículo 150 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007; **MUÑOZ, Nery Roberto**, *El instrumento público y el documento notarial*, 11ª edición, infoconsult editores, Ciudad de Guatemala, 2007; **PEÑAROJA FA, Josep**, “Historia de la intérpretes jurados en España”, en <http://www.tradulex.org/Actes2000/penaroja.pdf>, consultado el 20 de abril del 2010; **PELOSI, Carlos A.**, *El documento notarial*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997; **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, *Diccionario esencial de la lengua española*, Espasa Calpe, Madrid, 2006; **SÁNCHEZ BERGARA, Sheila**, “Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la *testamentifactio* activa”, *Trabajo de Diploma*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005 (inédita); **SOLÍS VILLA, Carlos y Francisco JAVIER MORILLO**, “Comentarios al artículo 199 del Reglamento Notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007; **TAMAYO CLARES, Manuel**, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001; **TIFFON NONIS, Bernat-Noël**,

“El peritaje psicopatológico en el área civil de la valoración *post-mortem* en casos de impugnaciones testamentarias”, en http://perits.org/uploads/repositorio_imagenes/congres2008/el_peritaje_psicopatologico_en_el_rea_civil_de_la_valoracin_postmortem_en_casos_de_impugnacin_testamentarias.pdf, consultado el 20 de abril del 2010; **TORRES ESCÁMEZ, Salvador**, “Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N° 34, abril – junio, 2000.

II. Fuentes legales:

Código Civil (anotado y concordado) a cargo de Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, ediciones ONBC, La Habana, 2007; *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley No. 404(1)/2000 de 15 de junio y su Reglamento, Decreto No. 1624/2000 de 22 de septiembre, ambos en <http://www.colegio-escribanos.org.ar/>, consultada el 22 de abril del 2004; Estatuto del Notariado de Colombia, Decreto 960/1970 de 20 de junio, en http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/D0960_70.HTM, consultada el día 22 de abril del 2004; *Código Notarial de Costa Rica*, Ley No. 7764/1998 de 17 de abril, preparado por Hermán MORA VARGAS y Jaime WEISLEDER WEISLEDER, Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A. San José, 1999; *Ley de las Notarías Estatales*, Ley No. 50/1984 de 28 de

CONCURRENCIA DEL PERITO EN EL DOCUMENTO PUBLICO NACIONAL

diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución No. 70 /1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia; *Código del Notariado de Guatemala*, Decreto No. 314/1946 de 10 de diciembre, Librería Jurídica Guatemala, 2003; Código del Notariado de Honduras, aprobado por el Congreso, el 16 de diciembre de 2005, y sancionado por el Presidente de la República, el 29 de diciembre del 2005, en formato pdf; *Ley del Notariado y legislación conexas* (de Nicaragua), a cargo de Aníbal Arturo RUIZ ARMIJO, Facultad de Ciencias Jurídicas, UCA, Managua, 2007; Ley del Notariado de Perú, Decreto-Legislativo No. 1049, de 25 de junio del 2008, publicado en el Boletín Oficial de Normas Legales, *El Peruano*, del 26 de junio del 2008, año XXV, No. 10274; Ley Notarial de Puerto Rico, Ley No. 75/1987 de 2 de julio, en <http://www.lexjuris.com/notaria/lexleynota.htm>, consultada el día 22 de abril del 2004; Ley del Notariado de la República Dominicana, Ley No. 301/1964 de 18 de junio, en <http://www.geocities.com/daduye/ley301notario4.html>, consultada el 14 de julio del 2004; Ley Orgánica Notarial de Uruguay, Decreto-Ley No 1421, de 31 de diciembre de 1878 y su Reglamento, contenido en la Acordada No. 7533 de 22 de octubre de 2004, en formato pdf; *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley No. 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley No. 241/2006 de 26 de septiembre en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre del 2006; Decreto-Ley No. 248/2007 de 22 de

junio, “Del Sistema de identidad y del Registro de electores”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, No. 32, Extraordinaria, de 2 de julio del 2007; Resolución No. 100/2008 de 7 de abril, del Ministro de Salud Pública, por la que se crea en cada provincia una Comisión médica para la peritación psiquiátrica forense de sujetos vinculados a procesos judiciales y se aprueba la Metodología para el funcionamiento de las comisiones provinciales de peritación psiquiátrica forense en el sistema nacional de salud; Acuerdo No. 130 de 6 de septiembre del 2002 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, contentivo del Dictamen No. 418, sobre la especialidad de los peritos que dictaminan en el proceso de incapacitación judicial; Dictamen 3/2004 de 5 de octubre de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia, en lo que atañe a la intervención directa de un perito en la audiencia notarial para aseverar la capacidad mental y volitiva del compareciente, lo que se hará constar en la escritura o acta, según sea el caso, en la parte correspondiente a la comparecencia.

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

Not. Roberto A. LUCERO ESEVERRI ¹

Not. Héctor Ricardo POZZI²

Resumen

El presente trabajo plantea esquemas de fideicomisos de administración que podrían adecuarse a las distintas realidades de nuestros requirentes, ya sea en materia de autoprotección o bien destinando los bienes del fiduciante después de su fallecimiento mediante el otorgamiento de un testamento complementario del negocio base.

¹ 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.

² Abogado. Notario Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

El fideicomiso de administración y protección, entendido como modulo contractual de tipo abierto, es un importante instrumento para dar respuesta plena a la realidad dinámica, en miras de una mejora en la calidad de vida en el futuro.

Palabras Clave

Autoprotección – calidad de vida – fideicomiso de administración – modulo contractual - testamento complementario

Abstract

The present work puts forward administrative trust schemes that may adapt to the varying realities of our solicitants, be it in matters of <<self protection>> or to the destination of the trustor's estate upon death by conferring a complementary will to the basic trust.

The trust of administration and protection, intended as an open ended contractual template, is an important instrument to provide full answers to the solicitant's current dynamic reality as well as to his/her future.

Keywords

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

contractual template – complementary will – quality of life – self protection – administrative trust.

Sumario:

1. Globalización y postmodernidad. 2. Breve reseña histórica. 3. El fideicomiso en el Derecho argentino. 4. Fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida. 5. El rol del notario en la modernidad. Bibliografía.

1. Globalización y postmodernidad

Una sociedad cada vez más acelerada, realidades de vida en permanente cambio, instituciones que pierden peso específico, otras que pugnan por su reconocimiento, la búsqueda de comprensión y respuesta para nuevas necesidades, el menor protagonismo de la familia como gran contenedora de las distintas problemáticas, la insuficiencia del Estado para dar respuesta a las problemáticas del individuo, sobre todo en lo que por habitualidad de estado cumplía el grupo familiar, son realidades de surgen todos los días.

Al decir de la Madre Teresa de Calcuta el mal del siglo XXI no es la pobreza, es la soledad. Si algo hay que reconocer es que no hay, hoy

por hoy, un modelo de construcción social alternativo al que dominó por siglos, cual es, con sus falencias e imperfecciones, la familia.

Por eso al resaltarse un modelo donde predomina la individualidad, hay un declinamiento de lo social, de lo colectivo, de lo tribal, del clan que sostenía y cuidaba de todos sus miembros, que necesariamente son vulnerables.

Esa es una de las grandes problemáticas que enfrentamos cotidianamente en nuestras notarías, las personas que llegan a edad madura en gran parte tienen este interrogante: ¿quién se hará cargo de mí?

Y nadie se piense exento de esta problemática porque en algún punto las realidades de la globalización, logra lo impensado, que nuestro hijo que antes era probable que se casara con un vecino o compañero de estudio, conoció a una rusa y decidió que su vida sería plena si viviera en Escandinavia y con él se van nuestros afectos y también nuestras cercanías, nuestro refugio y quedamos definitivamente solos.

Estas nuevas problemáticas con mayor o menor complejidad hacen que el notario deba encontrar los instrumentos que posibiliten una adecuada respuesta a las solicitudes de su requirente, muchas veces saliéndose de los esquemas habituales e intentando nuevas alternativas.

Y en definitiva, esta es la causa fuente de la implementación de nuevas herramientas que se ajusten a las necesidades de nuestros

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

requerentes. El fideicomiso, se presenta como una posible solución para quienes no puedan valerse físicamente para gestionar sus bienes por sí mismos, o aquellos que buscan un instrumento de autoprotección en prevención de una eventual discapacidad.

Instrumentos tendientes a brindarle la mejor protección a sus bienes y el direccionamiento de sus afectos y fundamentalmente el respecto a sus soberanas decisiones, son los que proponemos a través de este trabajo.

2. Breve reseña histórica

El Código Civil argentino contemplaba muy colateralmente al dominio fiduciario, en un solo artículo, el 2662 que se limitaba a conceptualizarlo: *“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”*.

Al no tener definición de los actores del contrato, ni demarcar el contrato base del acuerdo para la transmisión del dominio fiduciario, la doctrina de entonces se dividía: Mayoritariamente se volcaba por negarle trascendencia, por ello, autores como SALVAT³ y CÁMARA⁴ sostenían el

³ SALVAT, Raymundo L, *Derechos Reales*, tomo II, Tipográfica Editora Argentina, 1952, Buenos Aires, pp. 423-424.

⁴ CAMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, Depalma, 1944, Buenos Aires, p. 72.

poco interés práctico del fideicomiso identificando la figura, bien con el mandato o bien con la simulación.

En tanto que otros como LAFAILLE⁵ y BIBILONI⁶, sostenían que la existencia de ese sólo artículo bastaba por sí solo para fundamentar la existencia del dominio fiduciario.- GATTI, por su parte, sostenía que si bien el artículo existía, no alcanzaba para tipificarlo y por lo tanto no podía considerarlo dentro del número *clausus*.

Lo cierto es que, sea por lo exiguo del articulado, sea por resultar extraño considerar la existencia de un patrimonio separado de la persona, el fideicomiso no tuvo desarrollo dentro del régimen contractual argentino.

Con el dictado de la Ley No. 24.441, el fideicomiso comienza a tomar cuerpo dentro del marco contractual argentino y se va afianzando como figura importante en el mundo económico nacional.

3. El fideicomiso en el Derecho argentino

La sanción de un régimen legal que le es propio, le dio al contrato de fideicomiso las características de un contrato nominado (típico) con derechos y obligaciones para cada uno de los actores.

⁵ LAFAILLE, Héctor, *Tratado de los Derechos Reales*, tomo IV, vol. II, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1944, p.141.

⁶ Anteproyecto de Reforma del Código Civil 1930, tomo III, nota al art. 2383, p. 86.

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

Mientras que en lo referido al dominio fiduciario solamente modificó el artículo 2662⁷ y le agrega al 2670⁸ la inamovilidad de los actos dispositivos efectuados por el fiduciario.

Solamente por desconocer las modalidades de otros países y enmarcar las propias apuntamos algunos caracteres del fideicomiso en nuestro país:

Las partes en el contrato fiduciario son fiduciante (el que transmite los bienes), fiduciario (el que los recibe y cumple con la manda fiduciaria), beneficiario (quien recibe los resultados de la gestión del fideicomiso) y fideicomisario (o beneficiario residual, el que recibe el remanente al momento de liquidarse el fideicomiso). El fiduciante podrá ser asimismo beneficiario y/o fideicomisario, debiendo siempre el fiduciario ser una persona distinta a estas tres.

Como características del contrato anotamos que es: consensual, bilateral, y formal (en cuanto tiene forma impuesta).

El artículo 11 de la Ley No. 24.441 establece: *“sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se*

⁷ Artículo 2662 del Código Civil argentino: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

⁸ Artículo 2670 del Código Civil argentino: “Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario, está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho. Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial”.

trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas”.

La utilización del término “propiedad fiduciaria” en lugar de “dominio fiduciario”, tal como lo establecía el anteproyecto, es un cambio trascendente, que como señala ORELLE, “la expresión propiedad en el vocabulario técnico de los derechos reales, tiene una connotación más amplia que dominio, pues abarca no sólo las cosas, sino toda clase de derechos”⁹.

La creación de un patrimonio de afectación que quedaba al resguardo de la agresión patrimonial del fiduciante y del fiduciario, respondiendo sólo por deudas propias le aporta el condimento de seguridad que **es su característica principal**. Así, el artículo 14 establece: *“Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y fiduciante...”*. El artículo 15 continúa diciendo: *“Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”*.

La ley establece además, un procedimiento extraconcursal para el cumplimiento de las obligaciones del propio fideicomiso, en caso de no

⁹ Vid. ORELLE, José María Rodolfo *et al.*, *Financiamiento de la vivienda y la construcción – ley 24.441*, tomo I, segunda parte: “Fideicomiso: contractual y financiero”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 85.

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

satisfacer los bienes fideicomitidos las obligaciones que su ejecución demande, aclarando que ello no dará lugar a la declaración de quiebra, estableciendo su artículo 16: *“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos por la quiebra”*.

Acude en su promoción además, la vastedad de modalidades, que hace decir a KIPER y LISOPRAWISKI *“El amplio margen de libre contratación que anima esta materia hace prácticamente imposible enunciar la variedad de combinaciones en las cuales el fideicomiso puede intervenir; es decir, aquellos negocios en que la propiedad fiduciaria es el medio elegido para lograr la finalidad perseguida”¹⁰*.

A punto tal que algunos autores¹¹ descreen de las clasificaciones de fideicomiso toda vez que ninguna modalidad se presenta habitualmente en forma pura y otros autores¹² coinciden en sostener que las clasificaciones en todo caso lo son al mero efecto del análisis didáctico.

¹⁰ Vid. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKY, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso*, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 197.

¹¹ Vid. ZEPEDA, Jorge A., “Perspectiva del Fideicomiso” en *Cuaderno 10 de la Biblioteca de Felaban*, Kelly, Bogota, 1981, p. 62, *cit. pos* KIPER, C. M. y LISOPRAWISKY, S. V., *op. cit.*, p. 197.

¹² Vid. KIPER, C. M. y LISOPRAWISKY, S. V., *op. cit.*, p.197.

4. Fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida

El notario, el cumplimiento de su función profesional de consejero-asesor y recordando que cada persona es única e irrepetible, como así también los son las particularidades propias de cada caso, podrá brindar a través del contrato de fideicomiso el contenido y forma adecuados para dotar del marco jurídico necesario a la voluntad del requirente.

De este modo, el fideicomiso de administración podrá darse de modo puro y simple, previendo que sus efectos comiencen desde el momento de su otorgamiento o bien condicionándolo a hechos o plazos ciertos o inciertos.

A) La figura del fideicomiso y el derecho de autoprotección

El fiduciante en previsión de su eventual discapacidad, designará un fiduciario quien al cumplirse la condición suspensiva de la 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

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

mismo fiduciante/beneficiario en caso de extinción del contrato por recuperación de la capacidad.

Respecto a la declaración de discapacidad, parte de la doctrina¹³ entiende que no es necesaria la declaración judicial de incapacidad o inhabilitación, sino tan solo que se den los supuestos objetivos planteados en el contrato para que se cumpla de este modo la condición que lo active, *v.gr.*, dictámenes médicos, el consentimiento de un determinado consejo de familia. *A contrario sensu* las escribanas ETCHEVERRY, FISCHBARG y ROCCHI, consideran que “en orden de no violentar el orden público, y procurando brindar seguridad al propio incapaz, para la administración y disposición de sus bienes, en primer lugar será necesario obtener la declaración judicial de incapacidad¹⁴”. En la mayoría de las provincias argentinas, la insania o inhabilitación tramitan mediante juicio sumario¹⁵, por cuanto el proceso demandará aproximadamente cinco meses, sin perjuicio que en el primer decreto se designará un curador provisorio, evitando de este modo que la persona y los bienes del discapaz se vean desprotegidos.

En lo atinente al plazo de vigencia del contrato de fideicomiso, el artículo 4 inc. c) de la Ley No. 24.441 establece para éste un plazo máximo de treinta años desde su constitución, presentando una

¹³ *Vid.* BRANDI TAIANA, Maritel M., “Incapacidad”, en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 112, No. 954, La Plata, 2006, p. 503.

¹⁴ *Vid.* ETCHEVERRY, Soledad; Lucía FISCHBARG, y Verónica ROCCHI, “Actos de autoprotección: previsión para la incapacidad”, en *IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur*, Punta del Este, 2007, p. 262.

¹⁵ *V.gr.*, art. 682 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

excepción en miras de la protección de las personas con discapacidad, donde el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario estará determinado por su muerte o cese de su incapacidad. Entendemos que esta ampliación del plazo máximo sólo se aplicará para los supuestos de declaración judicial de “incapacidad” o “inhabilitación”.

Según lo disponen el artículo 7 de la Ley No. 24.441 el fiduciario está sujeto a un estricto control de gestión: *“El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales, ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año”*. Asimismo el artículo 18 establece que el juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, en sustitución del fiduciario, cuando este no lo hiciera sin motivo suficiente.

Sin perjuicio del derecho de toda persona con discapacidad de ejercer plenamente sus derechos, conforme lo dispone el artículo 12 de la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, ratificada por nuestro país mediante la sanción de la Ley No. 26.378, puede resultar positivo designar que una persona ejercite los derechos que conceden al fiduciante y beneficiario los artículos 7 y 18 de la Ley No. 24.441, quien ejercería este derecho a favor de la persona con

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

discapacidad. Sin bien consideramos que la naturaleza misma del curador otorgaría dicha facultad de pleno derecho, se podría nombrar en el contrato a una persona distinta, con conocimientos más específicos sobre el tema puntual que motivó la autodeterminación que generó la manda fiduciaria (*v.gr.* contador, arquitecto, psicólogo), para ejercer el control de los actos del fiduciario.

Asimismo, parte de la doctrina entiende que: “no necesariamente el curador del incapaz debe ser una persona diferente del fiduciario, ya que podrá el mismo sujeto desarrollar ambos roles, los que lejos de excluirse se complementan”¹⁶. No compartimos esta teoría ya que consideramos que al confluir ambos roles en una misma persona habría conflicto de intereses y no se ejercería el control necesario sobre los actos del fiduciario, vulnerándose así la esencia del instituto y las debidas garantías.

El art. 4 inc a) de la Ley No. 24.441 establece que *“el contrato también deberá contener: a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes;...”* De la interpretación del mencionado artículo, se deduce que los bienes que integren el patrimonio fiduciario deberán estar determinados o ser determinables. En virtud de lo expuesto y sin perjuicio de reconocer que parte de la doctrina entiende que la

¹⁶ *Vid.* CLUSELLAS, Eduardo G. y Carolina ORMAECHEA, *Contratos con garantía fiduciaria*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 343.

propiedad fiduciaria no puede constituirse sobre una universalidad, coincidimos con Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA cuando acepta la existencia de fideicomisos universales: “no hay dominio sobre la universalidad, pero hay dominio sobre las cosas comprendidas en ella que estuvieran sujetas a tal derecho en cabeza del causante”¹⁷.

En cuanto a la transferencia de los bienes al patrimonio fiduciario, gran parte de la doctrina interpreta que la trasmisión de la propiedad fiduciaria operaría automáticamente como adquisición originaria; sin embargo y reiterando mi posición en contrario, resulta conveniente el otorgamiento de un poder especial irrevocable, sujeto también a la misma condición suspensiva que la trasmisión de los bienes, que posibilite la efectiva concreción de tal fin¹⁸.

Definidas las partes, analizaremos la manda fiduciaria. Esta podrá ser de lo más variada considerando la ductilidad de la figura, si bien básicamente consistirá en administrar y disponer de los bienes con el objeto de servirse de lo producido y de sus rentas para la asistencia y sustento del discapaz, con el alcance y las facultades que así disponga el fiduciante. A la hora de determinar la extensión del objeto del contrato, será de vital importancia el asesoramiento del notario y su nivel de

¹⁷ Vid. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J, *Teoría de los Contratos*, tomo 5, Parte Especial, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995, pp. 795-796.

¹⁸ Conclusión a que arribáramos en “Fideicomiso para la Construcción de un Edificio”, en AA.VV, *Instituto de Derecho Notarial*, Cuaderno No. 2, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2ª Circunscripción. Rosario, 2006, pp. 34-35. y BRANDI TAIANA, Maritel M., “La titularidad fiduciaria en el derecho español y en el derecho argentino”, en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 110, No. 949, La Plata, 2004, p. 711.

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

interpretación de la voluntad concreta del requirente a efectos de poder cumplir con el fin que llevó a éste al otorgamiento del acto. (*v.gr.*, libre disposición por parte del fiduciario o necesidad de conformidad del curador.)

Finalmente resulta interesante prever, dentro del contrato, la posibilidad de revocación del fideicomiso por parte del fiduciante¹⁹. Este derecho consideramos puede ejercerlo el mismo fiduciante o bien delegarlo en una tercera persona de su confianza.

De este modo el contrato de fideicomiso aparece como una importante herramienta para la administración del patrimonio en caso de una eventual y futura discapacidad, pudiendo dejar en manos de personas idóneas el ejercicio de esa administración, sin perjuicio de poder delegar el derecho de contralor a personas de confianza.

B) Fideicomiso de administración y transferencia de bienes al fallecimiento del fiduciante-beneficiario

Quizá lo primero que es dable aclarar es que el fideicomiso a tratar no es un fideicomiso testamentario; ya que en este supuesto el fideicomiso tendría como fuente generadora un testamento y todos los derechos y las cargas serían exigibles a partir del fallecimiento del testador.

¹⁹ *Vid.* artículo 25 inc. b) de la Ley No. 24.441.

Estamos sí, hablando de un fideicomiso que comienza a partir de la constitución del mismo para la administración de los bienes, o bien de un grupo de bienes de una persona y tiene como complemento un testamento para direccionar el remanente de los beneficios a los herederos/legatarios testamentarios (determinación del fideicomisario).

Nos encontramos frente a dos etapas, una primera, donde el fiduciante-beneficiario es el destinatario de los frutos civiles del fideicomiso y una segunda, donde los destinatarios del remanente de los beneficios son los fideicomisarios (herederos/legatarios testamentarios).

La posibilidad de emplear el contrato de fideicomiso como un elemento que ayude a administrar el patrimonio de una persona que aunque capaz, no cuente ya con la posibilidad de movilizarse para gestionar su propio patrimonio, conforma una alternativa válida y eficaz. Aumenta su potencial, la certeza de que ese patrimonio se preserve evitando la agresión de terceros y a la vez la oportunidad de transferir el dominio fiduciario a los herederos testamentarios del fiduciante.

En cuanto a la designación de los fideicomisarios mediante un testamento, entendemos que no se podría integrar este último al contrato de fideicomiso por la diversidad de fines y formalidades de ambos actos, no resulta conveniente la integración de ambos documentos, si bien en el fideicomiso se puede determinar la identidad de los actuales herederos testamentarios y eventuales fideicomisarios. Sujetarlos a un documento

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

autónomo, facilita y respeta la privacidad de la determinación del fiduciante.

Que por otra parte las formalidades necesarias para un testamento con los testigos de rigor, disposiciones que no atañen únicamente a lo económico, la posibilidad incluso del reconocimiento de herederos, o la dispensa de alguna causal de ingratitud, que son actos que pertenecen al fuero íntimo de la persona deben ser contenidos en otro documento, que a la vez el testador pueda el día de mañana revocar sin necesidad de exponerlos en el contrato que a todas luces va a circular en caso del requerimiento de un tercero.

