



REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACION

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

REVISTA N° 2 – AÑO 1

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. -
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"
Registro Propiedad Intelectual N° 788321



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

Analía Teresa Lamas

Roberto Augusto Lucero Eserverri

Pedro Eugenio Marzuillo

Alejandro Toguchi

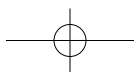
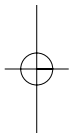
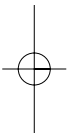
Miembros Adherentes

Natalia Corina Bacigaluppo

Dariel Oscar Barbero

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

María Cecilia Arce

Daniel Vicente Cócola

Marcelo Daniel De Laurentis

Carlos Álvaro Gómez Tomei

Adriana Laura Palena

Graciela Pelosso

Vocales Suplentes

Andrés Gustavo Brelich

Noemí Teresita Cuellar

Luis Eduardo Cellini

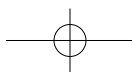
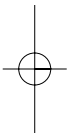
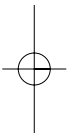
Cecilia Carla Moreno

Daniel Leandro Pardo

Síndicos de la Caja Notarial

José Alejandro Aguilar

Gabriel Gustavo Barat



SUMARIO

Volumen 1 - N° 2 - Septiembre Año 2009

I Editorialpág. 1

II Doctrina

Pacientes Terminales.....pág. 5
Dr. Efraín Hutt

Crédito Vitalicio con Garantía Hipotecariapág. 17
Esc. Roberto Augusto Lucero Eseverri

Reflexiones acerca de los principios de proporcionalidad,
ponderación y razonabilidad en el caso españolpag. 65
Dr. Dariel Oscar Barbero

III Legislación y Jurisprudencia

Ley N° 6.212.....pag. 111

El Derecho de Autoprotección en
la Provincia del Chacopág. 115
Esc. Marta Liliana Elisabet Bonfanti

Sentencia Número 120 de 30 de septiembre del 2008 de
la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal
Provincial de Ciudad de La Habanapag. 123

La designación voluntaria de tutora por la propia
incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano?pág. 131
Not. Leonardo B. Pérez Gallardo

IV Proyectos Legislativos

Proyectos legislativos y Derecho de autoprotecciónpág. 187
Esc. Alicia B. Rajmil

Proyecto de Actos de Autoprotección.....pág. 199

Proyecto de modificación CPCCpág. 207

Pautas de presentaciónpág. 213

“Los llamados derechos de la tercera generación (la tercera luego de los derechos de la libertad y los derechos económicos) no podrían ni siquiera ser pensados si estuvieran disociados de la voluntad de su titular; no se podría evidentemente hablar de derechos de la personalidad sin considerar la autonomía de juicio de la persona humana”

Emanuele Calò.

EDITORIAL

En esta segunda publicación de la Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción, continuando con el propósito de abordar temas vinculados a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, y al reconocimiento de sus derechos, facilitándoles las posibilidades de acceder a ellos en igualdad de condiciones y respetando su dignidad, libertad y autodeterminación; nos hemos esforzado en seleccionar material de diferente procedencia y contenido que aportan y enriquecen, con enfoques diversos, a la creación de una nueva conciencia jurídica, que se cimiente en valores más que en reglas, y en principios más que en dogmas.-

Ante un mundo que preanuncia cambios y nos plantea nuevos paradigmas, pretendemos abarcar y profundizar el estudio de áreas que rescaten la importancia del respeto de los valores más esenciales del ser humano, para lo cual no debemos limitarnos a enfoques estrictamente legales y despojados del aporte que nos puedan proporcionar otras ciencias, ya que desde una perspectiva multidisciplinaria podremos llegar a entender la verdadera dimensión de los derechos humanos en su real complejidad y diversidad .