El art. 1790 del Código Civil prevé: *“Si alguno prometiese bienes gratuitamente, con la condición de no producir efectos la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos”*.

Al dotar al testamento de autonomía y correlacionarlo con el fideicomiso de administración ponemos claridad en la negociación, el testamento, acto autónomo, da derecho a reclamar los beneficios residuales del fideicomiso.

Por otra parte la posibilidad de mutar los herederos y a su vez a los fideicomisarios es coincidente en ambos institutos: Así el art. 3824 del Código Civil establece: *“El testamento es revocable a voluntad del testador hasta*

su muerte. Toda renuncia o restricción a éste derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual”.

Y el artículo 3724 determina que: *“El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia. Sólo esta clase de sustitución es permitida en los testamentos”.*

En realidad nuestra ley no define al fideicomisario, lo subsume en la persona del beneficiario; ¿que es el fideicomisario sino un beneficiario residual?

Por eso el artículo 2º dice: *“El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual, también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia, o muerte. Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante”.*

Queda claro entonces que si el fideicomisario puede ser persona determinada o determinable, pudiendo incluso no existir al momento del otorgamiento del pacto de fiducia, el fiduciante en tanto no se cumpla la condición que lo habilitaría al goce del beneficio (en este caso el fallecimiento del fiduciante-beneficiario) puede sustituirlo hasta el último

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

momento, queda aún más claro cuando se manifiesta que el fideicomisario no es nombrado y se remite a su nombramiento por vía testamentaria.

En todo caso, como la condición del ejercicio de sus derechos estaría supeditado al deceso del fiduciante-beneficiario, su derecho se encontraría aplazado hasta tanto ocurra dicha circunstancia.

Ninguna duda hay que el contrato no debe colisionar con la legislación de fondo, por lo tanto es necesario respetar la legítima, de manera tal que el testamento cede ante el heredero legítimo.

También hay que tener presente las incapacidades para suceder en testamento, como el caso de tutores, sacerdotes y sus parientes hasta el cuarto grado que hubieren atendido al causante en la última enfermedad y las iglesias, parroquias y comunidades a las cuales pertenecieran, el escribano, los testigos y los supuestos que prevé la ley de captación de la voluntad del testador, el cuidado en las formas.

Eventualmente surge la posibilidad de proteger a algún menor o incapaz con beneficios que permita la ley o sujetar la propiedad de los inmuebles a indivisión por todo el plazo que otorga el artículo 2613 del Código Civil argentino.

En el supuesto de que por revocación del testamento el fiduciante falleciera intestado, se entenderá que los fideicomisarios son aquellos a quienes la ley declare que vengan a sucederlo, entendiendo que

en este supuesto la determinación es legal, los sujetos están, faltando que la ley y el juez declaren quiénes son.

A los efectos de la transferencia final de los bienes por el fiduciario a los fideicomisarios, y en miras de direccionar ésta a la persona correcta, el fiduciario deberá tramitar la declaratoria de herederos, para que se determine si el testamento se mantiene vigente o ha mutado.

Una vez obtenida la declaratoria de herederos, el fiduciario, previo saldar las deudas generadas por el fideicomiso, transferirá el remanente a los fideicomisarios a título de rendición de cuentas.

Importante es destacar el menor costo en la sucesión, ya que los mayores costos impositivos y por regulación de honorarios profesionales se devengan de la denuncia de bienes y en este supuesto no hay denuncia a efectuar, ya que éstos no integran la masa de bienes relictos, sino que están dentro del fideicomiso.

Téngase presente que, como se expresara, la declaratoria de herederos se obtiene al sólo efecto de la declaración de certeza de quiénes son herederos, a efectos de poner en posesión de los bienes a éstos y finalmente efectuar la transferencia de bienes y derechos a título de rendición de cuentas.

En cuanto a las personas habilitadas para abrir la declaratoria, entendemos que son parte legítima para hacerlo los herederos, acreedores

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

y legatarios²⁰. Asimismo consideramos que el fiduciario estaría habilitado para instar ésta ya que la puede promover en su calidad de acreedor de los herederos. Entendemos que el fiduciario es acreedor de los herederos, ya que tiene derecho a percibir los honorarios adeudados por su administración, en caso de corresponder; siendo asimismo acreedor del derecho a liberarse de la administración impuesta por la manda fiduciaria.

C) Para ambas propuestas reseñamos algunas ventajas:

a. Libertad de acción del fiduciario

Transfiriendo el dominio al fiduciario tenemos la certeza que tiene el más amplio manejo de la gestión y no se encontrará limitado en sus facultades.

Sabemos desgraciadamente que los apoderamientos sobre todos los generales, son permanentemente cuestionados por la administración pública y bancos observándolos al más mínimo detalle, lo que no ocurriría en el supuesto planteado porque se dispone de la titularidad de los derechos y no se actúa como representante.

b. Mayor claridad en la contratación

²⁰ *Vid.* artículo 584 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe.

El hecho de contener el fideicomiso los objetivos del contrato y los derechos y obligaciones de las partes, da una mayor transparencia a los actos dispositivos que efectúe el fiduciario y una mayor tranquilidad por parte de los terceros que podrán imponerse de las instrucciones claras del contrato.

También constituye un método de publicidad, tanto registral como cartular, así, el tercero que consulta al registro o efectúa un estudio de títulos se impondrá del alcance de las facultades del fiduciario y la posibilidad de contratar o no con él en resguardo de sus intereses si interpreta que enajena excediendo sus facultades.

Eventualmente y como es de práctica se puede colocar en el fideicomiso la consulta previa y conformidad del fiduciante para cualquier acto dispositivo de bienes raíces o muebles registrables, como así también para la constitución de gravámenes.

En este sentido, el artículo 17 de la ley 24441 establece: *“El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario”*.

Hay entonces, en cuanto a la causa, una serie de restricciones a los actos dispositivos del fiduciario:

1. Enajenar para satisfacer los fines del fideicomiso.

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

2. Consentimiento del fiduciante o beneficiario, si así se estableció en el contrato.

3. Prohibición de constituir usufructo en su favor.²¹

4. La imposibilidad de adquirir para sí los bienes del fideicomiso.

La posición del tercero adquirente de bienes registrables que contrata con el fiduciario, sin tener presente la voluntad del fiduciante, no será tan sólida como de aquel que tuvo presente ese requisito, a punto que algunos autores²² consideran que su adquisición será considerada e mala fe.

Otros autores como ORELLE²³ sostienen que sería un supuesto de nulidad expresa, total, relativa y manifiesta y que el Registro debe inscribir el título viciado provisionalmente por el plazo de 180 días, obviamente al aguardo de la confirmación del acto.

En igual sentido NEIROTTI²⁴ sostiene que dado que al dominio fiduciario lo causa el pacto de fiducia, en el supuesto de enajenar sin el

²¹ Artículo 2841 del Código Civil argentino: “El propietario fiduciario no puede establecer usufructo sobre los bienes gravados de sustitución”.

²² Vid. HIGHTON, Elena, Jorge MOSSET ITURRASPE, Martín PAOLANTONIO, Julio RIVERA, *Reformas al derecho privado Ley 24.441*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pp. 56 y 57.

²³ Vid. ORELLE, José M. R., *Compra de Inmuebles por y para terceros*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1977 *cit. pos.* KIPER, C. M. y LISOPRAWSKY, S. V., *op. cit.*, p. 245.

²⁴ NEIROTTI, Julián, *Manual Práctico de Fideicomiso*, Nova Tesis, Buenos Aires, 2006.

consentimiento del fiduciario, el tercero adquirente no podría alegar buena fe.

Por otra parte todos los autores señalados son coincidentes que la disposición de bienes en que resultare injustificada y contra los intereses del fideicomiso traería aparejado para el fiduciario responsabilidades personales.

Ni que hablar cuando la transferencia la efectúa el fiduciario en fraude a lo pactado en el fideicomiso, esto es cuando por alguna vía (interpósita persona) pretende apropiarse a través de maniobras fraudulentas de los bienes de la fiduciante en contraposición a la prohibición de adquirir para sí.

Tengamos presente que en el apoderamiento, el apoderado actúa sin otro elemento que el emanado del documento que le otorga la representación, en cuyo caso el mandante no tendrá la opción de oponerse al acto, cosa que sí puede hacer en el fideicomiso cuando está pactado, muy probablemente si su apoderado actúa de mala fe, se impondrá de la transferencia de bienes tardíamente y lo que es aún peor, no podrá ejecutar ninguna acción para el retorno de dicho bien al patrimonio.

c. Control de gestión

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

El control de la gestión lo realiza el fiduciante, quien de conformidad con la magnitud del patrimonio podrá disponer de asesoría contable y jurídica propia (eventualmente efectuar periódicas auditorías), sin perjuicio de poder delegar dicha facultad en terceras personas²⁵.

El máximo de plazo para la rendición de cuentas es un año, pero pueden acordarse plazos menores; es más la rendición de cuentas puede no quedar acotada a un balance de sumas y saldos sino requerir una memoria de la gestión, es decir, los criterios que dominaron la toma de resoluciones.

Los beneficios que produzca el patrimonio le pertenecen a la parte fiduciante-beneficiaria mientras viva, por lo tanto podrá optar por disponer de las sumas que el patrimonio rinda y recibir el efectivo o las prestaciones según sea su interés.

En caso de disconformidad con la gestión puede revocar el encargo fiduciario y nombrar un reemplazante²⁶, o bien revocar el encargo fiduciario dando por extinguido el contrato²⁷.

Además, en el supuesto de fideicomiso de administración y transferencia de bienes al fallecimiento del fiduciante-beneficiario, fallecido el beneficiario, el fiduciario deberá, en una segunda instancia,

²⁵ *Vid. supra* “IV A”.

²⁶ *Vid.* artículo 9 de la Ley No. 24.441: “El fiduciario cesará como tal por Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a pedido del fiduciante o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante”.

²⁷ *Vid.* artículo 25 de la Ley No. 24.441: “El fideicomiso se extinguirá por: [...] b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad”

rendir las cuentas finales de su gestión a los fideicomisarios, quienes deberán aprobárselas para dársela por concluida, lo que implica en todos los casos un control exhaustivo de lo gestionado y el resultado económico.

d. La posibilidad de incorporar todo tipo de bienes y derechos

Todo tipo de bienes, raíces, muebles, derechos, créditos, semovientes, muebles registrables, acciones, retribuciones por concesiones pueden ser parte del fideicomiso, derechos de autor, derechos sobre sepulcros, recuerdos de familia, cartas misivas, derechos posesorios²⁸; pero a la vez se puede excluir aquellos que le resulten imprescindibles o simplemente quiera mantenerlos fuera de la administración fiduciaria.

e. La obligación del fiduciario de cuidar como propios los bienes fideicomitados

El fiduciario tiene a su cargo las tareas de mantenimiento de los bienes y el deber de velar por su conservación y tomar todas las medidas urgentes o necesarias para su cuidado como si fuera propio.

²⁸ *Vid. supra* II.I

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

Tiene a la vez amplias facultades para promover todas las acciones judiciales que la administración de los bienes le requiera, sin necesidad de solicitar un apoderamiento en cada caso y la obligación de defender el patrimonio como propio²⁹.

Además la responsabilidad del fiduciario está mejor delimitada que la de un mandatario administrador, atento a que la obligación de este último es residual, a menos que haya instrucciones expresas para la realización de cada acto por parte del mandante, sus actos podrían incluso colisionar con otros que ejecute el mismo mandante u otros mandatarios especiales y diluirse su responsabilidad, cosa que no ocurre en el fideicomiso.

f. Económicamente accesible

En nuestro país, al considerarse la transferencia fiduciaria como una operatoria de resultado neutro³⁰, es decir, que no lo recibe a título oneroso, ni tampoco a título gratuito y atento la temporalidad del dominio, no se grava fiscalmente y se la excluye del impuesto a la transferencia de inmuebles o ganancias, paga sellos por la retribución que

²⁹ Artículo 6 de la Ley No. 24.441: *“El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”*.

³⁰ Consideramos que la transferencia de la propiedad fiduciaria no es un acto a título oneroso, ni a título gratuito. No la consideramos onerosa ya que no hay contraprestación alguna por parte del fiduciario al fiduciante por la transmisión del bien a su favor, ni tampoco a título gratuito ya que no implica una liberalidad a favor del fiduciario; por cuanto dicha transmisión es a “TITULO DE CONFIANZA” al fiduciario, quien cumplirá con el encargo efectuado.

percibe el fiduciario por su labor y por la base valuatoria de los inmuebles que transfiere.

Tampoco es costosa la transferencia para cumplir con la manda de transferir a los herederos ya que se transferirá a título de rendición de cuentas de la gestión y pagará sobre la base valuatoria de los bienes que transfiere y eventualmente por el importe el saldo de la cuenta, si es que se especifica en la escritura.

5. El rol del notario en la modernidad

Los acelerados cambios que experimenta la sociedad requieren de una permanente actualización de los operadores del Derecho en pos de diseñar una arquitectura jurídica que sirva para satisfacer las necesidades de nuestros requirentes dentro de un marco de seguridad y legalidad.

La introducción de figuras jurídicas que provienen de otras latitudes posibilitan adoptar herramientas más aptas para la solución de problemáticas relacionadas con una visión más integral del hombre, no ya la solución parcial de un problema sino un procedimiento que contemple la totalidad de los problemas a resolver.

Particularmente el fideicomiso, entendido como módulo contractual de tipo abierto, es un importante instrumento para dar respuesta plena a interrogantes que plantea una realidad que a todas luces

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

se nos presenta más dinámica tanto en lo personal, cuanto en lo social, como en lo económico.

El respeto a la voluntad soberana del requirente, precisa de los mayores esfuerzos de los operadores del Derecho para que cada solución, cualquiera sea la figura a emplear, sea la más adecuada. Para ello resultará imprescindible un intenso compartir con el requirente en aras a desentrañar sus necesidades e inquietudes, respetando sus decisiones, brindando un amplio asesoramiento sobre los instrumentos propuestos y las consecuencias de éstos.

No debemos atarnos a contratos tipo, bien nos dice VALLET DE GOYTISOLO: “El derecho no puede reducirse a geometría dogmática, porque está hecho para adaptarse a las exigencias de la vida”.

La situación de privilegio que tiene el notario en cuanto a proveerlo de un instrumento auténtico, que hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta y matricidad, es inalterable, perdura en el tiempo, da plena fe de la identidad de los otorgantes, no registra fisuras o futuras observaciones, concede a propios y extraños seguridad en el manejo de los patrimonios de afectación.

En definitiva, están dadas todas las condiciones para que el horizonte profesional se amplíe de modo inusitado en la medida que la capacitación de los colegiados, abra un mayor debate, que propicie la

imaginación de nuevos instrumentos contractuales, válidos, seguros y eficaces.

Bibliografía

AA.VV., “Fideicomiso para la Construcción de un Edificio” *Instituto de Derecho Notarial*, Cuaderno N° 2, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2ª Circunscripción. Rosario, 2006; **BRANDI TAIANA, Maritel M.**, “La titularidad fiduciaria en el derecho español y en el derecho argentino”, en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 110, No. 949, La Plata, 2004; “Incapacidad”, en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 112, No. 954, La Plata, 2006; **CÁMARA, Héctor**, *Simulación en los actos jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 1944; **CLUSELLAS, Eduardo G. y Carolina ORMAECHEA**, *Contratos con garantía fiduciaria*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, **ETCHEVERRY, Soledad, Lucía FISCHBARG, y Verónica ROCCHI**, “Actos de autoprotección: previsión para la incapacidad”, en *IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur*, Punta del Este, 2007, **HIGHTON, Elena, Jorge MOSSET ITURRASPE, Martín PAOLANTONIO, Julio RIVERA**, *Reformas al derecho privado Ley 24.441*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1995; **KIPER, Claudio M. y Silvio LISOPRAWSKY, V.**, *Tratado de Fideicomiso*, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2004; **LAFAILLE, Héctor**, *Tratado de los*

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION EN MIRAS
DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA

Derechos Reales, tomo IV, vol. II, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1944; **LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.**, *Teoría de los contratos*, tomo 5, Parte Especial, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995; **NEIROTTI, Julián**, *Manual Práctico de Fideicomiso*, Nova Tesis, Buenos Aires, 2006; **ORELLE, José María Rodolfo et al.**, *Financiamiento de la vivienda y la construcción – ley 24.441*, tomo I, segunda parte: “Fideicomiso: contractual y financiero”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995; **SALVAT, Raymundo L.**, *Derechos Reales*, tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

LEGISLACIÓN

LEY 14.154
REGISTRO DE ACTOS DE
AUTOPROTECCIÓN PROVINCIA DE BUENOS
AIRES¹

Artículo 1.- Agréguese como Capítulo I Bis del Título I - Disposiciones Complementarias- de la Tercera Parte del Decreto-Ley 9020/78, Texto Ordenado por Decreto 8527/86 -Ley Notarial-, el siguiente texto:

“CAPÍTULO I BIS”

Registro de Actos de Autoprotección

Contenido

Artículo 184 bis: El Colegio llevará el Registro de Actos de Autoprotección, en el que se tomará razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante

¹ Promulgada por Decreto N° 1276/10 de fecha 30 de julio de 2010. Publicada en fecha 27 de agosto de 2010 BO N° 26424 (suplemento). Modifica Decreto-ley 9020/78, T.O. por Decreto 8527/86, Ley Notarial. Agrega Capítulo I bis del título I.: Registro de Actos de Autoprotección-datos de inscripción- rogatoria-restricciones.

para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí, cualquiera fuere la causa que motivare esa imposibilidad.

Rogatoria

Artículo 184 ter: La actuación ante el Registro de Actos de Autoprotección será rogada por:

- a) El otorgante del acto.
- b) El notario autorizante o cualquier otro que tenga competencia para actuar en el mismo registro notarial.
- c) El juez competente para entender en el asunto.

Para el supuesto de que el requerimiento fuere formulado por el propio otorgante, su firma ha de estar certificada notarialmente.

Datos de la inscripción

Artículo 184 quater: La matrícula de inscripción contendrá:

- a) Nombre y apellidos del otorgante y los demás datos personales que tiendan a su mejor individualización.

LEY 14.154 - REGISTROS DE ACTOS DE AUTOPROTECCION
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

b) El lugar y fecha de su otorgamiento, número y folio de escritura y registro notarial del autorizante.

c) Las modificaciones, revocatorias y decisiones judiciales sobre nulidad.

d) Nombre, apellido y número de documento de identidad de aquellas personas expresamente habilitadas por el otorgante para solicitar informes acerca de la existencia y contenido o de la existencia del acto de autoprotección registrado.

e) Las solicitudes y despachos de certificaciones con los datos del requirente, número y fecha de ellas.

En ningún caso la matrícula indicará dato alguno relativo al contenido de lo dispuesto por el otorgante.

Restricciones

Artículo 184 quinquies: El Registro tendrá carácter reservado y sólo podrán expedirse certificaciones a requerimiento de:

a) El otorgante, por sí o por medio de apoderado con facultades expresas conferidas en escritura pública.

b) Juez competente.

c) Personas habilitadas por el otorgante para solicitarlo, conforme con el artículo 5, inciso d) de la presente, con el alcance allí indicado.

En caso de estar acreditado el fallecimiento del otorgante, sólo se expedirán certificaciones por orden judicial

Atención del Registro

Artículo 184 sexies: La atención del Registro estará a cargo de un notario de la Provincia, con la denominación de Director, que será designado por el Consejo Directivo. Le competará:

1. Firmar los asientos que se realicen en las matrículas, así como los despachos de las certificaciones y demás documentación del Registro.
2. Proyectar el reglamento interno y someterlo a la consideración del Consejo Directivo.
3. Adoptar las resoluciones que estime pertinentes para el buen funcionamiento del Registro.”

Artículo 2.- Comuníquese al Poder Ejecutivo

FUNDAMENTOS DE LA LEY 14.154.

Hay ciertas cuestiones en la vida de una persona, como el cuidado de su propia vida y de su patrimonio, sobre las cuales tiene derecho a disponer y decidir libremente, sin intervención de terceros, aún cuando se trate de parientes o de seres queridos.

La denominada autoprotección de las personas es un novedoso instituto que posibilita a las personas manifestar anticipadamente, en previsión de la pérdida de la capacidad natural o la concurrencia de circunstancias clínicas que le impidan expresar su voluntad en el futuro, las disposiciones y las estipulaciones a tener en cuenta en referencia a su vida y su cuidado personal, a la administración de su patrimonio, a su elección acerca de un posible lugar de internación (geriátricos, psiquiátricos, centros de salud), así como su consentimiento o su rechazo con respecto a los tratamientos médicos que pudieren indicársele en ese momento. La autoprotección representa una necesidad social de creciente significación e incluye un conjunto de actos voluntarios de carácter preventivo, decididos libremente por las personas ante una futura ineptitud o incapacidad psicofísica.

Los actos de autoprotección pueden ocuparse de un sinnúmero de temas de interés de las personas, desde cuestiones patrimoniales, cuestiones de estilos de vida, de deseos y preferencias personales hasta

previsiones e instrucciones para los últimos días, para la última enfermedad o la penúltima. Se trata de un problema de vida, no de muerte, un problema de la vida que nos toca. A lo mejor, la persona está pidiendo que no lo pongan en terapia intensiva o que sí, disposiciones fundamentalmente para el tema de salud y también cuestiones patrimoniales: “No quiero que intervenga en la administración fulano sin mengano”.

A modo de ejemplo, y para mencionar un tema paradigmático en la materia, se puede acudir a la experiencia que resulta de la diaria intervención de las Asesorías de Incapaces en los procesos de insanias, inhabilitaciones y curatelas, en la que se puede apreciar con claridad que, en vastas ocasiones, no se respetan los derechos y deseos de las personas a tutelar. Allí cabría preguntarnos: ¿qué nos impide designar nuestro propio curador para el caso futuro de no tener discernimiento, en tanto somos capaces de designar el tutor que consideramos idóneo para nuestros hijos?

El representante del insano o inhabilitado no siempre comprende y defiende – a veces por negligencia, otras por desconocimiento – los verdaderos deseos del causante; qué actividades lo hacen feliz, cuáles son sus prioridades, cuál es la forma de administrar sus bienes, entre muchas otras cuestiones. Por ello estimamos conveniente que sea la propia persona que decida cuál es la persona de su confianza y con la idoneidad suficiente para que lo

LEY 14.154 - REGISTROS DE ACTOS DE AUTOPROTECCION
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

represente ante una eventual imposibilidad de expresar su voluntad, interprete sus deseos y conozca la forma en que habitualmente se manejaba ante determinadas circunstancias.

La persona puede prever las condiciones para la designación de un curador -u oponerse a la designación de determinada persona-, para la administración y disposición de los bienes, determinar ciertas pautas para su cuidado ante una eventual incapacidad. Podríamos resumirlo en lo que internacionalmente se denomina "Living will" o decisión del propio vivir; la forma de "disponer cómo vivir la propia vida".

Por ello, no podemos ser indiferentes a una realidad de nuestros días que debe ser contemplada por la ley en beneficio no sólo de las personas que se encuentran involucradas, sino también de aquéllos destinados a impartir justicia. En más de una situación los hombres y las mujeres de la Justicia se encuentran ante un gran vacío legal, dando en ocasiones como resultado la distorsión de esa realidad o la necesidad de forzar figuras jurídicas inexistentes. Es preciso poner coto a esta distorsión, pues el espíritu de la ley es captar realidades para regularlas en pro de un ordenamiento social justo.

La creación por ley del Registro de Actos de Autoprotección que se propicia por la presente iniciativa se inspira filosóficamente en el respeto a la autodeterminación y a la libre decisión de los bonaerenses, y apunta en el mismo sentido que otra iniciativa impulsada por mí en

esta Cámara: el Expte. D 1430/08-09 que propicia la creación de la Declaración de Autoprotección, del Registro de Declaraciones de Autoprotección, y el reconocimiento del Registro de Actos de Autoprotección que, desde el año 2005, funciona en el Colegio de Escribanos de nuestra provincia

Efectivamente, en ese sentido, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires ha avanzado resueltamente creando en el mes de abril de 2004 el Registro de Actos de Autoprotección, el que, finalmente, se encuentra funcionando en la órbita del mismo desde el 01 de marzo de 2005, con el objetivo de registrar las escrituras públicas de las que surjan manifestaciones de voluntad, no sólo referidas a la salud de las personas y a los tratamientos médicos que desea o no desea recibir, sino también a la administración de bienes o a su disposición durante el período en que se prolongue su eventual discapacidad. Señala la colegiación de los notarios bonaerenses en su página en Internet.

Todos alguna vez, hemos pensado cómo disponer sobre el cuidado de nuestras vidas y nuestro patrimonio en caso de sufrir una incapacidad que nos impida decidir por nosotros mismos. La denominada autoprotección de las personas representa una necesidad social de creciente significación. Incluye un conjunto de actos voluntarios de carácter preventivo, decididos libremente por las personas ante una futura ineptitud psicofísica. Entre otros:

LEY 14.154 - REGISTROS DE ACTOS DE AUTOPROTECCION
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

- Designación de curador.
- Manifestación de voluntad sobre la administración y disposición de sus bienes
 - Determinación de disposiciones para su cuidado ante una eventual incapacidad.

En otras palabras: se trata del derecho que tiene cada uno al más íntimo ejercicio de la libertad, en cuanto a disponer cómo vivir la propia vida.

El instrumento válido y eficaz para dejar constancia de estas decisiones, es desde siempre la escritura pública. A través de este instrumento se garantiza:

- La fecha cierta del documento.
- La acreditación del estado de salud física y psíquica de la persona, al tiempo del otorgamiento del acto.
 - Su autenticidad, por la intervención de un profesional del derecho. El escribano da fe, por delegación del Estado, de los hechos, declaraciones y convenciones que ante él ocurran.
 - La seguridad de los documentos ante la posibilidad de alteración, pérdida o sustracción.

Ahora, con la creación del Registro de Actos de Autoprotección, usted se asegura de que sus decisiones queden asentadas en un registro único, que permite conocer con rapidez y certeza, cuándo y ante quién las expresó. Ello permite que se haga valer su voluntad ante la eventual intervención de terceras personas que decidan modificarla. Este registro es reservado, y sólo podrá ser consultado por usted, el juez competente o, eventualmente, las personas habilitadas por el otorgante para solicitarlo.

De tal forma, la presente iniciativa dará reconocimiento y fuerza legal a las escrituras públicas que los ciudadanos firmen ante los Notarios bonaerenses, transformándolos en un instrumento incontestable acerca de la manifestación de voluntad de una persona capaz, el que deberá ser tenido en cuenta por las personas que tengan que actuar en el cuidado o la atención de la misma.

RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO AL REGISTRO DE AUTOPROTECCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. (LEY 14154).

La modificación introducida a la Ley Orgánica Notarial de la Provincia de Buenos Aires (número 9020 /78) mediante la sanción de la norma de similar jerarquía número 14154, promulgada el 30 de julio de 2010 (decreto 1276 de fecha 30/07/2010) y publicada en el Suplemento del Boletín Oficial número 26442 (27/08/2010), corona una nueva etapa del camino que desde hace mas de una década vienen transitando la doctrina, la jurisprudencia y los colegios notariales argentinos con miras al reconocimiento del Derecho de Autoprotección.

La potestad inalienable que posee cada ser humano para adoptar decisiones que conciernan a su propia existencia, tanto en lo que respecta a su persona como a sus bienes ante una eventual pero probable disminución o pérdida de su aptitud para apreciar y juzgar el alcance de sus acciones, insufla vida y perennidad a esa rama del ordenamiento jurídico.

A ese respecto resulta oportuno mencionar otro precedente: la sanción de la ley nacional 26529 con fecha 21 de octubre de 2009, denominada “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” que faculta en su artículo 11

a cualquier persona “capaz mayor de edad” para que disponga directivas anticipadas sobre su salud, “pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos...”, las que “deberán ser aceptadas por el médico a cargo” (salvo el caso de prácticas eutanásicas). Se consagra así a nivel nacional, aunque acotado a la esfera de salud, el Derecho de Autoprotección, aplicación concreta de los derechos fundamentales otorgados a cada ser humano por la Constitución Nacional e instrumentos internacionales de similar jerarquía. Nos permitimos, al pasar, deslizar una crítica a ese precepto: a nuestro criterio, la expresión “capaz mayor de edad”, no resulta feliz a la luz de la actual normativa, receptora de nuevos conceptos referidos a la capacidad (por ejemplo: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, reconocida legislativamente en nuestro país en la ley 26061). Como es sabido, el criterio imperante es escuchar y tener en cuenta los deseos de cada sujeto, apreciando en cada caso su aptitud para medir el alcance de sus acciones.

Retomando este breve análisis exegético de la ley notarial bonaerense, cabe señalar que a través del agregado como Capítulo I Bis del Título I –Disposiciones Complementarias–, se encomienda al colegio respectivo la organización del Registro de Actos de Autoprotección, dependencia que tiene a su cargo efectuar la toma de razón de las escrituras que contengan esas disposiciones. Como acertadamente se indica en los “Fundamentos de la Ley 14154”, ese Registro ya se encuentra en pleno funcionamiento desde el 01 de marzo

RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO AL REGISTRO DE ACTOS DE AUTOPROTECCION DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

de 2005, debiéndose su creación al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, entidad iniciadora en nuestro país de la trascendente labor publicitaria de los actos de autoprotección.

Las adiciones objeto de este comentario, se materializaron mediante la redacción de los artículos 184 bis a 184 sexies, que armonizando lo establecido en el Reglamento del Registro de Actos de Autoprotección, dictado oportunamente por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, dispone que el Registro de Actos de Autoprotección “...tomará razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante para la eventual imposibilidad transitoria o definitiva de tomarlas por sí...” (artículo 184 bis). Indiscutiblemente, la escritura pública al otorgar plena certeza a las manifestaciones vertidas ante el fedatario (art. 993 y concordantes del Código Civil), resulta el instrumento garante de la voluntad expresada por el interesado en estos trascendentes actos de naturaleza personalísima.

Esa normativa provincial debe ser complementada con el mencionado Reglamento del Registro de Autoprotección, dictado por el colegio notarial en uso de atribuciones otorgadas por la recordada ley 9020 y modificaciones, soporte que permite continuar la tarea inscriptoria que se viene cumpliendo con eficacia.

Enrique Jorge Arévalo

Secretario IDeI

JURISPRUDENCIA

**TRIBUNAL: JUZGADO EN LO CRIMINAL Y
CORRECCIONAL N° 1 DE TRANSICIÓN DE LA CIUDAD
DE MAR DEL PLATA**

FECHA: 25/07/2005

PARTES: M. ¹

Voces: ACCIÓN DE AMPARO - ASISTENCIA MEDICA -
AUTORIZACIÓN JUDICIAL - BIOÉTICA - CONSENTIMIENTO -
CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO A LA VIDA -
DERECHOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS HUMANOS -
DERECHOS PERSONALÍSIMOS - MEDICINA - PRINCIPIO DE
AUTONOMÍA PERSONAL - TRATAMIENTO MÉDICO.-

Hechos:

¹ Publicado en: LA LEY 15/09/2005 con nota de Alfredo J. Kraut 15/09/2005 LA LEY 15/09/2005, 5 15/09/2005 LA LEY 2005-E con nota de Alfredo J. Kraut LA LEY 2005-E, 363 LA LEY 21/09/2005 con nota de Eduardo A. Sambrizzi 21/09/2005 LA LEY 21/09/2005, 7 21/09/2005 LA LEY 2005-E con nota de Eduardo A. Sambrizzi LA LEY 2005-E, 452 LLBA 2005 (octubre) con nota de Nelly A. Taiana de Brandi; Andrés Gil Domínguez; Cristina Mourelle de Tamborenea LLBA 2005 (octubre), 1066 LA LEY 2005-F con nota de Walter F. Carnota LA LEY 2005-F, 53.

El cónyuge de una persona que padece una grave, progresiva e irreversible enfermedad, inició una acción de amparo tendiente que, en el futuro, se respeten las directivas anticipadas o actos de autoprotección emanadas de la paciente, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia, es decir, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción entablada, nombrando al cónyuge de la mujer y a su hermana como representantes para el cumplimiento de la voluntad libremente expresada.

Sumarios:

1. Es procedente la acción de amparo deducida con el fin de que sean respetadas en el futuro las directivas anticipadas emanadas de una paciente que padece una irreversible enfermedad -actos de autoprotección-, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia -en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo-, pues, tratándose de una conducta autorreferente, las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales.

2. Cabe hacer lugar a la acción de amparo incoada con el fin de que sean respetadas en el futuro las directivas anticipadas emanadas de

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

una paciente que padece una irreversible enfermedad -actos de autoprotección-, por las cuales manifiesta su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia -en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo-, ya que se trata de una decisión adoptada libremente y con pleno discernimiento, contando además con el acuerdo de todo su grupo familiar primario.

3. Encontrándose la paciente, que padece una irreversible enfermedad, con plena lucidez mental y libertad para autodeterminarse, su firme decisión en el sentido de no aceptar procedimientos médicos invasivos y a permanencia debe ser respetada de conformidad al art. 19 de la Constitución Nacional y art. 19 de la ley 17.132 (Adla, XXX-A, 44).

4. Resulta aplicable el art. 19 de la ley 17.132 (Adla, XXX-A, 44), en cuanto dispone el deber de los profesionales de la medicina de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, respecto de la oposición de una paciente que padece una grave, progresiva e irreversible enfermedad, a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia -en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo-, ya que el principio rector de carácter general es la autonomía personal.

5. Es admisible la acción de amparo entablada con el fin de que sean respetadas en el futuro las directivas anticipadas emanadas de una paciente que padece una grave enfermedad -actos de autoprotección-,

por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia -en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo-, en tanto el desarrollo progresivo e irreversible de la dolencia podría provocar la necesidad de acudir a los procedimiento no deseados por aquélla, con grave detrimento de su dignidad e integridad personal.

6. Ante la voluntad libremente expresada de una paciente que padece una irreversible enfermedad, en el sentido que se respeten en el futuro sus directivas anticipadas, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos invasivos y a permanencia -en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo-, cabe designar en carácter de representantes o apoderados especiales al cónyuge y a la hermana de aquélla, a fin de que adopten las medidas conducentes para el cumplimiento de la decisión de la mandante, teniendo en cuenta el criterio del "mejor interés" de la paciente.

Texto Completo: 1ª Instancia. - Mar del Plata, julio 25 de 2005.

Considerando: I. Que a fs. 3/8 -30/05/05- el Sr. ... con el patrocinio letrado de ..., promueve acción constitucional de amparo tendiente a obtener la tutela judicial efectiva referente a un "acto de autoprotección" (directivas anticipadas) con relación a la persona de su cónyuge, M., quien ha expresado su opinión contraria al recurso de los

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

denominados "medios artificiales a permanencia" frente a la evolución progresiva e irreversible del cuadro de "...", que la afecta actualmente.

Señala a ese respecto el amparista, en coincidencia con lo que surge del resumen de historia clínica acompañado a fs. 9, que en el mes de marzo de 1997, a M. le fue diagnosticada el cuadro de "...", cuyos primeros síntomas fueron la disfonía y la disfagia. A ello se sumó posteriormente, la pérdida de fuerza en las manos y la aparición de fasciculaciones en miembros superiores y lengua, junto a piramidalismo que hizo que su marcha se volviera espástica, hasta que en el año 2002, la reducción de fuerzas se extendió a todo el miembro superior, en ambos lados, y alcanzó a miembros inferiores, al tiempo que su respiración se tornaba insuficiente. El cuadro se fue agravando con el progreso de la enfermedad hasta desembocar en cuadriplejía, anartría, disfagia marcada e insuficiencia respiratoria restrictiva severa.

Ante esta situación su médico tratante, según certifica a fs. 9, y en una entrevista mantenida con la propia paciente, propuso "llevar a cabo una gastrostomía para su alimentación...", mencionando al mismo tiempo la indicación de una "traqueostomía con la finalidad de conectar un respirador artificial portátil...", prácticas estas -según se señala en el escrito inicial- que serían de carácter permanente.

Se señala más adelante en la presentación inicial, que la amparada en pleno uso de sus facultades mentales -conforme surge de la certificación glosada a fs. 8-, expresó su voluntad inequívoca en el

sentido de no someterse a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y a permanencia.

Finalmente, y conforme se desprende de la actuación notarial acompañada a fs. 10/12, cabe señalar que con fecha 5 de mayo del actual, su esposa ha designado al amparista su mandatario para que en su nombre y representación realice todas las gestiones que sean necesarias para dar cumplimiento a su voluntad, todo ello mediante Escritura Pública n° xxx -mandato de autoprotección-, y como mandataria sustituta, a su hermana (...), habiendo asimismo suscripto el acto su otra hermana (...).

II. De la audiencia personal mantenida con el amparista en sede del Juzgado (fs.15/16, 31/05/05), éste ratifica su presentación inicial, aclarando que su esposa participó asimismo en la elaboración de la misma. Explicó en dicha oportunidad que M. en todo momento ha aceptado y acepta cuidados clínicos y farmacológicos "normales", incluso la utilización de una asistencia respiratoria "Bi - Pap" (máscara que ayuda a la respiración al emitir al aparato respiratorio aire a presión -no oxígeno-). Explica también que de ninguna manera su esposa procura lo que podría denominarse "eutanasia", por el contrario "sigue luchando, acepta regularmente toda la medicación indicada y todos los cuidados pertinentes, pero no acepta intervenciones invasivas y a permanencias como las ahora indicadas", que no quiere "perder su

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

dignidad", siendo en tal sentido la decisión de su cónyuge, clara, firme y persistente.

Destaca luego el Sr. ... que todos los integrantes del grupo familiar, a pesar de lo dolorosa que es la situación, respetan la decisión firme de M., incluidos los tres hijos del matrimonio, ..., (mayores de edad)

Expresó finalmente, que es su deseo, y la de los demás familiares más próximos, que la decisión de su esposa sea efectivamente respetada, de llegarse al momento de la eventual implementación de las indicaciones médicas aquí cuestionadas, observando que: "a lo mejor ese momento no llegue nunca, pero para ella sería una enorme tranquilidad espiritual saber que su decisión al respecto sea respetada". En orden a ello expresó luego que "todo esto lo vive como una responsabilidad frente a su esposa, ella confía en mí y quiero responderle a esa confianza".

III. En sentido coincidente con lo expresado por el Sr. ..., se pronunció la hermana de la paciente, -mandataria sustituta designada en el acta notarial de fs. 10/12-. En la audiencia llevada a cabo en sede del juzgado (1/6/05, fs. 18 y vta.) la nombrada expuso que su hermana ... siempre fue una persona de fuertes convicciones y que su actual padecimiento no es óbice para ello, y en tal sentido -añade- le consta que se encuentra plenamente convencida de la decisión a la que ha arribado, y es por ello que desea que dicha decisión sea respetada, por

entender que de lo contrario se le infligiría a M. un dolor adicional. Explica además que su hermana M. no desea morir y que acepta todas las terapias alternativas tendientes a cuidar su tan vulnerada salud, pero "no acepta bajo ninguna circunstancia vivir como un vegetal, postrada, escarada, dependiente de máquinas y agujeros, totalmente dependiente y prácticamente incomunicada", rechazando "todo método artificial de sobrevivida, por no considerarla autónoma y consecuentemente digna".

A modo de conclusión, se pregunta la compareciente cómo se podría obligar a su hermana "a un tratamiento en contra de su voluntad tan fundada y sostenida".

IV. A fin de garantizar una adecuada y activa participación de la propia paciente en la toma de decisiones, que hacen al respeto de su dignidad personal, salud en sentido integral y calidad de vida, se realizó una amplia entrevista personal con M., en su domicilio particular, quien se encontraba acompañada en ese momento de su cónyuge (amparista de autos), y sus tres hijos -todos ellos mayores de edad-, diligencia judicial de la que participaron activamente -además del suscripto y Secretaria del Juzgado- la Dra. L. R. F., Defensora Oficial Ad Hoc designada, y el Dr. D. M. O., Perito Médico Psiquiatra de la Asesoría Pericial Departamental, actuación que fuera documentada a fs. 20/21 y que incluye el correspondiente dictamen médico psiquiátrico forense, todo ello con fecha 02/06/05.

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

El desarrollo de la entrevista personal premencionada, permitió constatar una excelente interacción familiar, al igual que el esmerado cuidado que la paciente recibe en su propio hogar.

Pese a las dificultades que presentara la entrevistada para expresarse, quedaron perfectamente claras sus respuestas a las preguntas formuladas, en un todo coincidente con su voluntad expresada en el acta notarial y escrito inicial de la presente causa. Entre otras de sus respuestas más significativas, se recogieron las siguientes: "desde hace dos años vengo pensando el tema, pero no pienso morirme mañana, todavía tengo cosas que hacer", "acepto el Bi-Pap que me ayuda a respirar", "yo no quiero que me invadan. Quiero morir como toda la gente, de una manera digna", "no quiero estar conectada a una máquina, ahora puedo mantener una vida cotidiana".

Al respecto, el hijo mayor de la Sra. M., expresó que ya al segundo año de diagnosticada la enfermedad, como terapia su madre fue sometida a la denominada "plasmaféresis" (limpieza de sangre, procedimiento que se aplica a los pacientes con insuficiencia renal), expresando luego su disconformidad con la misma por considerarla altamente agresiva, afirmación que durante el desarrollo de la audiencia fue asentida claramente mediante gestos inequívocos por parte de la paciente.

V. El perito médico forense Dr. D. M. O., en la evaluación psiquiátrica (fs. 20 vta./21) concluye que la paciente " se encuentra en

condiciones en cuanto a su capacidad psíquica para poder discernir o elegir respecto a tratamientos que le puedan haber sido prescriptos, en este caso puntual intervenciones cruentas como la gastrostomía y la traqueostomía, intervenciones que podrían incidir en el desenvolvimiento a nivel comunicacional... incidiendo en su integración social y familiar". Asimismo precisa que: "se encuentra adecuadamente asistida en su lugar de alojamiento, con una muy buena continencia familiar y asistencia médica en forma ambulatoria..."

De manera complementaria, y congruente con el premencionado informe psiquiátrico, a fs. 52/53 produce dictamen fundado el perito médico forense de la Asesoría Pericial Departamental, Dr. J. A. F., en base a los puntos de pericia fijados en la resolución de fs. 46 y vta.

Del preciso informe pericial indicado, resultan varias circunstancias jurídicamente relevantes, de particular significación para el momento de la presente sentencia, a saber: a) que la ..., que padece la Sra. M., de ... años de edad, "consiste en una alteración degenerativa de las neuronas motoras del sistema nervioso central (cerebro y médula espinal) ..." que produce trastornos motores de toda la economía; b) que dicha enfermedad, de etiología aún no muy bien conocida es de evolución continúa e irreversible, y que se caracteriza por trastornos de la marcha, los movimientos en general y trastornos del habla, la deglución y por último de la respiración; c) que la patología en su

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

desarrollo progresivo genera una afectación grave de las funciones básicas de la deglución y la respiración, y suele ser una enfermedad evolutiva mortal, para la cual en el actual estado de la ciencia no existen terapias curativas; d) que una eventual traqueostomía, no mejora la evolución de la enfermedad, y que por lo demás la colocación del respirador sería a permanencia; e) que una posible traqueostomía traería aparejada una imposibilidad de comunicación oral de la paciente con su entorno, que ya de por sí es escasa; f) a modo de conclusión, señala asimismo el Sr. Perito médico forense que "tanto la gastrostomía como la traqueostomía son medidas terapéuticas de paliación, que no brindan curación a la paciente. Sólo contribuyen a evitar molestos reflujos de alimentos a la vía aérea que pueden producir complicaciones respiratorias infecciosas. No obstante no influye en la evolución letal de la afección".

En razón de la pertinente fundamentación tanto de la pericia psiquiátrica oficial como médico forense previamente analizadas, y en razón de las concordancias de las mismas con las demás constancias del proceso, corresponde asignar a tales dictámenes el carácter de plena prueba pericial de conformidad con lo previsto por los arts. 384 y 474 del C.P.C.C. t.o.

VI. Por lo demás, resulta relevante la actuación de la Defensora Oficial Ad Hoc, Dra. L. R. F., toda vez que ante la claridad de las respuestas categóricas de la amparista, su lucidez mental, madurez y

seguridad en sus convicciones, considera fundadamente que M. es una persona capaz de obrar y competente para decidir, y por ello entiende que se debe admitir la petición judicial y acoger la declaración de voluntad de la causante en carácter de directivas anticipadas, efectuadas con plena capacidad para efectuar juicios razonados, con conocimiento y adecuada información de la situación y en condiciones de estabilidad emocional.

Señala con justeza la Sra. Defensora, que la aceptación de las directivas anticipadas implican un avance en la consolidación del principio de autonomía y del derecho del paciente a rechazar tratamientos que -como en el caso- prolonguen su vida artificialmente a costa de su calidad de vida y dignidad.

En síntesis, en términos precisos y fundados, se pronuncia a favor de la procedencia sustancial del amparo promovido en autos, por estimar que de esa manera se reconoce la dignidad como persona de la paciente y su derecho a la autodeterminación.

VII. La excelente interacción familiar, apreciada por el Juzgado (fs. 20 y vta.), el Perito Médico interviniente (fs.20 vta./21), la Defensora Oficial Ad Hoc (fs. 25/30), se ve reflejada asimismo en fundado informe socioambiental realizado por intermedio de la Perito Asistente Social de la Asesoría Pericial Departamental, Lic. M. C., quien a fs. 22/24 destaca que "se visualiza una afectiva relación intrafamiliar, basada en el respeto mutuo, con una adecuada distribución de roles y

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

responsabilidades y la participación de todos los miembros de grupo en la toma de decisiones", "tanto su esposo como sus hijos expresan el deseo de respetar su voluntad, preservando su autonomía y su dignidad como persona, sabiendo lo que ella ha luchado por su vida y conociendo el desgaste que ha sufrido en tantos años de padecimiento".

VIII. Que en base a los antecedentes referidos, acta notarial de autoprotección de fs. 10/12, e informes médicos de fs. 8/9, se estimó conveniente incorporar a la causa un dictamen interdisciplinario, orientado hacia las consideraciones bioéticas atinentes al caso planteado.