De nada sirve la mera proclamación y enunciación de

EDITORIAL

principios si esto no va acompañado de una verdadera y firme convicción que nos lleve a buscar herramientas e instrumentos que nos permitan aplicar y llevar a la práctica todo aquello que proclamamos.- La tarea y propósito de nuestro Instituto es avanzar en ese sentido con las diversas actividades que desarrollamos y que aspiramos aporten a una mayor concientización de esta problemática.-

Por tal motivo en esta revista pretendemos, no solo la publicación de trabajos de contenido científico y filosófico. También incluimos comentarios de proyectos legislativos, fallos judiciales que entendemos relevantes en esta materia y trabajos multidisciplinarios que nos permitan aportar ya no solo desde lo conceptual y ontológico sino que también desde la experiencia empírica y práctica.-

Desde este espacio, y con el aporte de todos los interesados en colaborar con esta ambiciosa tarea, pretendemos contribuir a que se pueda plasmar en realidad los verdaderos valores de dignidad que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de “ser”.-

Entendemos importante el aporte de trabajos que proceden de otros países, porque nos muestran que estos valores trascienden las fronteras, y que las experiencias recíprocas pueden contribuir a mejorar nuestras legislaciones en la materia.-

Por todo lo expresado y con el fin de promover estos valores que desde nuestro Instituto pregonamos, confiamos que este segundo número de nuestra revista contribuya para despertar la inquietud y el interés en todos sus lectores y muy especialmente en aquellos que tiene la enorme responsabilidad de velar por una sociedad más justa, digna y equitativa.-

Marcelo Daniel De Laurentis

Sub-Director del IDEI

DOCTRINA

PACIENTES TERMINALES

Doctor Efraín Hutt¹

Sumario

¿Dónde deben estar los pacientes? - Papel de familiares y amigos - Integración del equipo de salud - Términos médicos conflictivos - Relaciones y comunicaciones humanas con la familia - Factores ajenos antiéticos para no desconocer².

Resumen

La forma en que se llega a la etapa final de la vida, sigue los diferentes tipos evolutivos de la mayoría de las enfermedades, sean estas terminales o no. Desde ese punto evolutivo, podemos llegar al final del camino de manera aguda, sub-aguda o crónica. De cualquier manera, la familia normalmente jamás estará conforme con la forma en que se llega al final, lo cual trae habitualmente, confrontaciones entre el equipo de salud, tanto entre los mismos integrantes como en la familia. Si los pacientes terminan abruptamente su existencia, por ejemplo con un infarto masivo, quedará en la familia el dolor

1 Médico Cirujano y Doctor en Medicina. Miembro Fundador de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva. Ganador del Premio Enrique Finocchietto de la Academia Nacional de Medicina (año 1971). Ex docente Libre autorizado de Nefrología y Medio Interno de la Facultad de Medicina de Rosario. Integrante por invitación del Comité de Bioética asistencial en el H.E.C.A. Ex Consultor de Ética en la Investigación Científica de la Secretaría de Salud Pública de Rosario. Autor de 56 Trabajos científicos. Especialista en Medio Interno, en Terapia Intensiva y en Clínica Médica. Año 2007 Nombrado Médico Distinguido por el Concejo Deliberante de Rosario. Columnista de la página Web de rosario3.com en la columna de Opinión.

2 Queda bien claro que, aun la vida humana debe responder al derecho de propiedad privada funcional, aceptando la muerte como un hecho natural e inevitable, ya que según alguien ya lo mencionara, la muerte de la muerte es la única utopía no realizable. "Manuscritos económicos filosóficos" de Kart Marx. Editorial Colihue- año 2004

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

de no haberse despedido o acompañado al familiar. Si la forma de llegar a esa instancia es crónica, habrá familiares que piensen que mientras tengan a quien está sufriendo, el familiar está junto a ellos³. Suelen anteponer sus sufrimientos espirituales a los sufrimientos físicos y psicológicos de quien presiente su final. La disconformidad está siempre presente y se demanda un tiempo largo para hacer el duelo por la pérdida.⁴ También surgirán siempre cuestionamientos nacidos de dogmas confesionales, donde Dios da la vida y es quien la quita, y se producirán largas agonías de mano de los avances tecnológicos, con la lógica consecuencia de que el enfermo en tal situación preferiría la muerte. Tampoco se excluyen de la prolongación de estas largas agonías, intereses ajenos a la salud o la enfermedad, como lo es la ganancia que produce a las instituciones privadas al mantener a un paciente terminal por todos los medios en las salas de terapia intensiva.