Ello así, a fs. 35/39 el Comité Ad Hoc del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata, sostiene que las directivas anticipadas constituye un "instrumento legal cada vez más necesario en el entramado médico jurídico existente hoy día, en la concreción del derecho a la libre decisión, a la calidad de vida, y a la preservación de la salud como un proceso integral biológico, psicológico, social e histórico, socio-individual, destacando además que en el caso, "existe un consenso familiar respecto de la voluntad de la paciente". Finalmente, se concluye que -a juicio del Comité- debiera hacerse lugar al amparo interpuesto, "priorizando la autonomía de la paciente, y la no maleficencia, que de otro modo la llevaría a modificar su actual calidad de vida, rodeada de entorno afectivo que le permite aceptar el proceso de enfermedad con dignidad".

IX. Finalmente, dictamina en autos la Sra. Fiscal interviniente, Dra. S. K. (fs. 41/45) y entre otras fundadas consideraciones puntualiza que partiendo siempre del derecho a la vida es un bien supremo, la solicitante ha preservado dicho valor hasta el presente, y ante la irreversibilidad de su enfermedad y su decidida oposición a medios artificiales que prolongan en forma precaria la vida, no existen impedimentos para hacer lugar al derecho reclamado por la misma, sin desmedro de extremar las medidas y prácticas médicas tendientes a evitar y/o morigerar el dolor y sufrimiento de la causante.

Por último, señala la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal que deben arbitrarse los medios para brindar adecuada protección a la amparista, ante una eventual manifestación en contrario por parte de la misma en el futuro.

X. El denominado "proceso constitucional de amparo" se concibe como un instrumento de garantía y tutela, rápida y eficaz de derechos y garantías de raigambre constitucional. Este desarrollo es particularmente importante al momento de resolver en el ámbito jurídico, respecto de los problemas bioéticos que se caracterizan por su complejidad y conflictividad, y que requieren de una tutela real y efectiva que garantice el acceso oportuno y concreto a la justicia (ver Augusto Mario Morello, "El amparo como técnica procesal principal de protección de la salud", LLBA, 2002-405 y ss.-nota a fallo)-. En tal sentido reiteradamente el suscripto ha sostenido -en diversos

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

precedentes- con invocación de principios, normas y valores constitucionales, doctrina y jurisprudencia concordante, que el amparo, como acción y derecho constitucional resulta la vía idónea para la efectiva protección de derechos de raigambre constitucional, que como procedimiento o vía de tutela esencial, juega como alternativa principal y no subsidiaria, de manera directamente operativa resulta la vía idónea, para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales, particularmente para la protección efectiva de la salud como valor y derecho fundamental, que procede ante cualquier juez o tribunal letrado. (Puede verse entre otros "B., M. E. s/Acción de Amparo", en "Jurisprudencia Argentina", número especial Bioética, 3/11/99, con nota aprobatoria de Carlos. A. Ghersi, "Los nuevos derechos civiles constitucionales: el derecho a la vida y la salud, el amparo y las medidas innovativas para la operatividad de los derechos").

Por lo demás, conforme normas constitucionales y legales vigentes y la actual jurisprudencia de la SCBA, el Juzgado resulta competente para entender en autos (arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en relación al art. 4to. de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 75 inc. 23 apartado 2do. de la C.N., arts. 12, 20 numeral 2 ap.2, 36 numeral 8 y ccdtes. de la Constitución Provincia, y art. 4to. de la ley de amparo 7166 to. dec. 1067/95 (puede al respecto verse: Augusto Mario Morello, "Todos los jueces están habilitados para conocer del amparo", nota a fallo de la SCJBA en "J.A.", Bs. As., 30/03/2005, JA-2005-I, suplemento de Derecho Administrativo, fasc.

13, ps. 81/2, Adolfo Rivas "Pautas para el nuevo amparo constitucional, en "E.D." "Temas de Reformas Constitucional", 29/6/95, Agustín Gordillo "Un día en la Justicia: los amparos de los arts.43 y 75 inc.22 de la C.N.", LA LEY, 1995-E, 988).

XI. Como cuestión liminar cabe aquí destacar, que la ausencia de normativa subconstitucional específica referida a las denominadas directivas anticipadas, living wills, testamentos vitales, disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad y otras acepciones similares desarrolladas en el derecho comparado (puede verse al respecto, Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996; Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández, "El denominado testamento vital y el derecho a morir dignamente", en revista jurídica "Jurisprudencia Argentina", número especial Bioética, Buenos Aires, 03/11/2004, ps.20/30; acerca de proyecciones bioéticas, puede asimismo consultarse: Armando S. Andruet (h.) -U.C.C.-, Bioética, Derecho y Sociedad, Ed. Alveroni, Córdoba, 2004; Jorge L. Manzini, "Las directivas anticipadas para tratamientos médicos", en revista jurídica "Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina", número especial Bioética, 1ra. Parte, con la coordinación del suscripto, Buenos Aires, 12/12/2001 (JA. 2001-IV, fascículo n° 11), ps. 40/47), no implica que el referido instituto resulte extraño al ordenamiento jurídico argentino, partiendo prioritariamente de normas, principios y valores consagrados en la Constitución Nacional, y en un sentido más amplio, del

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

denominado bloque de constitucionalidad, conforme previsiones del art. 75 numeral 22 de la Constitución Federal, que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos allí numerados (Germán J. Bidart Campos, Compendio de Derecho Constitucional, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, ps. 23/24).

En tal sentido resulta pertinente reafirmar una vez más la denominada fuerza normativa de la Constitución, toda vez que sus normas "no son retóricas ni declamación fraseológica, sino derecho de la constitución con fuerza normativa" (Germán J. Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, Edit. Ediar., Buenos Aires, 1995; del mismo autor, nota en LA LEY, 1997-B, 297 titulada "El Derecho a la salud y el Amparo", p.48 y ss.; puede asimismo verse Néstor P. Sagüés, "La fuerza normativa de la Constitución y la actividad jurisdiccional", en ED-170-823).

Dicho esto vemos que desde la perspectiva constitucional, la cuestión, en última instancia remite al art. 19 de la Carta Fundamental en el orden federal, cuyos alcances respecto de cuestiones análogas a las aquí planteadas fueran claramente explicitadas en el paradigmático caso "B." por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo que mereciera notas aprobatorias de reconocidos juristas nacionales (entre ellos ver: el fallo publicado y sus anotaciones correspondientes en: El Derecho, T.153, p.249, 1993, con nota de Germán J. Bidart Campos,

"La objeción de conciencia frente a los tratamientos médicos; J.A. 1993-IV-555 con nota de Julio César Rivera, titulada "Negativa a someterse a una transfusión sanguínea"; y en LA LEY, 1993-D, 124, y nota de Carlos E. Colautti, "Precisiones e imprecisiones en el caso Bahamondez", en LA LEY, 1994-B, 785).

En la mencionada sentencia se sostuvo con meridiana claridad que "de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara a derechos de terceros" (del voto de los Ministros Augusto C. Belluscio y Enrique S. Petracchi).

En un sentido complementario, en su voto conjunto los Ministros Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra, argumentaron respecto de la negativa de un paciente a ser sometido a un tratamiento médico contra su voluntad que: "En el caso se trata del señorío a su propio cuerpo, y en consecuencia de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la C.N. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 C.N. ...". En el mismo voto

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

conjunto de ambos Ministros se puntualizó además que: "Se trata en definitiva de los derechos esenciales de la persona humana relacionados con la libertad y la dignidad del hombre".

A modo de síntesis conclusiva y a partir de fundamentos diversos pero sustancialmente coincidentes expuestos en los distintos votos en la sentencia "B.", se infiere sin hesitación que tratándose de conductas autorreferentes (aquellas con relación a las cuales las consecuencias sólo recaen sobre la propia persona, no afectan derechos de terceros y no comprometen intereses públicos relevantes), las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales.

Resulta pertinente recordar que en el señero caso B., y en el ya referido voto conjunto de los Ministros Fayt y Barra, se asignó particular relevancia a las previsiones del art. 19 numeral 3 de la ley 17.132, ordenamiento que si bien sólo rige de manera inmediata hoy día en el ámbito jurisdiccional de la Capital Federal (por tratarse de una ley dictada por el Congreso como poder legisferante local), conforme a reiterada jurisprudencia resulta aplicable en los ámbitos jurisdiccionales provinciales, en ausencia de legislación local específica, y por aplicación de las previsiones del art. 16 del Código Civil.

En la citada disposición normativa, se consagra como deber de los profesionales de la medicina, y por regla, "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse", previsiones que

si bien literalmente se refieren a decisiones actuales de un paciente, consagra como principio rector de carácter general el respeto a la autonomía personal, que, a juicio del proveyente, y con sustento en las consideraciones que se efectúan en la presente sentencia se prolonga, conforme a pautas generales de razonabilidad, y adecuada y prudente ponderación de las circunstancias, también a decisiones futuras como las contempladas en las denominadas directivas anticipadas.

En una reciente sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (S.C.J.B.A.) de fecha 09/02/2005, en un complejo caso bioético-constitucional referido a un estado vegetativo persistente (E.V.P.), en el cual se había solicitado la autorización judicial para la suspensión del soporte vital, el Alto Tribunal provincial, en varios votos concurrentes, retoma la doctrina constitucional del caso B. y profundiza cuestiones de naturaleza análoga a las planteadas en esta causa.

A partir de una fuerte reivindicación del principio de autonomía personal y del derecho de toda persona humana de rehusar determinados tratamientos médicos, varios Ministros de la Corte Provincial abordan en concreto el tema de la eventual validez jurídica de las denominadas directivas anticipadas, living will (testamento vital), designación de un representante (health care proxies or directive).

Si bien la Corte finalmente, mediante decisión unánime, desestimó la solicitud de autorización de suspensión del soporte vital

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

(alimentación e hidratación artificiales), hubo divergencias en cuanto a los fundamentos de la sentencia.

Limitado aquí el análisis a la situación particular del tema sometido ahora a decisión judicial, los votos sustancialmente concordantes de los Ministros Francisco Héctor Roncoroni, Hilda Kogan y Daniel Fernando Soria, ofrecen peculiar interés, por cuanto los nombrados -más allá de matices diferenciales-, coinciden en reconocer la importancia de las denominadas directivas anticipadas, ausentes en el caso resuelto por la Corte, mientras que -por el contrario- el thema decidendi en autos parte justamente de la existencia de tales directivas, cuya homologación judicial se peticiona.

Transcribiré solamente algunos de los párrafos sustanciales de los tres votos ya mencionados, en cuanto cabe extraer de los mismos criterios orientadores para la decisión final en esta causa.

Así sostuvo explícitamente el Dr. Roncoroni que: ... "Toda persona adulta, libre, consciente y en su sano juicio tiene el derecho (la libertad) de rechazar o suspender el tratamiento de una enfermedad que le es aconsejado o aplicado por profesionales del arte de curar, aún a sabiendas de que ello lo conducirá a la muerte", para añadir que: "...Ha de prestarse oídos a tal voluntad si ella se manifestó en forma inequívoca con antelación a llegar al estado en que se encuentra y aunque la misma no haya quedado vestida con las formas de un testamento de vida o de un apoderamiento. Bastaría la prueba rotunda y

convinciente que la paciente, en pleno uso de sus facultades mentales y como fruto de una madura y seria reflexión, dio cuenta de sus deseos de rechazar todo tratamiento si en el futuro llegara a encontrarse en dichas circunstancias".

Por último -siempre con relación directa a las circunstancias del caso sometido a decisión de la Corte- mencionó la improcedencia de una decisión por subrogación o por parte de "representantes sin facultades expresas para ello. Vale decir sin el consentimiento del paciente, previamente expresado por el mismo...".

A su vez, la Ministro Kogan, entre otras muchas consideraciones fundamentó su opinión en el sentido que: "...Si bien la vida es un bien supremo y el primer derecho de toda persona, éste debe armonizarse con el derecho a la autonomía, a la autodeterminación y a la libertad individual de cada ser humano reconocidos en el art. 19 de la Carta Magna, con estrecha relación con la dignidad de la persona contemplada en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (arts. 5.1., 7.1. 11.1 y 16, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros)". Señaló también que: "La vida no puede mantenerse en cualquier circunstancia y a cualquier costo, pues ese bien acarrea también el derecho de vivir en condiciones de dignidad" y que "... debe primar la autonomía de la voluntad del paciente que en virtud de su derecho a la autodeterminación sobre su

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

persona y su propio cuerpo, decide rechazar un determinado tratamiento médico, aunque esa negativa pudiera poner en peligro su vida".

Por su parte el Ministro Soria, en una línea argumental sustancialmente coincidente con los votos anteriores, aunque con aportes propios al tema, resaltó entre otros aspectos relevantes los siguientes: "en principio, el derecho a la autonomía, basado en el respeto a la dignidad y la autodeterminación de las personas (art. 19, Constitución Nacional), confiere sustento a aquella permisión, facultando al individuo competente (capaz), a repeler o rehusarse a continuar tolerando un determinado tratamiento médico, aunque con su negativa malogre su vida o lo que le queda de vida" y asimismo que "a las personas capaces la juridicidad reconoce un señorío sobre sus actos, su cuerpo y su propia vida (tal el alcance dado por los doctores Barra y Fayt, en su voto concurrente, cfr. consids. 11 a 13, "in re" "B.", C.S.J.N., Fallos 316:479 -LA LEY, 1993-D, 130; DJ, 1993-2-499-), bien entendido que tal libertad implica sostener, que fuera de situaciones extremadamente excepcionales, está vedado cualquier acto intrusivo coactivo..."

Con una fuerte invocación al respeto de la autonomía personal en las conductas autorreferentes enfatizó también que: "...Si bajo determinadas circunstancias un enfermo en peligro de muerte puede decidir no afrontar una intervención terapéutica recomendable según la

praxis médica, haciendo valer su autonomía (art. 19, Const. nac.), no veo por qué no estará facultado a invocarla cuando ha de enfrentarse a un cuadro clínico caracterizado por la irreversibilidad. Debe estarse, entonces, a la decisión del paciente competente adecuadamente informado, adoptada en un ambiente libre de otra presión que no sea la inherente al contenido dilemático de la propia situación existencial", para finalmente remarcar que en ausencia de claras directivas anticipadas del propio paciente ningún tercero puede válidamente tomar decisiones en nombre de éste, cuando ello implica poner en peligro la vida del nombrado.

De lo expuesto surge en consecuencia que en el caso resuelto por la Suprema Corte Provincial -en los votos premencionados-, para arribar a un pronunciamiento desestimatorio de la interrupción de las medidas de soporte vital, se asignó significación relevante a la ausencia de directivas anticipadas, o manifestaciones de voluntad inequívoca de la paciente respecto de la eventual suspensión del tratamiento en cuestión, sumado en ese caso al sustancial desacuerdo entre los familiares más próximos acerca del mismo tema, y a la ausencia de facultades expresamente delegadas con anterioridad en terceros.

Resulta por ende razonable inferir que otra habría sido la decisión de haber existido las varias veces mencionadas directivas anticipadas o actos de autoprotección, o en la terminología anglosajona living will, o al menos prueba fehaciente o inequívoca respecto de la

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

voluntad de la paciente. En cambio, en esta acción de amparo se trata de analizar la validez jurídico-constitucional y bioética de decisiones adoptadas libremente, por una persona con pleno discernimiento respecto de situaciones relacionadas con la evolución de una enfermedad irreversible que padece, complementando sus propias directivas inequívocas con la designación de representantes ad hoc entre personas de su círculo familiar y de su máxima confianza, con miras al ulterior respeto de su autodeterminación, y dentro del criterio rector -tal como se consigna en el acta notarial de fs. 10/12- del "mejor interés del paciente".

Por lo demás, no resulta ocioso resaltar, desde una perspectiva de una autonomía dialógica, que esa libre y espontánea decisión de la paciente, cuenta asimismo con el asentimiento y acuerdo de todo su grupo familiar primario, el cónyuge peticionario en autos y sus tres hijos, mayores de edad, que conviven en el mismo domicilio familiar, según se documentara en el acta judicial de fs. 20/21 y del informe socioambiental glosado a fs. 22/24, todo ello valorado desde una perspectiva interdisciplinaria, consustancial a la Bioética por cuanto "típicamente, el discurso bioético se apoya en el diálogo como mecanismo y substancia de la vida social...", "que puede contribuir al diálogo entre racionalidades y disciplinas así como ha contribuido al diálogo entre personas, grupos humanos y tradiciones culturales..." (Fernando Lolas Stepke, "Hacia una Bioética para América Latina y el

Caribe, en revista "Bioética y Cuidado de la Salud. Equidad, Calidad y Derechos", Ed. OPS/OMS, Santiago, Chile, 2000)

Finalmente, resulta pertinente remitir a la más autorizada doctrina constitucional elaborada alrededor del contenido artículo 19 de la Constitución Nacional, entre muchos otros puede verse al respecto: Germán J. Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1993, Tomo I, ps. 374/385; del mismo autor: "La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático", -nota a fallo-, revista El Derecho, Buenos Aires, 11/12/1995; Miguel Angel Ekmekdjian, Tratado de Derecho Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1994, T.II, ps. 456/472; María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, Ed. La Ley, 2da. Ed., Buenos Aires, 2003, en particular p. 186, "La privacidad como principio de no interferencia"; Quiroga Lavié - Benedetti - Nieves Cenica Celaya, Derecho Constitucional Argentino, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, T. I, ps. 147/155.

XII. De este modo, desde la Constitución y el bloque de constitucionalidad, irradian principios rectores que requieren operatividad en el mundo jurídico cotidiano, puesto que de lo contrario las sabias provisiones constitucionales podrían de hecho verse cercenadas -y convertidas en letra muerta- debido a la ausencia de normas infraconstitucionales que expliciten en concreto el modo de

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

realización de la normativa superior. Amen de ello, y según previsiones del art. 16 del Código Civil, el juez o tribunal llamado a decidir en un "caso" puede -y debe- recurrir aquí a los principios de leyes análogas, y subsidiariamente a los principios generales de derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Como bien se ha señalado (Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, op. cit., ps. 26/28) resulta aquí pertinente invocar, por la vía de la analogía las claras previsiones contenidas en los artículos 479 y 383 del Código Civil. Según la primera de las disposiciones premencionadas, en todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos, mientras que el art. 383, al reglar la denominada tutela dativa dispone que los padres pueden nombrar por testamento tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad, para añadir luego que pueden también nombrarlo por escritura pública para que tenga efectos después de su fallecimiento.

De las disposiciones legales citadas, se derivan criterios orientadores, por la vía de la analogía, aplicables a las previsiones contenidas en la actuación notarial de fs. 10/12, en cuanto allí, una persona mayor de edad, jurídicamente capaz y competente desde la perspectiva bioética, exterioriza su voluntad fundada en cuanto a la designación de "apoderado" (en primer lugar a su cónyuge, y

subsidiariamente a su hermana), a quienes confiere un mandato especial relativo a la toma de decisiones respecto de la futura evolución de la salud de la mandante, en caso de llegar ésta a una situación de incapacidad para la autodeterminación a consecuencia del desarrollo de su enfermedad, y para que ese "apoderado especial", arbitre en tal supuesto las medidas conducentes para el cumplimiento de la voluntad de la mandante, orientado por el criterio del denominado mejor interés de la paciente.

Más allá del tema atinente a los alcances futuros del mandato conferido, resultaría manifiestamente irrazonable sostener que una persona plenamente capaz (padre o madre) pudiesen designar tutor para sus hijos bajo la patria potestad, e inclusive curador para la persona de hijos mayores jurídicamente incapaces, mientras que al mismo tiempo, y dentro de un mismo sistema jurídico con una raíz constitucional personalista, le negase el legítimo derecho de una persona mayor de edad y plenamente capaz al momento de exteriorizar su voluntad, de designar un mandatario para la toma de decisiones referentes a la salud del mandante, en el hipotético caso de llegar éste a una situación de incapacidad de hecho.

XIII. Sin necesidad de adscribir rígidamente al denominado modelo bioético de los principios (o "principalismo"), centrado en los principios de autonomía, beneficencia-no maleficencia (desarrollados en la ya clásica obra de Tom L. Beauchamp y James F. Childress,

Principles of Biomedical Ethics, Fifth Edition, Oxford University Press, 2001), resulta verdad incontrastable que tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, los ordenamientos constitucionales -particularmente en las democracias constitucionales de occidente-, como en los desarrollos en el campo de la Bioética, se ha afianzado con particular fuerza una tendencia universal hacia una mayor protección de la esfera de la autonomía personal.

Una clara concreción de dicha tendencia se expresa en la denominada "Convención de Asturias de Bioética" ("Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina" del Consejo de Europa, aprobada en Oviedo, España, el 4/4/1997), importante instrumento que más allá de su carácter jurídico, se sustenta claramente no tanto en reglas, sino en principios o valores que el mundo jurídico comparte con la Bioética, tales como: dignidad e identidad del ser humano, el principio de no discriminación, el respeto de la integridad y demás derechos y libertades fundamentales, todo ello con respecto a la aplicación de la biología y la medicina, y donde se establece además que el interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia. Tanto el articulado como el espíritu que informa esta Convención, responde a una creciente interrelación y recíproca complementación entre ética y derecho -tesis de la vinculación- en particular en el campo

de los problemas bioéticos (puede verse al respecto: Robert Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en Derecho y moral, AAVV, Compilador Rodolfo Vázquez, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, ps. 115/137). Resulta aquí pertinente recurrir a la autorizada opinión de Diego Gracia (Universidad Complutense, Madrid) cuando enseña que: "Ética y Derecho son los dos sistemas normativos de que dispone toda sociedad. Nunca, al menos en la tradición occidental ha sido posible prescindir de una o de otro. Ambos parecen absolutamente necesarios. Lo cual no significa que haya resultado nunca fácil establecer con claridad los modos de su relación...".

En orden a esos modos de relación -agrega- que "más allá de las diferencias que entre ética y derecho existen", ambas poseen en común el método de la deliberación, que obliga a una argumentación razonable, habida cuenta que el derecho es el resultado de los sistemas de valores que coexisten en una sociedad, para finalmente añadir con particular acierto, que "hay una jurisprudencia y hay una morisprudencia. Distintas entre sí, pero ambas también complementarias" (Diego Gracia, prólogo libro Bioética, Derecho y Ciudadanía. Casos Bioéticos en la jurisprudencia -de autoría del suscripto-, Ed. Temis, Bogotá, 2005), reflexiones que resultan de esta manera acordes con las tesis de la vinculación entre moral y derecho a las que ya se hiciera referencia.

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

Particular significación con relación al tema aquí sometido a decisión judicial lo presenta el art. 9 de la mencionada Convención en cuanto explícitamente preceptúa que: deberán tenerse en cuenta los deseos expresados con anterioridad por el paciente que, al tiempo de la intervención, no se hallare en estado de expresar su voluntad en orden a una intervención médica.

Del denominado "Explanatory Report" -una virtual exposición de motivos- elaborado por el Steering Committee on Bioethics del Consejo de Europa, correspondiente al art. 9 de la Convención, cabe extraer en síntesis los siguientes criterios orientadores: a) que el sentido de la mencionada disposición tiende a la protección de la esfera de privacidad y autodeterminación del paciente; b) que éste puede prever situaciones futuras en las que, por ejemplo, a causa de una enfermedad progresiva, pueda no encontrarse en condiciones de expresar su voluntad respecto de determinados tratamientos médicos, y exteriorizar sus deseos frente a las alternativas posibles (aceptar o rehusar algunas de ellas); c) que los médicos deberían respetar los deseos del paciente, procurando -en la medida de lo posible- evaluar la validez actual de los mismos, por ejemplo, con relación al posible descubrimiento de nuevos tratamientos médicos desconocidos al momento de la exteriorización de voluntad del paciente teniendo en cuenta además el tiempo que pudo haber transcurrido entre la fecha de la manifestación de las "directivas anticipadas" y la emergencia médica.

Al lado de los aspectos o consecuencias negativas del proceso de globalización -que son ciertamente abordados y estudiados con mayor frecuencia-, se presentan en estos temas aspectos positivos vinculados a dicha globalización, por caso en lo que se refiere a la universalización de derechos fundamentales en el amplio campo jurídico relacionado con la Bioética. Valga aquí como ejemplo la aprobación por parte de la O.N.U. de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO, y los avances actuales en la elaboración, asimismo a cargo de la UNESCO, de una Convención Internacional de Bioética, documentos que recogen los aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Bioética en esta materia, que permitiría "universalizar" los derechos fundamentales relacionados con la Bioética.

XIV. No existe a criterio del juzgador diferencia sustancial significativa en cuanto al derecho a la autodeterminación y respeto a las decisiones personales referidas a la salud, que se exterioriza a través de la denominada "doctrina del consentimiento informado", y que incluye claramente el derecho fundamental de cada persona, en la medida que se tratare de conductas autorreferentes, de rehusar una intervención médica que le fuere propuesta por profesionales competentes adoptadas por pacientes que al momento de llevarse a cabo el acto médico, conservan su plena capacidad jurídica de hecho -y su competencia bioética-, (puede verse y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, el capítulo VII, primera parte "El consentimiento

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

informado. Perspectivas jurídicas y bioéticas", en el libro -de autoría del suscripto- Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos, Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 1999, -2da. Edición, 2004-, ps. 101/118) respecto de aquellos otros supuestos relacionados con decisiones autónomas, adoptadas con anterioridad y que implican directivas anticipadas para el futuro, emanadas de quienes al momento de producirse la intervención médica en cuestión, se encontrasen imposibilitados de manifestar su voluntad.

Trasladados tales criterios orientadores al *thema decidendi*, se infiere sin esfuerzos que si hoy, conforme al derecho vigente - encontrándose la paciente con plena lucidez mental y libertad para autodeterminarse-, su firme decisión en el sentido de no aceptar procedimientos médicos invasivos, debiera ser respetada (art. 19 C.N. y art. 19 inc. 3ro. de la ley 17.132), resultaría manifiestamente irrazonable y contrario a los más elementales criterios éticos, afirmar que sería suficiente aguardar un eventual momento de inconciencia, falta de lucidez y/o imposibilidad de la paciente para comunicarse, para entonces sí someterla a tratamientos que ella libremente rehusara en ejercicio de sus libertades fundamentales.

Esa analogía sustancial entre ambas situaciones descriptas, no obsta sin embargo a la adopción de una particular precaución (tal como con buen tino se señala en el ya citado "Explanatory Report" referido al art. 9 de la Convención Europea) en cuanto a la evaluación de posibles

modificaciones de circunstancias relevantes ponderadas por el propio paciente al momento de explicitar sus directivas anticipadas, de un modo muy particular respecto de una eventual aparición de nuevas terapias curativas (inexistentes al momento de la expresión de voluntad anticipada), o hipotéticamente en razón de haber transcurrido un tiempo prolongado contado desde la expresión de deseos del paciente y el momento de realizarse una actuación médica determinada. En este último supuesto resultará conveniente evaluar, conforme pautas de razonabilidad si en ese período transcurrido el paciente pudo modificar su decisión anterior.

De todos modos, en las particulares circunstancias que rodean al caso que motivara la interposición de la presente acción constitucional de amparo, la complementación entre la expresión actual de las directivas anticipadas en cuanto a que la paciente rehusa determinadas intervenciones médicas de futuro, y la designación, en el mismo instrumento público notarial de un mandatario o apoderado especial -y una eventual sustituta-, que justamente recae en las personas de máxima confianza de la propia paciente, libremente designadas por ésta, en el caso, su cónyuge y una hermana, quienes en la misma actuación notarial, y posteriores diligencias judiciales, asumieran el compromiso formal de velar por el cumplimiento de los deseos de su mandante, y en orden al mejor interés de la paciente, todo ello por cierto aunado a la revocabilidad de las directivas anticipadas o actos de autoprotección por parte de la propia paciente, y en todo momento.

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

Para arribar a esta conclusión, cabe invocar la autoridad del maestro Germán J. Bidart Campos, cuando afirmara que: "en una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común; la intimidad y privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad" (Germán J. Bidart Campos Daniel H. Herrendorf, Principios, derechos humanos y garantías, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, ps.169 y ss).

De esta manera, queda clara la inescindible relación entre dignidad personal y autonomía de la persona, valores exigentes que se irradian de forma análoga, tanto a las claras decisiones personales adoptadas por quien a la fecha de la intervención o tratamiento médico preserva su plena capacidad jurídica de ejercicio, como a aquellas otras situaciones en que esa misma persona, a consecuencia de una enfermedad progresiva hubiese perdido la capacidad de hecho en cuanto a la autodeterminación.

En igual sentido hago propias las reflexiones de Augusto Mario Morello y Guillermo Claudio Morello en cuanto sostienen que: "el derecho a la dignidad de la vida debe insertarse en la perspectiva de un

nuevo humanismo y sin perjuicio de su consideración desde diversas disciplinas interactuantes, una nueva cultura jurídica y médica suministra adecuaciones y propuestas revestidas del mayor interés, que produce en los operadores de la realidad cambios, demarcaciones y puntos de vista diferentes". (Augusto M. Morello y Guillermo C. Morello, Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, Ed. Platense, La Plata, 2002, p.79).

XV. Como reflejo de esas nuevas tendencias tanto en el universo jurídico como bioético actuales, más orientados hacia la centralidad de la persona humana y el respeto de su dignidad, resulta aquí pertinente invocar a modo de criterios orientadores, algunos de los aportes provenientes de un Centro Bioético europeo de referencia como es el Zentrum Für Medizinische Ethik de Bochum (Ruhr Universität Bochum, Alemania), bajo la dirección del Profesor Doctor Hans-Martin Sass, relacionados con el denominado "Protocolo de Bochum", a partir de una historia clínica orientada a valores, donde, entre otras cosas se destacan con claridad que el médico es competente para la concreta evaluación de un caso individual, no para la solución general de problemas éticos, culturales, o políticos comunes, destacándose asimismo que en la ética aplicada se va siempre hacia una ponderación de valores unos contra otros, que no pueden ser todos mantenidos maximalmente al mismo tiempo, contexto en el cual el axiograma (la tabla de valores, deseos y aspiraciones de un paciente) tiene una importancia no menor que su hemograma (puede verse "El

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
N° 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

Protocolo de Bochum para la práctica ético-médica. Análisis científico y ético para el manejo de un caso médico", por Hans Martin Sass, Herbert Viefhues y José Alberto Mainetti, en "Directivas Anticipadas. La historia clínica orientada a valores", en Lit Verlag Münster - Hamburg - Berlin - London, 2002).

Dentro de las múltiples circunstancias fácticas que pueden presentarse en cada situación particular, en los modelos de "Protocolo de Bochum" encontramos algunas referencias de especial significación para el caso aquí planteado, cuando verbigracia se menciona que frente a una eventual "renuncia a la asistencia respiratoria mecánica" se podrían aliviar los síntomas con medicamentos, y la muerte llegaría a causa de una paulatina disminución de la concentración de oxígeno en la sangre, considerándose, que una conducta médica legítima en tal caso podría orientarse a mitigar la angustia y la disnea del paciente (puede verse: "Directiva anticipada para tratamiento médico", Rita Kielstein y Hans Martin Sass, en "Directivas Anticipadas. La historia clínica orientada a valores", en Lit Verlag Münster -Hamburg - Berlin - London, 2002).

XVI. Al creciente interés de los seres humanos en participar en la toma de decisiones que hacen a su salud, vida y dignidad de vida, como modo de un ejercicio más pleno de la ciudadanía (puede verse al respecto Adela Cortina, Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía, Alianza Editorial, Madrid, 1997), responde sin duda la

instrumentación por parte del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires de la creación del denominado "Registro de Acto de Autoprotección", Reglamento implementado dentro del ámbito provincial por Resolución del mencionado Colegio Profesional de fecha 08/10/2004, y cuyo texto obra en autos a fs. 49/51 (puede asimismo verse: Boletín Informativo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, año LVI, n° 1365, 24/05/2005, entrevista a Luis Llorens y Nelly Taiana de Brandi, ps. 21/22).

A ese mismo criterio responde a su vez sin duda el Proyecto de Ley presentado en la legislatura de la provincia de Buenos Aires por parte del Diputado Luis Bruni referido a "Directivas o Voluntades Anticipadas", que implica previsiones adoptadas por una persona adulta y plenamente capaz para el caso que una incapacidad le impidiera tomar decisiones respecto de su vida, su salud o su muerte, y con trámite parlamentario vigente (Exp. D.1760-04-01 de la H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires).

XVII. Resulta menester destacar igualmente, que la petición inicial presentada en autos, configura un verdadero caso en el sentido jurídico constitucional, que encuadra en las previsiones de los arts. 43 de la Constitución Nacional, 20 numeral 2, primer párrafo de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, y 1ro. de la ley provincial de amparo 7166 to. dec. 1067/95, ante un riesgo inminente de

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

afectación a un derecho constitucionalmente protegido, en detrimento de la paciente M.

Ello por cuanto de acuerdo a los informes médicos incorporados a la causa, fs.8/9, y muy particularmente según se desprende de los dictámenes médico y psiquiátrico forense de fs. 20 vta./21 y 52/53, meritados en el considerando V, el desarrollo progresivo e irreversible de la grave enfermedad que aqueja a la mencionada paciente, podría encontrarla -tal vez en fecha cercana- ante la situación de ser sometida a una intervención médica invasiva, no deseada, con consecuencias irreversibles, con grave detrimento de su dignidad e integridad personal, frente a lo cual la acción constitucional de amparo (como instrumento de tutela -en el caso preventiva- de derechos fundamentales) adquiere carácter de garantía y protección -preventivo y de futuro-, no meramente abstracto, sino real y concreto en razón de lo que surge de las circunstancias particulares de la causa evaluadas en el desarrollo de la presente sentencia.

De lo aquí expuesto y tratado en considerandos anteriores se desprende en consecuencia que el amparo promovido se presenta como vía idónea y mecanismo de tutela real y efectiva de derechos y garantías fundamentales, resultando su ejercicio oportuno desde que de llevarse a cabo la posible -y aún probable- intervención médica invasiva no deseada por la paciente -traqueostomía y gastrostomía- durante un hipotético estado de inconciencia o imposibilidad de exteriorizar de

manera actualizada sus deseos (en el caso su clara oposición a la realización de tales actos médicos), se afectaría de manera palmaria e irreversible la esfera de la autonomía personal y dignidad de la persona enferma. Remarcamos aquí el concepto de irreversible, por cuanto según información médica incorporada en la causa y ya evaluada, dichas prácticas, una vez realizadas lo serían a permanencia.

Tal vez nunca más que ahora se presenta entonces la acción constitucional de amparo como modelo paradigmático -en palabras de Augusto Mario Morello- como justicia de protección o acompañamiento (Augusto Mario Morello, "La Corte Suprema y el recurso extraordinario: replanteos impostergable", en Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, 21/08/2002, p.3). Protección, por las razones ya esbozadas, y acompañamiento por cuanto el juez o tribunal interviniente en el caso, acompaña a la paciente y a su grupo familiar, no decidiendo por ella, sino brindando los mecanismos de protección y tutela que el orden jurídico-constitucional ofrece para que, su decisión (la de la propia paciente como protagonista central de esta dolorosa situación), sea efectivamente respetada.

Se trata aquí "una decisión única en un contexto irrepetible" en el cual la propia paciente es reconocida como "interlocutora válida", condición innescindible de la idea misma de dignidad que le es inherente, y que "tiene el derecho no sólo a que se le haga bien, sino también a ser escuchada en la toma de decisiones que le afecta..."

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

(Adela Cortina, *Ética aplicada y democracia radical*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, ps. 236/7).

XVIII. En esta "decisión única en un contexto irrepetible", en el marco de una justicia de protección y acompañamiento, la ética aplicada -y su correspondiente proyección jurídica-, nos coloca ante una ponderación de valores (ver considerando XV), en contextos por momentos dramáticos de conflictos entre valores, derechos y principios, que torna prudente recurrir al denominado "mecanismo de ponderación" (Manuel Atienza, "Juridificar la Bioética", en *Bioética y Derecho. Fundamentos y Problemas Actuales*. AAVV. Rodolfo Vázquez compilador. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999, ps. 64/91, Néstor Pedro Sagües, "Metodología para la enseñanza de los derechos humanos", *LA LEY*, 1995-C, 920; Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo I, ps.171 y ss.), lo que obliga a sopesar en situaciones particulares el peso de cada uno con relación al caso concreto, aunque la jerarquización que pueda efectuarse en determinadas circunstancias, no implique un juicio de carácter general.

En el caso aquí planteado, entonces se está ante un eventual conflicto entre valores, principios y normas, todos ellos constitucionalmente reconocidos "que no pueden ser todos mantenidos maximalmente al mismo tiempo" ("Protocolo de Bochum" ya citado), centrados en esencia y en última instancia en la dignidad (como valor,

principio y derecho), íntimamente asociado al respeto de la esfera de la autonomía personal e integridad de la persona humana, respecto de la vida como derecho y valor fundamental, cuya prolongación temporal, mediante intervenciones invasivas no deseadas y más aún rehusadas por la paciente, y que en concreto importaría una grave e ilegítima afectación a la dignidad, derecho-valor fundante, al cual la propia persona eventualmente afectada asigna prioridad absoluta mediante una decisión meditada y libre y que encuadra en la esfera de las conductas autorreferentes tuteladas en el art. 19 de la Constitución Nacional, decisión personal que por otra parte resulta congruente con el sistema interamericano de los derechos humanos, en cuanto reconoce primacía a la dignidad de la persona humano (puede verse al respecto, Miguel Angel Ekmekdjian, "El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales", en Los valores en la Constitución Argentina, AAVV, Coordinadores Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Ed. Ediar, 1999, ps. 9/36; Susana Albanese, "Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida", en revista jurídica "Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 20/11/2002, JA-2002-IV, fasc. 8, p. 49; y Germán J. Bidart Campos, "La salud propia, las conductas autorreferentes, y el plexo de derechos en el sistema democrático", nota a sentencia en caso "Parodi", publicado en Bioética y Derechos Humanos, Temas y Casos, op. cit. ps. 220/222) Podemos en razón de ello aquí afirmar con Augusto M. Morello y Guillermo C.

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

Morello, en el particularísimo caso materia de decisión judicial, que frente a la colisión de estos valores superiores -dignidad y vida-, la opción de la propia paciente por la dignidad resulta respetable ("La decisión de dejar morir a enfermos terminales", en revista jurídica "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 08/06/2005, ps. 252/57 - JA.2005-II, fascículo 10-). De todo lo actuado se infiere con meridiana claridad, que para la paciente M., la imposibilidad absoluta de toda forma de comunicación con quienes la rodean (familiares directos y afectos), ha incidido seguramente en su decisión de oponerse a tratamientos invasivos, que tendrían como consecuencia la imposibilidad de comunicarse (ver pericia médico forense de fs. 52/53 y actas judiciales de fs. 15/16, 18 y vta., 20/21, presentación de la Defensora Ad Hoc de fs. 25/30, e informe socioambiental de fs. 22/24), por cuanto desde los albores mismos de la filosofía, se ha reconocido como de la esencia misma de lo humano el poseer la palabra ya que "el hombre es el único animal que tiene palabra -logos-", siendo la capacidad de palabra, capacidad de socialidad. (ver Adela Cortina, Ciudadanos del Mundo, op. cit., ps. 45/46, y referencias bibliográficas allí efectuadas).

En el contexto así explicitado contrariar la expresa voluntad de la paciente, implicaría desnaturalizar el fin mismo de la medicina, incurriendo en una verdadera distanasia, al realizar un tratamiento en clara oposición con la firme voluntad, libremente expresada por una paciente, de acuerdo con sus convicciones personales y su plan de vida

(ver Leo Pessini, *Distanasia. Até quando prolongar a vida?*, Edicoes Loyola, Sao Paulo, 2001, ps. 163/180, y del mismo autor, *Eutanásia. Por que abreviar a vida?*, Editora do Centro Universitário Sao Camilo - Edicoe Loyola, Sao Paulo, 2004, ps. 303 y ss). En supuestos como el aquí planteado, la opción a favor de cuidados paliativos no invasivos, presupone la opción a favor de dos actitudes fundamentales: "el respeto por la dignidad de la persona" y "la aceptación de la finitud de la condición humana" (Paulina Taboada R., "El derecho a morir con dignidad", en "Acta Bioethica", año VI, nº1, "Cuidados Paliativos y Bioética", OPS/OMS, Santiago, Chile, 2000, ps. 89/101).

Por lo tanto, es menester enfatizar aquí claramente que el objeto de esta acción constitucional de amparo no es obtener una convalidación, homologación o autorización judicial para prácticas eutanásicas, sino que tiende de manera inequívoca a garantizar el ámbito de decisión personal en el campo de conductas autorreferentes. Ello es así por cuanto en última instancia, en atención a la grave, progresiva e irreversible enfermedad que afecta a la paciente M., de ocurrir su muerte ella será la consecuencia directa de su patología, respecto de la cual, en el actual estado de la ciencia no existe aún ninguna terapia curativa.

Por todo ello, consideraciones fácticas y jurídicas efectuadas, conforme los arts. 19, 43, 75 inc. 23 y ccdtes. de la C.N., arts. 15, 20 y ccdtes de la Constitución de la provincia de Bs.As., arts. 1 y ccdtes de la

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

ley de amparo 7166 to. Dec.1067/95, lo dictaminado por la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal Dra. S. K. a fs.41/44 vta., por la Defensora Ad Hoc Dra. L. R. F. a fs.25/30, pericias psiquiátrica y médico forense de fs. 20 vta./21 y fs. 52/53, informe socioambiental de fs. 22/24, y dictamen interdisciplinario del Comité de Bioética Ad Hoc de la Universidad Nacional de Mar del Plata, de fs. 35/39, resuelvo: Hacer lugar a la acción de amparo promovida por el Sr ..., y en consecuencia:

I. Dejar establecido que deberán ser respetadas a futuro las directivas anticipadas o "acto de autoprotección" instrumentadas mediante actuación notarial "xxx", en Mar del Plata con fecha ..., por ante el Registro nº xxx del Partido de General Pueyrredón (fs.10/12), expresamente ratificadas a través de diversas actuaciones judiciales cumplidas en estos autos, y en cuanto la Sra. M. (L.C. xxx) manifiesta su oposición a intervenciones invasivas que impliquen "medios artificiales a permanencia", con especial referencia a un respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo (traqueostomía y gastrostomía), en el contexto de la evolución irreversible de la enfermedad que padece "... ("...").

II. Tener por designados en el carácter de "representantes" o "apoderados especiales" para el cumplimiento de la voluntad libremente expresada por la paciente M. -explicitada en el apartado anterior-, y en orden al criterio del mejor interés del paciente a su cónyuge ... (DNI.

xxx), y subsidiariamente a su hermana (DNI. xxx), designados a tales fines en el acta notarial de fs. 10/12, y quienes ratificaron expresamente en este proceso urgente, la aceptación del mandato allí conferido, comprometiéndose al fiel cumplimiento del mismo.

III. Dejar asimismo establecido que la decisión libremente adoptada por la paciente M. puede ser modificada por la nombrada en cualquier circunstancia, recayendo sobre sus parientes más próximos designados como representantes o apoderados el deber jurídico y ético inexcusable de hacer saber en estos autos de manera inmediata -e indistintamente, en forma conjunta o individual-, de ocurrir tal cambio de opinión por parte de la paciente, atento las particulares circunstancias del caso, a cuyo efecto los referidos "mandatarios", labrarán por Secretaría las correspondientes actas compromisorias.

IV. Disponer igualmente, que no obstante la negativa de la paciente M., con relación a "medios artificiales a permanencia" (traqueostomía y gastrostomía), deberá el profesional o equipo médico eventualmente interviniente en la atención de la paciente brindar a ésta, absolutamente todos los cuidados paliativos no invasivos, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana afectada de una enfermedad irreversible.

FALLO DEL JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Nº 1 DE TRANSICION DE MAR DEL PLATA

V. Remitir oficio al Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, por intermedio de la Delegación Mar del Plata del citado colegio profesional, adjuntando copia de la parte dispositiva de la presente sentencia a fin que se tome nota de lo aquí resuelto en el denominado "Registro de Actos de Autoprotección" creado por Resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 8 de octubre de 2004, y con vigencia a partir del 01/01/2005, y oficiar en igual sentido al titular del Registro Notarial nº xxx del Partido de General Pueyrredón, Notario ..., a fin que se tome nota con relación a la actuación notarial "xxx", de fecha ..., comparecientes ...

VI. A los mismos fines, oficiar a la "Clínica xxx" y a la firma "xxx" (emergencias médicas), adjuntando también copia de la parte dispositiva de la presente sentencia a efectos de su anotación en los correspondientes registros de las mencionadas entidades y en la historia clínica de la paciente.

VII. Para el cumplimiento de las medidas dispuestas en los apartados anteriores, autorizar en forma indistinta al Sr ... y a su letrado patrocinante ... a diligenciar la totalidad de los oficios ordenados. - Pedro F. Hooft.

DIRECTIVAS ANTICIPADAS. EL CASO “M” EN LA JURISPRUDENCIA.

**Presentación del caso. Síntesis de los hechos. Breves reflexiones
jurídico-constitucionales y bioéticas.**

Dr. Pedro Federico Hooft ¹

I.- Una persona de sexo femenino, afectada desde hace varios años atrás por un cuadro irreversible de una esclerosis lateral amiotrófica (que en el mundo entero, hasta hoy día carece de una terapia curativa), ante el desarrollo progresivo de la enfermedad, fue interiorizada por médicos especialistas que la atendían, que probablemente en una fecha estimada como cercana resultaría necesario realizarle una traqueotomía (para colocarle un respirador artificial mecánico a permanencia) y al mismo tiempo, efectuarle una gastrostomía para permitirle la alimentación e hidratación artificiales (“parenteral”).