Palabras claves

Eutanasia – distanasia – ortotanasia – consentimiento informado – autonomía en las decisiones.⁵ Sus verdaderos significados y la complementación por los distintos integrantes

3 "Recursos Humanos. El conocimiento y el saber" de Juan B Tealdi y Efraín Hutt, Editorial Laborde :En el capítulo de "Individualismo no es egoísmo" se pone de manifiesto que el individuo desarrollado implica un crecimiento que nace de sus propias fuerzas, mientras que el egoísmo se refiere al Ego, que no representa al verdadero Yo posible, al cual se podrá llegar con el crecimiento. Etapas evolutivas que nacen de la conformación que se hace sobre el conciente, para que el hombre se adapte a la Sociedad enferma en que vive y esta pueda funcionar.

4 Si realmente se amara a los seres humanos, no se tomaría al sujeto amado como un objeto del amor; esto va para todas las relaciones humanas, sean parentales, de amistad, de comercio de servicios etc. "El arte de amar" de Erich Fromm, 1ª Ed. 1ª Reimp- Buenos Aires: Paidós, 2008

5 "La dignidad del otro" de Francisco Paco Maglio Editorial Libros del Zorzal: Donde se expone el respeto irrestricto a la autodeterminación de los enfermos terminales, que tengan plena conciencia de sus deseos de vivir o de morir, o que lo hayan expresado en momentos anteriores en estado de salud psico-biológica.

PACIENTES TERMINALES

de los equipos de salud, donde el médico es solo una parte, de las situaciones donde la vida no vale la pena de ser vivida ni el enfermo lo desearía, estando en pleno estado de conciencia.

Abstract

The way we get to the end of life follows the course of most diseases (whether terminal or not). This evolution may be acute, subacute or chronic. Usually, regardless of the evolutive type, the family will feel uncomfortable with the way their beloved one approaches this final stage, which many times leads to confrontation not only within the family but within the health care team. If death occurs suddenly (e.g. as a result of a massive infarction) the family will grieve for not having had the chance of saying goodbye or standing by the patient. On the other hand, if someone dies after a chronic disease, some family members will think that, as long as the suffering person is alive, he or she will at least be with them. They often prioritize their own sorrow over the physical and psychological pain of the person who can feel the proximity of death. Dissatisfaction is always present and it takes a long time to mourn the loss. Furthermore, there will always be questioning based on the belief held by religious dogmas that only God has the right to give and take life. These ideas, together with technology breakthroughs will lead to endless agonies, with the logical consequence that in this situation the patient would rather die. The unnecessary prolongation of agonies may as well be promoted by interests other than health, namely the incomes that private health institutions get for keeping a terminal patient alive in Intensive Care Units by using every possible means.

Key words

Euthanasia, disthanasia, orthothanasia, informed consent, patient autonomy. Their true meanings and the complementarity

DOCTRINA - REVISTA del IDel

among the different members of the health team (of which physicians are only a part), the situations when life is not worth living and the fully conscious patient wouldn't want to live.

Merece una consideración previa el entender a que se hace referencia cuando se habla de pacientes terminales.