La esclerosis lateral amiotrófica, es una de las formas más graves de las esclerosis múltiples. La misma, según fundado dictamen médico forense

¹ Abogado. Titular Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 1 de Transición de la ciudad de Mar del Plata - Provincia de Buenos Aires. Miembro Comité Referato de la Revista del Instituto de Derecho e Integración.

incorporado al expediente judicial, consiste en una alteración degenerativa de las neuronas motoras del sistema nervioso central (cerebro y médula espinal), que produce trastornos motores de toda la economía. Se trata de una enfermedad de etiología aún no muy conocida, es de evolución continua e irreversible, y se caracteriza por trastornos de la marcha, los movimientos en general y trastornos del habla, la deglución y por último la respiración. Informó también el perito que la patología en su desarrollo progresivo genera una afectación grave de las funciones básicas de la deglución y de la respiración, y suele ser una enfermedad evolutiva mortal para la cual en el actual estado de la ciencia no existen terapias curativas. Respecto de una eventual traqueostomía, la misma no mejora la evolución de la enfermedad y que la colocación de un respirador artificial sería a permanencia, señalando por lo demás que *una posible traqueostomía traería aparejada una imposibilidad de comunicación oral de la paciente con su entorno, que ya de por sí es escasa.*

En la pericia, a modo de conclusión se señala: *tanto la gastrostomía como la traqueostomía son medidas terapéuticas de paliación, que no brindan curación a la paciente. Sólo contribuyen a evitar molestos reflujos de alimentos a la vía aérea... no obstante no influye en la evolución letal de la afección.*

II.- Frente a ese cuadro, que como se señalara, le había sido previamente informado a la paciente por sus médicos tratantes, esta última recurrió al Instituto del “Acto de Autoprotección” (actuación notarial) reglamentado poco tiempo antes por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, a fin de documentar de modo fehaciente su voluntad, consistente, por una parte en continuar recibiendo toda medicación paliativa

DIRECTIVAS ANTICIPADAS. EL CASO “M” EN LA JURISPRUDENCIA

de la que disponía, incluyendo la farmacológica y de enfermería, pero al mismo tiempo expresar su firme decisión contraria al recurso de “*medios artificiales a permanencia*”, calificadas como intervenciones “*invasivas*” que a su juicio afectaría su dignidad personal y su posibilidad de comunicación. Mediante el acto notarial la paciente designó a su esposo como mandatario para velar por el cumplimiento de su voluntad, nombrando a los mismos fines como mandatario sustituta a una hermana.

Ante la inexistencia –a esa fecha- de legislación (tanto en el orden provincial como nacional) referida al tema, a fin de garantizar la validez jurídica futura y el fiel cumplimiento de sus voluntades anticipadas, interpuso una acción constitucional de amparo, tendiente a la tutela efectiva de sus derechos fundamentales que en un futuro, virtualmente inminente podrían verse afectados en caso de efectuársele intervenciones invasivas contrarias a su clara voluntad.

III.- Con la premura del caso, en sede judicial, se declaró formalmente admisible el amparo interpuesto, recepcionándose de inmediato testimonios al cónyuge de la paciente y a su hermana, disponiéndose además diversas medidas de carácter probatorio (todas ellas producidas en término perentorio), designándosele una *Defensora Oficial Ad Hoc* para que representara en el expediente judicial, de manera autónoma los mejores intereses de la paciente.

Dentro de las medidas cumplidas, que se detallan ampliamente en los considerandos I a X de la sentencia se destacan en particular:

a) Audiencia personal del juez, y secretaria del juzgado con la paciente en su domicilio, con la asistencia de perito psiquiatra oficial y de la defensora oficial ad hoc;

b) Dictamen ulterior por separado del perito psiquiatra y de la defensora oficial;

c) Dictamen del perito médico forense;

d) Informe socioambiental a cargo de perito asistente social, en el cual se puso de relieve una excelente integración e interacción familiar.

IV.- Una cuestión liminar a resolver era determinar si la inexistencia de previsiones legislativas sobre el instituto de las directivas anticipadas configuraba –o no– un obstáculo insalvable para el reconocimiento judicial de su validez, y determinación de garantías tendientes a su cumplimiento. Respecto de tal cuestión se puntualiza en el Considerando XI, con sustento en la más autorizada doctrina que: *“la ausencia de normativa subconstitucional específica referidas a las denominadas directivas anticipadas, living wills, testamentos vitales, disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, y otras acepciones similares desarrolladas en el derecho comparado... no implica que el referido instituto resulte extraño al ordenamiento jurídico argentino, partiendo prioritariamente de normas, principios y valores consagrados en la Constitución Nacional, y en un sentido más amplio en el denominado bloque de constitucionalidad, conforme previsiones del artículo 75 numeral 22 de la Constitución federal que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos allí enumerados.*

DIRECTIVAS ANTICIPADAS. EL CASO “M” EN LA JURISPRUDENCIA

A la amplia bibliografía individualizada en este punto de la sentencia y desde una perspectiva bioética, podemos añadir el trabajo del **profesor Franco Manti** (Universidad de Génova) titulado “Testamento biológico y alianza terapéutica. Una ética de las razones para elecciones responsables”, en revista *Jurisprudencia Argentina*, XI Número Especial de Bioética, coordinada por quien suscribe (colaboradoras Lynette G. Hooft y Geraldina J. Picardi) Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 28/10/2009 (JA-2009-IV-fasc.4)

V.- En el mismo Considerando XI de la sentencia se hace mención de algunas de las cuestiones analizadas (“obiter dictum”) en una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en particular en los votos de los Ministros Roncoroni, Kogan y Soria, en una causa en la que el cónyuge de una paciente en *estado vegetativo permanente*², solicitara autorización judicial para la suspensión o retiro de medidas de soporte vital, petición finalmente denegada por la Corte, por razones que exceden el tema que aquí nos ocupa.

Las reflexiones de los nombrados Ministros del Alto Tribunal sobre el Instituto de las “Directivas Anticipadas” (inexistentes en el caso resuelto por la Corte) no resultaron así determinantes al momento de la fundamentación de la sentencia definitiva. No podemos entonces afirmar que la Suprema Corte Provincial hubiese sentado jurisprudencia concretamente acerca de la validez y alcance de los actos de autoprotección –como a veces por error se ha interpretado- sino que los nombrados jueces de la Corte provincial esbozaron

² Sobre este tema puede consultarse: Hooft, Pedro Federico, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, 2da. Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, cap. VI primera parte –escrito con coautoría con Jorge Luis Manzini, titulado “El caso Nancy Cruzan: ¿Eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico? (El estado vegetativo y los tratamientos de soporte vital: Interrogantes éticos y jurídicos), ps. 81/100.

su opinión acerca del hipotético valor de las Directivas Anticipadas, pero a partir de la hipótesis fáctica del caso resuelto en el caso tales directivas no existían.

En los últimos párrafos del mismo considerando XI se enfatiza respecto de la significación y relevancia que para este tema ofrece la reflexión bioética por cuanto, tal como allí se señala, la visión interdisciplinaria resulta consustancial a la Bioética por cuanto *“típicamente, el discurso bioético se apoya en el diálogo como mecanismo y substancia de la vida social...”*, *“que puede contribuir al diálogo entre racionalidades y disciplinas así como ha contribuido al diálogo entre personas, grupos humanos y tradiciones culturales...”* (cita de Fernando Lolas Stepke).

Luego en el Considerando XII se retoma la fundamentación constitucional (y de todo el bloque de constitucionalidad), armonizando dicha perspectiva con disposiciones del Código Civil relacionados con la tutela y curatela, previsiones que en la sentencia se estiman aplicables por analogía (siguiendo aquí la opinión de Nelly Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens), para luego ya en el Considerando XIII desarrollar la cuestión del afianzamiento, a nivel universal del principio de autonomía personal tanto en el campo bioético como jurídico – constitucional, con remisión a importantes documentos internacionales.

Más adelante, *la doctrina del consentimiento informado* como regla o expresión del principio bioético-jurídico de autonomía personal es desarrollado en el considerando XIV, en el que se propicia una lectura de recíproca complementación entre el principio de dignidad personal y el de la autonomía, todo ello sintetizado en el bello texto extraído de la obra de Germán J. Bidart Campos y Daniel Herrendorf en cuanto con absoluta

DIRECTIVAS ANTICIPADAS. EL CASO “M” EN LA JURISPRUDENCIA

claridad enseñan: *“en una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común, la intimidad y la privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad.*

VI. Consideración especial merecen en la sentencia en el Considerando XV, *“las nuevas tendencias tanto en el universo jurídico como bioético actuales, más orientadas hacia la centralidad de la persona”*, con particular referencia a una *historia clínica orientada a valores*. Allí con cita del reconocido especialista en ética médica Hans Martin Sass, se recuerda que el médico “es competente para la evaluación de un caso individual” pero “no para la solución general de problemas éticos, culturales o políticos comunes”, de allí la importancia del rol del paciente como persona en la toma de decisiones que atañen a su propio cuerpo y salud. Ello guarda relación directa con el creciente interés de los seres humanos en decisiones que hacen a su *salud, vida y dignidad de vida*³, como modo de un ejercicio más pleno de la ciudadanía⁴ (Considerando XVI), propósito al que responden tanto la Reglamentación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires referida a los Actos de

³ Augusto M. Morello y Guillermo C. Morello, “La tutela de la salud y la vida en situaciones extremas”, en *La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, julio 2005, ps. 640/646.

⁴ Adela Cortina, *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Alianza Editorial, Madrid, 1997; de la misma filósofa de Valencia puede verse *Ética aplicada y democracia radical*. Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

Autoprotección (2004) y entre otras la del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe.

A nivel legislativo, a las iniciativas presentadas a nivel provincial algunas de ellas ya sancionadas, la novel ley Nacional sobre Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud (Ley 26.529, BO 19/11/2009)⁵ brinda un primer paso en la senda del reconocimiento explícito del valor jurídico de las directivas anticipadas. La referencia al tema es más bien escueta –contenida únicamente en el artículo 11 de la ley- que dispone: *“Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”*.

No obstante, esta breve referencia al tema referido a las Directivas Anticipadas, toda la economía del novel ordenamiento fortalece el respeto a la *dignidad personal* (art. 2do. inc. b), *autonomía* (art. 2do. inc. e), y a la necesidad de la existencia de un verdadero consentimiento informado o esclarecido (art. 5, 6 y 7 ley citada), principios y reglas que operan como pautas de interpretación del ya mencionado artículo 11, todo ello interpretado y aplicado siempre a la luz de normas, principios y valores constitucionales⁶ conforme el principio de supremacía constitucional (arts. 31 y 75 numeral 22 de la Constitución

⁵ Con relación al art. 11 de la citada ley 26.529 referida a voluntades anticipadas, puede consultarse: Luis R. Llorens, y Alicia B. Rajmil, “Directivas anticipadas de salud”, en La Ley, 1/12/2009, ps. 1/3. Para una visión integral de la nueva legislación, puede verse: Oscar Ernesto Garay, “La Ley 26,529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 2, número 1, enero/febrero 2010, Edit. La Ley, ps.165 y ss

⁶ Puede verse, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, op.cit, n°1, Primera Parte, capítulo 7, “El consentimiento informado. Perspectivas bioéticas y jurídicos, ps. 101/117.

DIRECTIVAS ANTICIPADAS. EL CASO “M” EN LA JURISPRUDENCIA

Nacional; 57 de la Provincia de Buenos Aires, y disposiciones análogas contenidas en otras Constituciones provinciales).

En atención a la materia regulada por la ley 26.529 dictada por el Congreso Nacional dentro del ámbito de su competencia, art. 75 numeral 12 CN, la misma tiene vigencia en todo el territorio de la Nación, aunque sus disposiciones podrán ser complementadas por las legislaciones u ordenamientos provinciales (incluyendo aquí reglamentaciones del ámbito Notarial). Por aplicación del principio “*pro homine*” estas podrán reconocer derechos que amplíen la tutela de la dignidad y autonomía personal, pero no restringir o limitar las ahora consagradas en la legislación nacional. Deberá así en todos los casos procurarse una recíproca complementación a partir del reconocimiento y tutela de la *centralidad de la persona humana*.

VII.- Más adelante, en la misma sentencia (considerando XVII) se fundamenta la procedencia de la acción constitucional de amparo, en el caso como un instrumento de *tutela preventiva* de derechos fundamentales, en el marco de una *justicia de protección o acompañamiento* -en palabras de Augusto Mario Morello- que tiende a garantizar en una situación concreta la protección y tutela que el orden jurídico constitucional ofrece para que *su decisión*, la de la propia paciente como protagonista central, sea efectivamente respetada, frente a una *decisión única desde un contexto irrepetible*. Se señala luego (considerando XVII) que la tutela jurídica de derechos fundamentales de la paciente garantiza que no se habrá de recurrir a intervenciones invasivas no deseadas, más aún expresamente rehusadas por la paciente, desde que el recurso a las mismas importaría una *grave e ilegítima afectación a la dignidad, como derecho-valor fundante*, a

la cual la propia persona afectada asigna prioridad absoluta mediante una *decisión meditada y libre, conducta autorreferente* amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional.

En las últimas consideraciones del fallo judicial se hace mención a la opción a favor de *cuidados paliativos no invasivos*, que presupone privilegiar dos actitudes fundamentales *el respeto por la dignidad de la persona y la aceptación de la finitud de la condición humana*.

Finalmente, en la parte dispositiva se declara procedente la acción de amparo, con un pronunciamiento a favor del respeto a futuro de las Directivas Anticipadas o Actos de Autoprotección, individualizándose en los puntos I a V las diversas cuestiones bioéticas-jurídicas que implica la decisión judicial.

En síntesis, el caso “M”, que me ha tocado resolver en el carácter de juez provincial, es el primer caso jurisprudencial al menos de los registrados en las revistas jurídicas y científicas especializadas, y ha motivado anotaciones por parte de muy reconocidos juristas⁷. La sanción de una ley, que en el orden

⁷ Caso “M”. Directivas Anticipadas. Derechos personalísimos (Bioética): derecho a la calidad de vida. Autonomía personal. Derecho a rehusar un tratamiento médico. Enfermedad irreversible. Amparo. Sentencia del 25/07/2005. Publicado en: a) Revista Jurisprudencia Argentina, 16/11/2005 (JA-2005-IV-fasc.7) con nota aprobatoria de Augusto M. Morello y Guillermo C. Morello, “Las directivas anticipadas en un fallo notable”, ps. 25/38; b) revista “La Ley Buenos Aires”, año 12, n°9, octubre 20058 (LLBA T.2005-p. 1065) con las siguientes notas aprobatorias: Nelly A. Taiana de Brandi, “El reconocimiento del derecho de autoprotección en una disposición anticipada de salud”; Andrés Gil Domínguez, “Honrar la vida. Las medidas anticipadas y los abordajes terapéuticos” y Cristina Mourelle de Tamborenea, “Los derechos personalísimos y la dignidad de la persona humana ante la muerte”, ps. 1065/1093; c) Revista “La Ley”, 15/09/05, p. 4 y ss (T.2005-E-362) con nota aprobatoria de Alfredo Kraut, “Directivas anticipadas para rehusar determinadas intervenciones médicas de futuro”; d) revista “La Ley”, 21/09/2005, p. 6 (T.2005-E-451) con nota de Eduardo A. Sambrizzi, “Las directivas previas emitidas con la finalidad de rehusar la práctica futura de ciertos actos médicos”; e) revista “La Ley”, Suplemento de Derecho Constitucional, 25/10/2005, p. 61 (T. 2005-F-52), comentario favorable de Walter F. Carnota, “La constitucionalidad de las directivas anticipadas”; f) revista “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y

DIRECTIVAS ANTICIPADAS. EL CASO “M” EN LA JURISPRUDENCIA

nacional regula el instituto de las directivas anticipadas, que se suma a algunas leyes provinciales anteriores y reglamentaciones de Colegios Notariales, significa en consecuencia un avance positivo hacia el reconocimiento de la dignidad y de la autonomía de la persona.

Jurisprudencia”, Coordinadora Cecilia P. Grosman, Editorial Lexis Nexis, enero/febrero 2006, ps. 211/221, nota favorable de Graciela Medina y Hugo Rodríguez, “El reconocimiento del testamento vital o voluntades anticipadas por vía judicial.

**JORNADAS
Y
CONGRESOS**

XIV JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA PUNTA CANA - REPÚBLICA DOMINICANA

Tema II: El Notario 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.

Coordinador internacional: José Ignacio González Álvarez
Coordinadora nacional: Alicia Beatriz Rajmil

Participación del notariado argentino

Los días 2 a 6 de junio del presente año, se llevó a cabo las XIV Jornada Notarial Iberoamericana en Punta Cana, República Dominicana. El tema II: “*El Notario 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*“, vinculado sin dudas con los derechos fundamentales del ser humano y especialmente con aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, despertó gran interés entre el notariado de nuestro país.

Fue así que la delegación argentina enriqueció la jornada con el aporte de 20 trabajos, en los que se rescató y valorizó los beneficios de la función social y artesanal del escribano de tipo latino, como asesor natural de las personas y de las familias y creador de herramientas jurídicas válidas que recepten de manera segura, fehaciente y eficaz su voluntad y garanticen sus derechos. La delegación argentina acompañó la presentación de los trabajos con conclusiones claras y propuestas.

Se puede afirmar que los 20 trabajos elaborados desde Argentina para la comisión de la referencia, representaron, en gran medida, al notariado del país. Sus autores son colegas de diferentes edades (noveles y adultos), provincias, experiencia y nivel académico. Asimismo la variedad se manifestó en sus contenidos que comprenden desde extensos y abarcativos desarrollos generales del tema como también aportes parciales a puntos concretos, planteos teóricos y pragmáticos, encuadres históricos y filosóficos, análisis de la legislación vigente y de la realidad que nos comprende. La diversidad también se evidenció en su extensión y rigor científico. Aunque todos los aportes, con sus conclusiones y propuestas concretas, respondieron a los objetivos planteados.

Desde nuestro Instituto de Derecho e Integración, se elaboraron 8 trabajos que enriquecieron en cantidad y calidad, el aporte de la delegación argentina.

En base a todos ellos se arribó a conclusiones y propuestas que fueran acordadas entre todos los autores, reunidos en el Colegio de

XIV JORNADAS NOTARIALES IBEROAMERICANAS

Escribanos de la ciudad de Buenos Aires y vía mail con los autores que no pudieron asistir. Así se elevó a la Jornada la ponencia argentina con conclusiones generales y propuestas concretas, que reflejan los lineamientos comunes y coincidentes de los trabajos, aquellos aspectos que han sido destacados con mayor énfasis en la labor de cada uno y los que coadyuvan a rescatar y afianzar el irrenunciable compromiso del notario latino con los derechos fundamentales del ser humano.

Trabajos presentados por la delegación argentina:

- 1) “El notario, profesional capacitado, hombre ético y socialmente responsable, al servicio de los derechos de las personas”. Autores: Franco Di Castelnuovo. Ema B. Ferrari de Solari del Valle. María del Pilar Llorens. Marcelo E. Solari del Valle Ferrari. Expositores: Ema B Ferrari de Solari del Valle y Marcelo E. Solari del Valle Ferrari (Provincia de Buenos Aires)
- 2) “Una introducción filosófica”. Bernardino Montejano (ciudad de Buenos Aires)
- 3) “La Función social del notario En el sistema Jurídico Argentino”. Autora y expositora: Liliana M. Aberasturi (Provincia. de Buenos Aires)
- 4) “La Debida Diligencia Notarial”. Autora y expositora: Ana Lía Díaz Prandi. (ciudad de Buenos Aires)
- 5) “La Mediación como bien social”. Autora y expositora: Fátima Liliana Cosso (Provincia de Buenos Aires)

- 6) “La Actividad Notarial es Pro Homine. La Autoprotección como ejercicio de la libertad”. Autores: Silvia Giler, Cecilia Nélide Massa, Paola Julieta Pierri, Marcela Viviana Spina. Expositora: Marcela Viviana Spina (Provincia de Buenos Aires)
- 7) “La Actuación Notarial, su rol como Mediador”. Marcela M. Voiscovich. (Provincia de Buenos Aires)
- 8) “El Notario: Garante incuestionable de la Seguridad Jurídica de los Ciudadanos”. Viviana Roldán Sánchez. (Provincia de Corrientes)
- 9) “El Escribano Garante de los Derechos de las Personas”. Juana Soledad Flores (Provincia de La Rioja)
- 10) “El escribano Garante de los Derechos de las Personas”. Fernando A. Gómez Sanchez (Provincia de La Rioja)
- 11) “Asesoramiento. El Escribano Como Asesor Natural De Las Personas. Volver A Las Bases”. Joaquina Gandini (Provincia de Catamarca)
- 12) “La Discapacidad: Una Cuestión De Derechos Humanos. La Función Notarial En La Defensa De Los Derechos Fundamentales”. Otilia Del Carmen Zito Fontán (Provincia de Buenos Aires)
- 13) “El Escribano Como Depositario De La Confianza”. Estela Maris M. Estelrich. (Provincia de Santa Fe 2ª circunscripción- IDEI)

XIV JORNADAS NOTARIALES IBEROAMERICANAS

- 14) “El Notario Como Intérprete Jurídico”. Mónica S. Zannazzi (Provincia de Santa Fe 2ª circunscripción- IDeI)
- 15) “Discapacidad Intelectual y El Artículo 12 De La Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad”. Mónica Rosana De Dios. Pedro Eugenio Marzuillo. Natalia Corina Bacigaluppo (Provincia de Santa Fe 2ª circunscripción- IDeI)
- 16) “El Notario Ante La Persona Dis-Discerniente”. Luis Rogelio Llorens (Provincia de Santa Fe 2ª circunscripción- IDeI)
- 17) “Influencia de la edad en la capacidad de las personas: La Menor Edad.” Autores: E. Jorge Arévalo y Alicia B. Rajmil. Expositora: Alicia Rajmil (Provincia. de Santa Fe 2ª circunscripción- IDeI)
- 18) “Crédito Vitalicio Con Garantía Hipotecaria.” Roberto A. Lucero Eseverri. (Provincia de Santa Fe 2ª circunscripción- IDeI)
- 19) “Fideicomiso De Administración En Miras De Mejorar La Calidad De Vida”. Héctor R. Pozzi y Roberto A. Lucero Eseverri (Provincia de Santa Fe 2ª circunscripción- IDeI)
- 20) “Fe Pública y Función Notarial. La Fe Pública Notarial a través de la Historia”. Autores: Jorge Arévalo y Alicia Rajmil. Expositora: Alicia B. Rajmil (Provincia. de Santa Fe 2ª circunscripción- IDeI)

La ponencia de la delegación argentina se vincula sin duda con los objetivos de nuestro instituto, por lo que las transcribimos a continuación.

Asimismo se adjuntan las conclusiones generales de la comisión.

Alicia B. Rajmil

PONENCIA DE LA DELEGACIÓN ARGENTINA

La riqueza y amplitud del tema que nos ha convocado generó en nuestro país variedad de trabajos, conclusiones y ponencias.

El estudio y desarrollo de los temas presentan, en los trabajos que se acompañan, una notable diversidad que enriquece el conjunto. Encontramos en ellos desde encuadres filosóficos y análisis históricos de rigor científico como planteos jurídicos y pragmáticos atinentes a la actualidad notarial; desde breves notas a puntos concretos como profundos trabajos generales; aportes elaborados por notarios noveles y otros por quienes ya transitan la profesión desde hace años; provenientes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como de diferentes provincias de nuestro país. La diversidad se manifiesta también en sus contenidos, que abarcan diferentes aspectos de la temática abordada junto al análisis de la legislación vigente y de la realidad que nos circunda.

A fin de arribar a las conclusiones generales del tema se impone recortar gran parte de estos planteos, sabiendo que inevitablemente quedan fuera de ellas valiosos aportes y propuestas. No obstante intentamos en las siguientes conclusiones reflejar los lineamientos comunes y coincidentes, que no son pocos, aquellos aspectos que han sido destacados con mayor énfasis en la labor de cada uno y los que coadyuvan a rescatar y afianzar el irrenunciable

compromiso del notario latino con los derechos fundamentales del ser humano y a señalar los beneficios de su función en ese ámbito.

CONCLUSIONES

Nos parece adecuado comenzar con dos ideas que reflejan en parte el sentido de las presentes conclusiones.

“Cuanto más consejo del notario, cuanto más conciencia del notario, cuanto más cultura del notario, tanto menos posibilidad de litis y cuanto menos posibilidad de litis tanto menos necesidad de acudir al juez”.- Francesco Carnelutti

“El derecho no puede reducirse a geometría dogmática, porque está hecho para adaptarse a las exigencias de la vida”.- Juan VALLET DE GOYISOLO

A) EL NOTARIO Y SU FUNCIÓN:

1) Coincidimos en la definición adoptada por el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948: “El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad”.

Se ubica dentro de las profesiones y quehaceres que satisfacen el derecho humano fundamental de vivir en un orden jurídico y moral

que garantice la vigencia de sus derechos. La historia da cuenta de su remoto origen y de su continuidad a través de los tiempos.

2) Caracteres del notario latino

a) Por su contacto directo con sus requirentes: es un profesional idóneo para interpretar su voluntad y comprender sus inquietudes, necesidades y problemas.

b) Por su preparación jurídica: es el indicado para asesorar y elaborar en cada caso las estrategias jurídicas que, en el marco de la ley, aseguren el respeto a la cabal voluntad de las personas y a la efectiva vigencia de sus derechos.

c) Por la ecuanimidad en su función: es el mediador imparcial entre intereses divergentes, entre el bien jurídico a proteger y el bien común.

d) Por sus valores morales: genera confianza en la comunidad y en las personas.

e) Por la fe pública que el Estado deposita en él: es quien da certeza y seguridad a los actos que garantizan los derechos, procurando el equilibrio contractual y la prevención de conflictos

3) Para cumplir con sus fines la labor notarial requiere:

a) Preservar sus fuentes artesanales. Los adelantos técnicos

serán siempre auxiliares de la función, nunca sustitutos. Esta labor artesanal adaptada a cada caso concreto, se refleja en el asesoramiento personalizado y en la interpretación de la voluntad de las personas, para darle el encuadre jurídico apropiado e idóneo que garantice sus derechos.

b) Capacitación y actualización permanentemente. Los grandes cambios operados en el mundo, imponen al notario la continua actualización de sus conocimientos y la capacitación jurídica en pos de la excelencia. Ello significa también adecuarse a las exigencias de las transformaciones sociales, políticas y técnicas, para poder ofrecer en todo momento, respuestas útiles y adecuadas.

c) Sostener principios éticos inquebrantables. La confianza en el notario es un elemento esencial en su labor diaria y debe preservarse a través de una ética rigurosa aplicada en el ejercicio de su ministerio.

d) Sustentar en todo momento y en toda circunstancia los principios de imparcialidad, independencia y no discriminación, insoslayables en la labor cotidiana del escribano. En este contexto y frente a condiciones generales de contratación y cláusulas que resulten abusivas, el notario deberá brindar su asesoramiento y la información adecuada a fin de preservar los derechos de la parte más débil de la operación en la que interviene.

e) Actuar en cada caso en que intervenga con la debida diligencia. Por debida diligencia debe entenderse una actuación

responsable por parte del notario y ajustada a la ley, adoptando todos los recaudos y medidas ordinarias, que están a su alcance. Se impone fijar los límites de esa diligencia, a efectos de delimitar la actuación del notario con un criterio lógico y justo.

f) Asumir su responsabilidad social. Comprometido con las necesidades de la comunidad a la que pertenece el notario debe procurar la efectiva vigencia de los derechos de todos, especialmente de las personas en situación de vulnerabilidad. Para ello debe colaborar en programas y acciones comunes con organismos del Estado e instituciones intermedias de la sociedad, en la búsqueda de respuestas adecuadas, eficaces y concretas para los sectores más desprotegidos de la comunidad.

4) Extensiones naturales de su función

a) Mediación

El notario de tipo latino por la imparcialidad que ejerce en el cumplimiento del deber de asesoramiento, por la confianza que en él se deposita y su contribución a la prevención y resolución de conflictos, cumple de manera natural la función de mediador. El aprendizaje de las herramientas y técnicas de la mediación coadyuva a la extensión en este ámbito de su actividad notarial natural.

b) Asuntos de jurisdicción no contenciosos.

El notariado está especialmente capacitado para intervenir en asuntos de jurisdicción no contenciosa y es necesario concientizar al

Estado y a la sociedad del beneficio de su intervención en todos aquellos casos en los que no hay controversia, como forma de descongestionar el trabajo de los jueces y abaratar los costos de justicia.

c) Escrituraciones Sociales y de Regularización Dominial.

En este ámbito, se pone de manifiesto la función social del notario para facilitar el ejercicio del derecho a una vivienda digna a las personas de bajos recursos y de sectores marginados. Derecho fundamental para el desarrollo personal, familiar y social de todo ser humano. Se contempla la situación de aquellos ciudadanos que han adquirido su vivienda, la ocupan y no tienen sobre ella un título de propiedad. Esto sin desconocer la responsabilidad del Estado en relación a los “asentamientos” o “villas”, que lamentablemente se multiplican en la Argentina, como en otros países de América, donde se requiere la implementación de políticas públicas concretas y eficaces y de recursos para financiarlas.

La escrituración de vivienda social se lleva a cabo en nuestro país, en mayor o menor número, fundamentalmente a través de los Institutos Provinciales de la Vivienda, y mediante el cumplimiento de convenios celebrados con los colegios de escribanos de cada una de las provincias.

B) LA PERSONA Y SUS DERECHOS

Según el Código Civil Argentino son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se clasifican en personas jurídicas y personas físicas. Para el Derecho argentino comienza la existencia de las personas físicas desde su concepción en el seno materno. Los presentes trabajos se han centrado en el estudio de los derechos de las personas físicas en relación con la actividad notarial partiendo del concepto de que el derecho subjetivo es un poder jurídico y moral. Debe tener fundamento en alguna norma natural o positiva y perseguir algo justo.

1) Derechos personalísimos.

Dentro de los derechos subjetivos los llamados derechos personalísimos, son aquellos que corresponden a todo ser humano innatamente y le garantizan el íntegro ejercicio y desenvolvimiento de sus atributos esenciales, lográndose con su respeto el ejercicio de las libertades personales y la justicia social. Es fundamental desde la función preventiva del escribano evitar su vulneración y garantizar su vigencia. Quizás es este objetivo el que se vincula con mayor nobleza a la razón de ser de la función notarial y a su trascendencia en la sociedad.

2) Capacidad jurídica, autonomía y discernimiento

En este ámbito se han operado grandes cambios en el mundo jurídico. El notario no es ajeno a ellos ya que se vinculan con los conceptos de capacidad jurídica y aptitud de discernimiento de las

personas, frente a los actos que debe instrumentar. Al respecto es necesario señalar:

a) Que la comunidad internacional ha comprendido y declarado – así lo demuestran las más recientes Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos – que los niños, ancianos, personas con discapacidad o segregadas por diferentes motivos, son sujetos plenos de derecho y se les debe reconocer su protagonismo y participación en los asuntos que les incumban, respetar su voluntad y garantizar el ejercicio por sí de sus derechos en la medida de sus posibilidades.

b) Que estos nuevos paradigmas, sustentados entre otros instrumentos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, incorporada con rango constitucional en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna Argentina, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por nuestro país por ley 26378, y la ley nacional 26.061 sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes, impactan drásticamente en el régimen legal de capacidad y especialmente en la condición jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad.

c) Que se introduce así en nuestro Derecho interno el concepto de autonomía progresiva y graduada de acuerdo a las reales aptitudes de discernimiento del sujeto y se propicia, si es necesario, un sistema de apoyos o asistencia en la toma de decisiones, para acompañar a la persona en situación de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos, en oposición al modelo vigente de sustitución de su voluntad por la del representante legal.

d) Que estos postulados obligan a una reformulación completa de los códigos civiles tradicionales en lo atinente al régimen de capacidad, entre los que se encuentran el de la Argentina.

e) Que el notariado debe adecuar a los nuevos paradigmas la instrumentación de los actos que diariamente le son requeridos, para dar la debida participación a las personas con discapacidad y a los menores de edad, de acuerdo a su real aptitud de discernimiento. En este sentido, su tarea reclama máxima prudencia para lograr la protección de los derechos de los más vulnerables sin que ello importe un deterioro para la seguridad jurídica.

f) Que el notario debe calificar la aptitud de discernimiento del requirente con relación al acto concreto que pretende otorgar. Ha de erigirse así, tanto en un garante de la validez y de la eficacia del documento como de los derechos de las personas que se encuentran por alguna razón en situación de inferioridad intelectual.

3) Instrumentos notariales garantes de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. Fideicomiso. Crédito vitalicio con cláusula hipotecaria.

El notario, en ejercicio de su función social no deber anclarse en contratos típicos, cerrarse en modelos preestablecidos, sino que debe abrirse y utilizar las herramientas jurídicas disponibles; buscar dentro de los principios generales del derecho y de la normativa vigente

soluciones que acompañen el vertiginoso avance de la realidad y garanticen los derechos de todas las personas.

Entre ellos debemos considerar el fideicomiso y el crédito vitalicio con garantía hipotecaria. Este último aún no receptado en la práctica notarial de nuestro país. Ambos instrumentos constituyen importantes herramientas de protección social de personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad o discapacidad. En la búsqueda de la respuesta adecuada a cada caso concreto es necesario interpretar la voluntad del requirente y brindar un amplio asesoramiento sobre los instrumentos propuestos y las consecuencias de éstos.

Se impone dentro de la capacitación del notariado, la apertura de un mayor debate, que propicie la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos, válidos, seguros y eficaces.

4) Derecho de Autoprotección.

Entre los cambios operados en el último siglo, la prolongación de la vida y los avances en el campo de la medicina y otras ciencias, generan en el ser humano nuevas preocupaciones sobre su futuro. Un futuro que, frecuentemente, avizora con temor ante posibles limitaciones en sus aptitudes de autogobierno y en el manejo de sus bienes. En este sentido, los actos de autoprotección, que permiten a los seres humanos asentar su voluntad de manera fehaciente, decidiendo y disponiendo sobre su persona y bienes, para el futuro ante una eventual

pérdida del discernimiento, nacen en nuestro país, desde el ámbito notarial como una respuesta concreta, válida y eficaz a estos nuevos requerimientos.

El documento público idóneo para asentar las voluntades privadas es la escritura pública. Ella es también el medio válido y eficaz para dejar constancia de estas decisiones ya que asegura su autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta - elemento esencial para evaluar el grado de salud mental del disponente al tiempo del otorgamiento- y matricidad al documento protegiéndolo así ante la posibilidad de alteración o pérdida. Fundamental resultan las entrevistas previas necesarias donde el notario desarrollará su función asesora y como intérprete jurídico encauzará las preocupaciones de la persona.

La validez de estos actos se sustenta en los derechos fundamentales del ser humano reconocidos por la Constitución Nacional Argentina y los tratados sobre Derechos Humanos a ella incorporados, por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y por la reciente ley nacional 26529, sobre los derechos de los pacientes en su relación con los profesionales de la salud. Prestigiosa doctrina y jurisprudencia avalan su existencia. No obstante, se requiere modificar la legislación interna de nuestro país, reconociendo el derecho de toda persona a designar su propio curador y a otorgar poderes preventivos.

En la República Argentina se han creado registros para la inscripción de estos actos en los colegios notariales de diversas provincias del país. Se garantiza así su publicidad en el momento necesario y al mismo tiempo la debida reserva ya que solo se emiten informes a los otorgantes, a las personas autorizadas por ellos y a centros médicos cuando se refieran a temas de salud.

El Consejo Federal del Notariado Argentino, haciéndose eco de esta realidad, ha creado recientemente el Centro Nacional de Informes de Registros de Actos de Autoprotección que recepta la información de los registros locales. Esta información, una vez procesada, es reenviada a los registros de todas las jurisdicciones del país. De esta forma, se podrá obtener información segura sobre la existencia de estos actos, desde cualquier punto de la República.

5) Personas Jurídicas.

En el marco de las reformas producidas sobre el régimen jurídico de capacidad de las personas y atento a los nuevos paradigmas que sustenta la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es necesario considerar y legislar acerca de la posibilidad de que las personas jurídicas sin fines de lucro, sean eficaces herramientas para garantizar los derechos de las personas físicas en situación de vulnerabilidad y les brinden los apoyos necesarios para el efectivo ejercicio de dichos derechos.

XIV JORNADAS NOTARIALES IBEROAMERICANAS

Teniendo en cuenta las conclusiones precedentes, y
CONSIDERANDO:

a) Que el artículo 1º del Reglamento General de las presentes jornadas señala entre sus objetivos el de facilitar a los miembros de la profesión un foro de discusiones y de intercambio y permitir a la institución notarial dar a conocer a la sociedad su función y su experiencia. (Art.46.Estatuto UINL),

b) Que la protección de los derechos de todas las personas, y especialmente de aquellas en situación de vulnerabilidad, es un deber y una responsabilidad que compromete al notariado latino y también a las instituciones que a nivel provincial, nacional e internacional lo representan.

c) Que se impone una modificación de las legislaciones internas de los países a fin de adaptarlas a las nuevas normas internacionales, especialmente en el tema de la capacidad de las personas y su autonomía para ejercer sus derechos.

d) Que el notario como intérprete inmediato de las modificaciones legislativas, debe encuadrar en ellas la conducta de sus requirentes, propiciando en los actos en que intervenga la participación de las personas en los asuntos de su interés, calificando para ello su aptitud de discernimiento para el acto concreto a otorgar.

e) Que es necesario la actualización y capacitación permanente del notariado procurando el afianzamiento de los valores éticos que rigen la profesión.

f) Que se debe difundir en la comunidad notarial y en la sociedad en general los beneficios de la mediación para la resolución de conflictos y la capacitación del escribano en sus técnicas y herramientas.

g) Que el notario latino está capacitado para actuar exitosamente en asuntos de jurisdicción no contenciosa como ocurre en varios países de América y en España.

h) Que los actos de autoprotección, o cualquiera sea la denominación que se les imponga, son instrumentos idóneos para garantizar la dignidad humana y hacen a la protección de las personas en situación de vulnerabilidad.

i) Que la participación del notario en los planes de regularización dominial y escrituraciones sociales facilitan el ejercicio del derecho a una vivienda digna a las personas de bajos recursos y de sectores marginados.

j) Que en su labor artesanal y en la defensa de los derechos de las personas el notario debe elaborar y promover nuevas herramientas jurídicas, como el fideicomiso y el crédito vitalicio.

SE PROPONE:

1) Se integre y se ponga en funcionamiento en la Comisión de Asuntos Americanos el grupo de trabajo creado sobre Regularización Dominial. Que se amplíen sus objetivos con la inclusión de los temas de jurisdicción no contenciosa, mediación y autoprotección, a fin de que, con la experiencia de los países que han incursionado con éxito en ellos, se logre impulsar la actividad en aquellos otros donde aún no se han sancionado las normas que los incluyan.

2) En el ámbito de las instituciones notariales a nivel local, nacional e internacional, se analice el impacto de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Internacional de los Derechos del Niño en la legislación interna de cada país y en la actividad notarial. Que asimismo, se propicie la participación en la elaboración de proyectos de ley orientados a adaptar la legislación interna a los instrumentos internacionales en la materia, considerando el régimen jurídico de capacidad de las personas, el derecho de autoprotección y las fundaciones tutelares.

3) Se promueva desde las instituciones notariales locales, nacionales e internacionales con medidas concretas y efectivas:

- a) el afianzamiento de la ética que debe regir la profesión;
- b) la capacitación y actualización permanente del notariado, facilitando el acceso a ella a los escribanos de las distintas regiones de cada país, profundizando el estudio de nuevas herramientas jurídicas e

incumbencias profesionales y encarando su responsabilidad frente a los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

c) el fortalecimiento de la función social del notariado latino así como la difusión en la comunidad de los beneficios de su labor, que lo convierten en eficaz garante de los derechos de todas las personas.

República Argentina

2010

CONCLUSIONES GENERALES

XIV JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Considerando: que el Notariado Latino desde su origen ha estado en la vanguardia de la defensa de los derechos de las personas, adaptándose continuamente a las nuevas necesidades y desafíos que plantean la evolución social:

Resultando: Que hoy día tales desafíos se centran en la protección de las personas menos desfavorecidas socialmente o con vulnerabilidades, el medio ambiente, la bioética y la lucha contra el crimen organizado, debiendo aprovechar para ello el desarrollo de las nuevas tecnologías.

Comprobando: Que para poder llevar a cabo eficazmente su labor de garantía de los derechos de las personas, han de reafirmarse los principios tradicionales del Notariado Latino, recogidos reiteradamente por la UINL a saber:

Subrayando:

Que la función notarial garantiza valores superiores con la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad, la verdad y la paz social, que están en inseparable ligazón con los derechos de la persona.

Que el valor del instrumento público, y sus efectos, se cimienta en una serie de solemnidades (inmediación, asesoramiento, control de legalidad, redacción, conservación del documento, colaboración con la administración), con cuya observancia se lograrán hacer efectivos los derechos de las personas.

Que para garantizar efectivamente los derechos de las personas solemnidades como la intermediación, el asesoramiento y el control de legalidad tienen que darse de forma previa o simultánea al otorgamiento, momento en el que la voluntad de los otorgantes ha de estar ya definitivamente formada e informada, sin que pueda ser suplido por una información o calificación a posteriori de otros funcionarios u operadores.

Que la relevancia del control de legalidad del Notario es para las personas garantía de sus derechos, y para la Administración y la sociedad es garantía del cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Reafirmando:

Que la paz y la tutela judicial son derechos de las personas y que la función notarial contribuye al desarrollo de la paz social, con un importante efecto antilitigioso, que alivia carga de trabajo de los tribunales, y llegado el caso se presta un servicio fundamental a la

Administración de justicia, ya que complementa y apoya la actuación judicial coadyuvando al mismo fin que ésta.

Que la función notarial contribuye a hacer efectivo derechos como la libertad de empresa, de modo que la actuación notarial aporta garantías y confianza, tanto para las personas individuales que ejercitan sus derechos, como para la sociedad que exige que en sus relaciones con la sociedad se desarrollen en un ámbito de transparencia y seguridad.

Reconociendo:

a) Que la protección de los derechos de todas las personas, y especialmente de aquellas en situación de vulnerabilidad es un deber y una responsabilidad que compromete al notariado latino y también a las instituciones que a nivel provincial, nacional e internacional lo representan.

b) Que se impone una modificación de las legislaciones internas de los países a fin de adaptarlas a las nuevas normas internacionales, especialmente en el tema de la capacidad de las personas y su autonomía para ejercer sus derechos.

c) Que el notario como intérprete inmediato de las modificaciones legislativas, debe encuadrar en ellas la conducta de sus requirentes, propiciando en los actos en que intervenga la participación

de las personas en los asuntos de su interés, calificando para ello su aptitud de discernimiento para el acto concreto a otorgar.

d) Que es necesario la actualización y capacitación permanente del notariado procurando el afianzamiento de los valores éticos que rigen la profesión.

e) Que se debe difundir en la comunidad notarial y en la sociedad en general los beneficios de la mediación para la resolución de conflictos y la capacitación del escribano en sus técnicas y herramientas.

f) Que el Notario Latino está capacitado para actuar exitosamente en asuntos de jurisdicción no contenciosa que ocurre en varios países de América y en España.

g) Que los actos de autoprotección, o cualquiera sea la denominación que se les imponga, son instrumentos idóneos para garantizar la dignidad humana y hacen a la protección de las personas en situación de vulnerabilidad.

h) Que la participación del Notario en los planes de regularización dominial y escrituraciones sociales facilitan el ejercicio del derecho a una vivienda digna a la personas de bajos recursos y de sectores marginados.

i) Que la aplicación de las nuevas tecnologías en el tratamiento de la información contenida en los archivos notariales hace más eficaz

la colaboración del Notariado con otras instituciones del Estado en la defensa de los derechos de las personas y la sociedad y en la prevención y lucha contra la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales o el fraude fiscal.

j) Que la confidencialidad del documento notarial, (QUE) es garantía del derecho a la intimidad de la persona, ha de armonizarse con otros derechos, por lo que es compatible con la colaboración del notario con otras autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en aquellos casos que estén previstos por la ley y constituyan garantías de los derechos de los demás.

SE PROPONE:

1.- Que desde las instituciones notariales se promueva:

a) La capacitación permanente;

b) El afianzamiento de la ética profesional;

c) El fortalecimiento de la responsabilidad social, especialmente ejerciéndola en relación a los derechos de las persona en situación de vulnerabilidad;

d) La permanencia en el cargo, evitando la temporalidad de las designaciones;

e) El estudio de nuevas herramientas jurídicas e incumbencias profesionales;

f) La reafirmación de la función social del notariado latino así como la difusión en la comunidad de los beneficios de su labor, que lo convierten en eficaz garante de los derechos de todas las personas.

2.- Que se incluya en el estudio de la comisión de integración de la CAA a la mediación, las manifestaciones de autoprotección y las fundaciones tutelares, a fin de que con la experiencia de los países que han incursionado con éxito en estos temas se logre impulsar la actividad en aquellos otros donde aún no se han sancionado normas que la incluyan.

3.- En el ámbito de las instituciones notariales a nivel local, nacional e internacional, se analice el impacto de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Internacional de los Derechos del Niño en la legislación interna de cada país y en la actividad notarial. Que asimismo, se propicie la participación en la elaboración de proyectos de la ley orientados a adaptar la legislación interna a los instrumentos internacionales en la materia, considerando el régimen jurídico de capacidad de las personas, el derechos de autoprotección y las fundaciones tutelares, incluyendo la creación de registros centralizados de carácter reservado y publicidad restringida, fideicomisos y créditos vitalicios.

XIV JORNADAS NOTARIALES IBEROAMERICANAS

4) Que se promueva en los mismos ámbitos, con medidas concretas y efectivas, a fin de obtener el superior desempeño de la función notarial y su prestigio institucional:

a. La actualización permanente de la formación jurídico-notarial, facilitando el acceso a ella a los escribanos de las distintas regiones de cada país, profundizando el estudio de nuevas herramientas jurídicas e incumbencias profesionales, en particular de aquéllas dirigidas a proteger los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad;

b. El afianzamiento de la independencia técnica y moral, y las responsabilidades legales y éticas en el desempeño de la función notarial, mediante institutos de superintendencia de la profesión, radicados en los respectivos Poderes Judiciales o Colegios Notariales;

c. El fortalecimiento de la función social del Notariado Latino, así como la difusión en la comunidad de los beneficios de su labor, que lo convierten en eficaz garante de los derechos de todas las personas y agente equilibrante en la composición de los intereses individuales con los intereses colectivos.

5.- 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.

6.- El notariado debe incorporar como auxiliares de su labor las nuevas tecnologías que han de servirle como herramienta para el mejor ejercicio de su función.

7.- La función notarial con el control de legalidad colabora de modo eficiente en la protección del medio ambiente.