Para ello no debe escapar a nuestro conocimiento, que en algún momento de nuestra existencia, todos seremos terminales. Debemos reconocer que en este momento de la vida, el más cercano a la muerte, la Medicina como disciplina perteneciente a una Ciencia, Arte y Praxis, y que es encarada en los Centros de Enseñanza como predominantemente biologicista, se siente un poco huérfana para tomar determinaciones que sean justas con respecto a dichos pacientes, por su exclusiva cuenta. Por otra parte debe ser considerado y reconocido, que el servicio que nuestra profesión puede brindar a estos enfermos, no encabeza el ranking de servicios a prestar. Es solo una entre tantas de las profesiones, que pueden contribuir a hacer no tan traumático el proceso terminal. No interfiere con la calificación de la palabra terminal, el hecho de que haya variantes en la forma evolutiva del padecimiento que nos lleva al final de la vida, ya que el mismo puede ser más o menos agudo o aun transitar los carriles de la cronicidad.

¿Dónde deben estar los pacientes?

Se debe tener en cuenta, en primer lugar, donde deben estar los enfermos así llamados. No se suele tener una conducta que determine el lugar, ya que en algunas oportunidades, ni el equipo de salud sabe la dirección que seguirá el proceso de la enfermedad, y cuando lo refractario se transforma en irreversible, vale decir, hacia una posible mejoría o hacia una agravación irreductiblemente terminal. No hay que olvidar que

PACIENTES TERMINALES

también en Medicina crítica, existen zonas grises y no siempre son solo blancas o negras. Tampoco debemos dejar de lado la humildad de reconocer que lo que muchas veces en nuestras manos es en apariencia irreversible, en otras manos y con mejores medios, algunos pacientes pueden ser recuperados y haber sido solo refractarios en las respuestas al tratamiento en nuestras manos.

Papel de familiares y amigos

La mayoría de las veces, por pedidos expresos de los familiares, que no se atreven a enfrentar la situación, lo cual es lógico, el enfermo no recuperable suele permanecer en las U.C.I, aunque en las mismas no se les pueda brindar nada para mejorar la evolución⁶. Esta situación se contrapone con la función de las Salas de Terapia Intensiva, a donde deben ir los pacientes potencialmente recuperables, ya que la sala no debe ser considerada un “moridero”. También existen familias, que siguiendo expresas indicaciones del enfermo, prefieren que el mismo termine su existencia en el hábitat en el cual transcurría su vida, rodeado de todos sus afectos. Y en otras oportunidades en que desearían lo mismo, las condiciones económicas, les impiden llevar adelante ese deseo del paciente. Es en este caso donde los Servicios Sociales, junto a quienes presten asistencia espiritual, suelen ser tanto o más necesarios que los mismos médicos y donde la visita domiciliaria, junto a una enfermería adecuada, ayudarían a sobrellevar esta situación. Tampoco deben ser dejadas de lado las consideraciones que hacen a la familia del enfermo, y a las posibilidades que los mismos tienen “per se” de enfrentar, fuera del Establecimiento de Salud, esta etapa de la enfermedad.

⁶ "Del tener al Ser" de Erich Fromm. Editorial Paidós 2007 (1976): Se transpola de las Ciencias Sociales el concepto de la vida humana en la forma de SER y no de TENER. No tenemos la vida; Solo estamos vivos.

DOCTRINA - REVISTA del IDeI

En ninguna situación tan extrema de la enfermedad, se hace necesaria la coexistencia de todos los participantes que están inmersos en esos momentos, en las determinaciones a tomar, tales como los equipos de salud (con todos sus integrantes en tareas trans-disciplinarias), el paciente, sus familiares, y quizás también algún amigo o persona que pertenezca al círculo íntimo de la familia o del enfermo, o desde la espiritualidad. Desde esta reunificación del grupo, y de las conclusiones a las cuales se arribe, es desde donde deberán partir las conductas a seguir, tratando de lograr coincidencias en los criterios que sean avalados en primer lugar por el enfermo, si es dueño de sí mismo, de los familiares más cercanos en caso de que el mismo no sea responsable de sus decisiones y siempre con el aporte de lo que pueda brindar el equipo tratante, que deberá ser expresado de manera absolutamente comprensible y en lugares reservados en cuanto a la intimidad, para la familia a la cual se ha reunido. No se debe desconocer el hecho de que el enfermo, en estado de salud, haya dejado establecido el rechazo de ciertas conductas terapéuticas en caso de enfermedades graves, invalidantes o de cronicidad que lo sometan a torturas de manera indefinida y con agresiones intolerables que él conceptúe como inhumanas.