8.- El notariado trabajando en conjunto con los organismos del Estado y los sectores intermedios de la sociedad, debe colaborar en la obtención por parte de los ciudadanos de una vivienda digna. Así la función notarial contribuye a progreso social y económico ayuda a revalorizar el activo inmobiliario de la nación, y por tanto un aumento de la riqueza del país y bienestar de sus ciudadanos.

Punta Cana (Republica Dominicana)

Junio-2010

PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010

Con el objetivo de analizar la capacidad jurídica y la observancia y perspectivas del impacto de la **Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, y en compañía de distintos organismos se realizó en la sede del Honorable Senado de la Nación Argentina, en la Ciudad de Buenos Aires, el Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos.

Con la iniciativa de la Fundación Æquitas, junto al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, la Asociación EQUAL, el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, juntamente con el Senado, en la persona de la Senadora Nacional Beatriz Rojkes de Alperovich, integrante de la Comisión de Salud y Deporte del cuerpo, quien ofreció las instalaciones del anexo ubicado en la zona céntrica de la Capital y el auspicio de numerosos institutos y entidades afines, entre ellos, el Instituto de Derecho e Integración, se organizó este encuentro programado para analizar una temática de indudable impacto en la comunidad: la defensa de los sectores sociales necesitados de una protección especial.-

La importancia de la convocatoria se reflejó con particular brillo en el alto número de participantes (alrededor de cuatrocientos), originarios tanto de nuestro país como de países hermanos (incluyendo una importante delegación de España), que dio el marco adecuado a un programa que abarcó todas las áreas de interés del sector, con exposiciones de alto nivel en mesas redondas y conferencias.

Acto de apertura

En la mañana del jueves 10 de junio, tuvo lugar el acto de apertura. En el auditorio “Manuel Belgrano”, ubicado en el cuarto piso del anexo del Senado. Presidieron la ceremonia la Senadora Nacional Rojkes de Alperovich y el Presidente de nuestro Colegio, notario Jorge Alberto Mateo, a quienes acompañaron los representantes de las entidades organizadoras. Por la Fundación Æquitas, el Director para Iberoamérica, notario Julián Matías Castro; el Presidente de la Asociación EQUAL, Lic. Francisco Bari ffi, y el Dr. Pablo E. Slavin, del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata.

Cada uno de los mencionados hizo uso de la palabra en forma breve, refiriéndose a la trascendencia del encuentro, y a la responsabilidad de poner en marcha el análisis de temas de alto impacto potencial en la vida de la comunidad.

Desarrollo

I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Al finalizar el acto de apertura se anunció la modalidad de trabajo en comisiones que se llevaría a cabo, y se dio paso a la conferencia magistral que ofreció la especialista chilena María Soledad Reyes, Miembro del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quien abordó el tema del cambio de paradigma que plantea la Convención en cuanto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Posteriormente, se reunieron las cuatro comisiones de trabajo, en las cuales se debatieron las ponencias presentadas, actividad que se alternó con tres mesas redondas sobre los siguientes temas: “Política legislativa frente a la Convención”, “La jurisprudencia a la luz de la Convención” y “Toma de decisiones. Sistemas de apoyo”; las cuales contaron con la participación de destacados especialistas de nuestro país, España y Paraguay.

El viernes 11 de junio, por la tarde, se desarrolló la lectura de las conclusiones de los cuatro temas y el acto de clausura.

Amplio impacto comunicacional

Durante las dos intensas jornadas que abarcó el congreso, integrantes del Comité organizador y participantes destacados atendieron los

requerimientos de representantes de un gran número de periodistas pertenecientes a medios de prensa escrita, radial y televisiva, lo que da acabada muestra del interés que, para el público en general, ha suscitado esta iniciativa.

Not. Julián Matías Castro

Director para Iberoamérica de la Fundación Æquitas

CONCLUSIONES

COMISIÓN I: “IGUALDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA”

Marco de referencia y punto de partida

El objetivo de la presente comisión es la de unir a la luz de la CDPD los conceptos de igualdad con el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La unión entre el concepto de igualdad y no-discriminación por motivo de discapacidad y de la formulación establecida en el artículo 12 de la CDPD, todo ello desde una perspectiva de derechos humanos, conforman un bloque teórico-jurídico que de un modo lógico y axiológico impacta, o debería impactar, fuertemente en las legislaciones nacionales.

La interdicción o incapacitación (registra diferentes nombres en los diferentes derechos nacionales) se trata en esencia de un procedimiento por el cual se procede a anular y/o limitar la capacidad jurídica de una persona, nombrando a un representante que la va a suplir en todas o algunas decisiones de su vida.

Tradicionalmente se ha considerado que ciertas discapacidades como la ceguera, la sordera, la diversidad intelectual, y la discapacidad psicosocial eran (son) causales de incapacitación. Ante esta situación, la respuesta jurídica ha sido la de limitar de un modo absoluto la capacidad jurídica de la persona, lo que se suele denominar como interdicción o incapacitación total, que comprende todos los aspectos significativos de carecer personal (matrimonio, adopción, alistamiento

en fuerzas armadas etc.) y de carácter patrimonial (testar, comprar, vender, donar etc.) del individuo.

Una ligera evolución del sistema clásico de interdicción (pero que sigue partiendo desde el modelo de sustitución) ha sido la inclusión en muchos Derechos nacionales de la figura de la interdicción parcial, o dicho en otras palabras, la limitación parcial de la capacidad jurídica determinando de un modo específico los aspectos de carácter personal y patrimonial en los cuales a la persona se la sustituye en la toma de decisiones.

Esta herramienta de la interdicción (ya sea total o parcial) se ha concebido y configurado desde un modelo netamente médico de la discapacidad, y desde la concepción de que determinadas personas con discapacidad carecen de la capacidad para tomar sus propias decisiones. Es una herramienta elemental del modelo de sustitución de la voluntad en la toma de decisiones.

Por tanto, si partimos desde el modelo social que ha inspirado filosóficamente a la CDPD, y volviendo a partir desde el propio propósito del instrumento, y los principios y valores recogidos en el artículo 3 como también la columna vertebral de la igualdad, parece no quedar lugar para una institución como la incapacitación dentro de la fórmula de: "igualdad en la capacidad jurídica".

Consecuentemente es objetivo de esta Comisión abordar temas tales como; causas de incapacitación o interdicción, juicio de capacidad del juez, juicio de capacidad del notario, garantías de igualdad en el

ejercicio de la capacidad jurídica, prueba de la incapacidad, medidas previsionales, tutela y curatela, voluntad anticipada, poderes preventivos, entre otros.

Conclusiones preliminares

La comisión sesionó durante dos días en el transcurso del cual se presentaron 14 trabajos que fueron defendidos oralmente por lo autores. Para el desarrollo de las sesiones se adoptó la siguiente metodología: cada ponente contó con un espacio de 15 minutos para exponer de un modo oral los principales puntos de su trabajo. Al finalizar el ponente leyó sus conclusiones y formuló algunas reflexiones en clave de interrogante para motivar el debate. Luego de cada exposición los coordinadores otorgaron una especie de preguntas y debate que arrojó importantes reflexiones.

Consecuentemente, de los trabajos presentados, así como de los debates que se generaron a raíz de estos últimos, esta comisión arriba a las siguientes conclusiones;

1. La CDPD supone un cambio de paradigma en el modo de abordar la discapacidad que se plasma en el modelo social de discapacidad.
2. La CDPD, principalmente a través de del artículo 12 proclama de un modo categórico una garantía en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Dicha garantía obliga a los estados a no privar del

ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad por motivo de discapacidad.

3. Pese al lenguaje utilizado por el artículo 12 debe entenderse que el derecho de garantía en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad incluye tanto la dimensión de titularidad de derechos como la dimensión del ejercicio de los mismos, es decir, capacidad jurídica de adoptar decisiones con consecuencias jurídicas por decisión propia.

4. Las personas con discapacidad que se encuentran comprendidas por la garantía del artículo 12 incluyen a las personas con discapacidad intelectual, sensorial y psicosocial.

5. Como parte integrante del derecho de garantía en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, debe entenderse comprendido el derecho a recibir o requerir los apoyos necesarios para ejercer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

6. El régimen de capacidad jurídica, incluido la dimensión de ejercicio de los derechos en nombre propio, se encuentra íntimamente conectado con el derecho a la autonomía y el efectivo ejercicio de los derechos humanos fundamentales. Por ello, su regulación interna debe adaptarse a

I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

los estándares establecidos en la normativa de derechos humanos y no viceversa.

7. La garantía de ejercicio de la capacidad jurídica por parte de personas con discapacidad es un derecho de igualdad y de carácter civil y político por lo que su aplicación es directamente operativa. La implementación del sistema de apoyos puede requerir un período de transición donde sea posible adaptar y utilizar algunos mecanismos existentes, de un modo temporal y siempre que no menoscabe la garantía del artículo 12.2.

8. La incorporación de la CDPD en los derechos internos, sobre todo en sistemas constitucionales como el argentino permite su invocación o aplicación a las situaciones vigentes, ello no sólo en manos de los operadores judiciales sino también por parte de todos los operadores jurídicos. El subsistema de derechos humanos recogido en la Constitución Nacional Argentina luego de la reforma de 1994 exige el llamado “control de convencionalidad”.

9. En virtud de las anteriores afirmaciones se generó en esta Comisión un sentimiento claro y generalizado de que es preciso reformar la mayoría de las legislaciones nacionales que fueron objeto de análisis por parte de los ponentes, y en particular en lo que se refiere a la legislación civil.

10. En relación con el régimen jurídico de interdicción estipulado en el Código Civil Argentino todas los trabajos y las opiniones recogidas en el debate, destacaron la imperiosa y necesaria reforma del sistema vigente, por considerarla en clara contraposición a este nuevo paradigma que recoge la CDPD, y que lejos de proteger, se erige como un obstáculo para la plena integración y participación en la sociedad de las personas de las personas con discapacidad.

11. También se destacó con sólidos argumentos la dudosa compatibilidad con la CDPD de sistemas de atribución de incapacidad indirecta como el estipulado por el artículo 200 de Código Civil Español.

12. Sendos trabajos también demostraron la importancia de contar con herramientas que regulen las diferentes modalidades de expresión jurídica de la voluntad anticipada como la autotutela, los poderes preventivos o las directivas anticipadas. Dichas instituciones encuentran en los sistemas vigentes con enormes obstáculos tanto legales con actitudinales que dificultan su implementación y la seguridad jurídica. En términos generales, se consideró que la CDPD ni limita ni restringe el desarrollo de este tipo de herramientas.

13. Finalmente, se destacó el papel fundamental que juegan la mayoría de los operadores jurídicos en la posible y correcta aplicación en la CDPD en la práctica. Más allá del

régimen de representación de tutela o curatela, lo cierto es que la gran mayoría de los actos trascendentales de carácter personal o patrimonial a los que se enfrentan las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, se realizan ante operadores jurídicos que de algún modo deciden o evalúan la capacidad de la persona. Pensemos en los notarios, los jueces, los funcionarios públicos etc. Por ello su capacitación en el espíritu de la CDPD resulta elemental para cambiar la realidad del día a día.

COMISIÓN N° II. SISTEMA DE APOYO PARA LA TOMA DE DECISIONES (SATD).

Pautas fijas por la organización para la presentación de las ponencias.

Seguramente el concepto que marca más claramente el cambio de paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de personas con discapacidad es el de la “figura de apoyo” prevista en el inciso 3 del artículo 12 de la CDPD. La lectura comprensiva del artículo 12 con todas las disposiciones de la CDPD nos permite sugerir algunas conclusiones: 1) La CDPD parece no sólo obligar a incorporar el SATD sino más bien a reemplazar con el mismo los sistemas existentes de sustitución como la tutela o la curatela, sin perjuicio de un período de transición razonable; 2) Se trata de un sistema complejo que no sólo

requerirá de reformas legales, sino también de una acción política del Estado que garantice, entre otras cuestiones, educación y recursos financieros adecuados. Es por ello que no consiste simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela en las legislaciones nacionales; 3) Es preciso comprender que para que el SATD cumpla su cometido y resulte efectivo, debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales. Para que ello sea posible, es necesario diferenciar entre diferentes tipo de “apoyo”. Esta diferenciación debe establecerse en un primer lugar en relación con el tipo de acto jurídico, y en segundo lugar en relación con el tipo de figura de apoyo adecuado. En relación con lo primero, es preciso diferenciar ente actos trascendentales para la vida y/o el patrimonio de la persona (matrimonio, venta o compra de una casa, donación), y actos ordinarios de la vida común (reformular su casa, ir de viaje, suscribirse a un club deportivo). En relación con lo segundo señalado, es preciso poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que mejor se adapte a su situación particular. Por ejemplo, la posibilidad de un asistente personal, o la de un familiar, o la de un grupo de amigos, o la de una asociación, o la de un ombudsman.

Consecuentemente es objetivo de esta comisión abordar temas tales como; mecanismos de apoyo, instituciones de protección patrimonial y personal, salvaguardias, ejercicio de derecho personales (adopción, matrimonio, patria potestad), ejercicio de derechos patrimoniales (testamentos, donaciones, ventas), entro otros.

Metodología de presentación de las ponencias.

Los cuatro trabajos fueron presentados durante las dos jornadas, brindando un espacio para que los autores expongan sus ideas bases y conclusiones, a continuación de lo cual se abrió el debate para las preguntas a los ponentes, pedir aclaraciones, formular contrapropuestas, o emitir opiniones acerca de las ponencias expuestas. A continuación se expone el resumen de la exposición de cada ponente y las apreciaciones del debate.

Primera ponencia: “El acompañamiento terapéutico es una herramienta valiosa para la efectiva vigencia del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Autora: Dra. Bibiana Magnago. (Argentina)

La autora centró su trabajo en señalar al acompañamiento terapéutico como elemento efectivo de apertura al medio social, una herramienta eficaz y dinámica de integración social; una alternativa a la escasez de recursos humanos del actual sistema en relación a la cantidad de personas asistidas, que permite mayor intermediación, y mejor calidad de vida para el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad por sí misma, favoreciendo el desarrollo personal en las elecciones que se dan en la cotidianidad. Estimó necesario establecer una mayor uniformidad en las incumbencias profesionales del acompañante terapéutico.

En el debate se preguntó acerca de cómo establecer los honorarios, respondiéndose que se devengarían a partir de los recursos

propios de los asistidos, o provenientes del Estado. Se estimó la alternativa de asignar acompañantes terapéuticos tanto a personas internadas y a no internadas, indistintamente. Se afirmó acerca de la innecesariedad de que el acompañante terapéutico sea un técnico, pudiendo ser un referente o persona cercana a la persona asistida, aún cuando sería necesario establecer correctamente su grado de responsabilidad.

Se formularon afirmaciones relativas a la internación de personas menores de edad a través de medidas excepcionales, que no constituyan un orden de integración abandonico.

Se efectuó referencia a la ley española 39/2006 que norma prestaciones análogas de asistencia personal, pero limitadas a personas de gran dependencia, por lo se estimó la conveniencia de recurrir en el sistema español, al voluntariado de las fundaciones tutelares.

En lo concreto al tema del sistema de apoyo, la autora respondió negativamente a la pregunta de si el acompañante terapéutico implicaba el reemplazo de la figura del curador, afirmándose sin embargo en el debate, la necesidad de replantear las funciones del curador a los fines de que no sustituya la voluntad de la persona asistida.

Segunda ponencia: “Acceso al crédito vitalicio por personas con discapacidad”. Autor: Not. Roberto A. Lucero Eseverri. (Argentina)

I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

El autor centró su idea base de acceso al crédito vitalicio con garantía hipotecaria (“hipoteca inversa”) en el art. 4 de la Convención relativa a la obligación de los Estados Partes para la toma de todas las medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igual de condiciones con los demás, a tener acceso a las hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.

Profundizó en la dificultad que se da aún en el antecedente normativo conocido -la ley española 41/2007- en base a la desconfianza que tienen los jueces para autorizar el gravamen. Frente a lo cual, sostuvo que proteger no es cuidar los bienes sino darles utilidad.

Concluyó en que se debe implementar un sistema de apoyo que garantice a la persona con discapacidad, la efectiva toma de decisiones sobre sus bienes, evitando que sea despojada de su administración, disposición o gravamen de forma arbitraria.

El debate se centró en la desconfianza hacia el sistema financiero privado para el otorgamiento de los créditos, por lo que se estimó que la fuente de financiamiento sea la banca pública. Si bien el instituto jurídico propuesto se limitaría a las personas con discapacidad que fueran propietarias de al menos un inmueble, se adujo acerca de la conveniencia de contemplarlo como alternativa de protección para dichas personas; más aún cuando la falta de regulación legal no impide la aplicación del instituto.

Tercera ponencia: “Artículo 12 CDPC. Medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el

régimen jurídico argentino”. Autores: Juan Pablo Olmo y Julio A. Martínez Alcorta (Argentina)

Los autores, tras hacer un preciso repaso de cómo ha evolucionado el concepto de capacidad jurídica, sostienen el criterio de que para la implementación exitosa del artículo 12 de este instrumento internacional resulta necesaria una interpretación laxa del Derecho vigente. Así, dentro de las facultades del juez al momento de dictar una sentencia de inhabilitación, se amplía el campo de asistencia patrimonial al de lo personal a fin de evitar que el sujeto otorgue actos perjudiciales para su persona. El juez debe contar, además, con la flexibilización suficiente para lograr adecuar las funciones del curador asistente a cada caso concreto. Las medidas de apoyo cuentan con sustento supralegal por encontrarse previstas genéricamente en la Convención y devienen operativas en el expediente judicial sin contratiempos. Las salvaguardas se proyectan –entre otros supuestos- como garantía del debido proceso para el trámite en el cual se determinará la aplicación o no de una medida de apoyo y a los fines de determinar el contenido y alcance de los apoyos y su posible modificación como garantía de “proporcionalidad y adecuación” para no dejar a la persona ni desprotegida ni sobreprotegida.

Cuarta ponencia: “Experiencia de fortalecimiento de la ciudadanía. El ejercicio de derechos y la toma de decisiones en personas con discapacidad psicosocial”. Autores: Ana Nuñez y Elsa Bustamante (Perú)

I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

En su intervención, sustentada en una investigación realizada en instituciones de salud mental, en entrevistas individuales a personas con discapacidad mental y a familiares, reuniones con grupos organizados de familiares y a población afectada por la violencia doméstica, se reflejó como resultado la importancia de generar y fortalecer la organización de las personas con discapacidad psicosocial, como sistema de acompañamiento entre pares para la toma de decisiones personales y organizacionales. El acompañamiento debe apuntar a la progresiva toma de decisiones de las personas con discapacidad psicosocial, apoyado en un facilitador que respete y vele por el ejercicio pleno de los derechos a la vez que fortalezca su progresiva autodeterminación.

Por último cabe acotar que en sentido general se abogó por la necesidad de que los operadores del derecho, principalmente escribanos y jueces, apliquen e interpreten el artículo 12.2 de la Convención conforme con los nuevos paradigmas que ésta impone con independencia del ajuste que del Derecho interno a los principios de la Convención han de hacer los Estados partes. No se trata tan solo de legislar en clave de pleno reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sino de que quien aplique e interprete la norma y con ello las instituciones jurídicas lo haga con una mentalidad abocada a los nuevos paradigmas. El cambio de tales paradigmas conlleva a un cambio de la manera clásica en que se ha venido entendiendo el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad. Tal cambio

tiene que venir de la mano de la ruptura de los eslabones tradicionales que atan el pensar de quienes luego hacen y realizan el Derecho.

COMISIÓN N° III. CAPACIDAD JURÍDICA Y ACCESO A LA JUSTICIA.

I.- El avance en un cambio de paradigma tan importante como el que supone la Convención de la ONU sobre los DH de las PcD supone un profundo problema cultural ya que la misma esta eliminando, entre otras cosas, el concepto de “ no puedo” como forma de limitar las posibilidades de las PcD.

II.- Los Juzgados especializados podrían constituir un paso previo ya que hacen visible la situación de vulnerabilidad de determinados grupos. Ahora bien, también pueden constituir una nueva forma de discriminación. La CDPD establece que no se deben crear derechos específicos sino garantizar los mismos en igualdad de condiciones con las demás personas a las PcD.

III.- Es fundamental la capacitación y sensibilización de los profesionales que intervienen en el tratamiento jurídico de los problemas de las PcD, incluidos médicos, psicólogos, trabajadores sociales etc. La sensibilización debe afectar también a la sociedad en su conjunto. La capacitación debe darse en todos los niveles, desde la escuela hasta la formación profesional continuada con el fin de contribuir a disminuir e eliminar la brecha entre lo que sucede de hecho y lo que establece el derecho. En esta formación sería interesante

I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

emplear un método circular que supone partir de ponerse en el lugar de las PcD.

IV.- Se debería permitir e incentivar legislativamente la posibilidad de que se establezcan sistemas graduales de determinación de los apoyos necesarios para permitir a las PcD el ejercicio completo de sus derechos y de su participación en el mundo jurídico.

V.- Se aboga por la creación de defensores especializados para garantizar el acceso a la justicia de las PcD.

VI.- Las PcD pueden acceder a todas las profesiones de carácter jurídico debiendo ajustarse para ello en lo necesario los diferentes puestos de trabajo. Se acuerda de forma unánime que no existe motivo razonable ninguno que haga que se pueda a excluir a alguien de las mismas en base exclusiva a su discapacidad y sin tener en cuenta sus facultades individuales.

VII.- Se cree necesario difundir las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de marzo de 2008.

VIII.- Sería conveniente para que las personas con discapacidad (sean consideradas beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de umbrales económicos, cuando se trate de litigar sobre derechos que incidan en dicha discapacidad.

IX.- La Comisión manifiesta su preocupación sobre las personas con discapacidad en entornos carcelarios y considera la

necesidad de modificar el artículo 34 del Código Penal argentino para adaptar el concepto de in imputabilidad a la verdadera realidad de las PcD.

IV. COMISIÓN: CAPACIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA

Conclusiones:

La vigencia del art. 14 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad donde se reconoce el derecho a la libertad y seguridad de la persona requiere la necesidad de que se adopten las garantías convenientes en aquellos casos en los que se haga necesario el ingreso de una persona con discapacidad en un Instituto de salud mental.

Entre estas garantías habrían de incluirse el respeto a la voluntad y autonomía de la persona sobre la base de un consentimiento libre, prestado tras una información adecuada a sus circunstancias personales.

En la protección de los derechos humanos consagrados en la Convención se ha considerado como condición de eficacia la capacitación y formación adecuada de todos los operadores y profesionales de los diversos sectores involucrados.

Previo a adoptar una medida privativa de libertad han de agotarse las vías conducentes a evitarla, posibilitando que el tratamiento

I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD
Y DERECHOS HUMANOS

se lleve a cabo de forma ambulatoria e incluido en su propia comunidad, de acuerdo a lo previsto en el art. 25. c), descartando cualquier práctica de normalización y despersonalización.

Otra cuestión relevante en este punto es la referida a los ensayos clínicos que se desarrollan en el marco de la investigación biomédica, especialmente en los casos en que se trate de procedimientos invasivos.

El Estado debe tomar todas las medidas necesarias para facilitar el acceso a apoyos en la toma de decisiones sobre esta y todas las cuestiones relacionadas con la salud.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010

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