Integración del equipo de salud

Como una parte correspondiente al equipo de salud, éste debe tener plena conciencia del significado de algunos términos que hacen a las conductas a seguir, pero que bajo determinadas circunstancias, pueden ser vistas de diferentes maneras de acuerdo al sentir de los profesionales en cada caso en particular y al sentir del enfermo y su familia. Estas diferencias pueden nacer, no solo como conclusión en la interpretación de la parte biológica, sino del pensamiento dogmático confesional, religioso, político, filosófico, o ideológico del médico tratante y fundamentalmente, del concepto Ético en la prestación, que nace

PACIENTES TERMINALES

de una vocación de servicio hacia el otro. Tanto los pacientes como los familiares frecuentemente pueden tener conflictos existenciales que el equipo de salud deberá conocer para no producir heridas difíciles de cicatrizar. No olvidaremos tampoco, como juegan muchas veces sobre los profesionales, factores de la parte económica del medio asistencial en el que se actúa, para la toma de decisiones. Las decisiones de los médicos deben ser impermeables a sugerencias sobre el quehacer médico por motivos que sean ajenos a la Ética en todas nuestras acciones.

Los términos que siempre debemos tener presentes, al igual que sus significados, son:

Términos médicos conflictivos

1º) Distanasia; se trata del empleo empecinado de terapéuticas y procedimientos, frecuentemente muy agresivos y que no producen mejorías, sino solo agravamiento de sufrimientos, a pesar de suponer que los mismos no lograrán la curación de la enfermedad y se constituyen en lo que también se llama, encarnizamiento o ensañamiento terapéutico, que solo suelen prolongar agonías reñidas con una vida que merezca ser vivida. No debemos dejar de reconocer y separarnos de estos procedimientos, sobre todo cuando son sostenidos por causas ajenas a la vocación de servicio y solo un medio para mayores rendimientos institucionales, que nos alejan de los fines humanitarios de nuestra profesión.

2º) Ortotanasia; Se refiere a la muerte con dignidad, a la cual todo ser humano tiene el derecho a acceder y aún a exigir, la elección que con conciencia pueda hacer, o bien la determinación de sus seres queridos más cercanos, cuando el enfermo no tiene capacidad de elección por su estado de conciencia, que no le permite ser dueño de sus decisiones. Los

DOCTRINA - REVISTA del IDeI

integrantes de los equipos de salud, no deben ser ajenos a todos los componentes que hacen a una decisión familiar, tanto cuando se insta al cuerpo médico a suspender actitudes que puedan ser favorables para el enfermo en diferentes sentidos, o a la inversa, cuando proponen perpetuar una agonía con terapéuticas que no lograrán ningún resultado. El principal actor de esta obra es el paciente y es quien merece nuestro mayor esfuerzo para ser solidarios con sus deseos y su forma de enfrentar la situación crucial que vive.

3°) Eutanasia; el término más desvirtuado de la medicina por los procedimientos del nazismo que provocaron una enorme distorsión en el mismo. Su significado es; eu= normal y tanatos=muerte. Nada más ni nada menos que muerte normal. Enorme contradicción del nazismo que impulsara con sus acciones, esta desvirtuación del verdadero significado de la palabra, mientras que por otra parte penalizaban el aborto, para que aumente la “raza aria”. La vida y la anti vida en un mismo Estado totalitario, demostrando su incoherencia. Al mismo tiempo, tampoco se pueden negar los riesgos de su autorización lisa y llana, ya que se podría prestar, en una sociedad no crecida desde el punto de vista de las posibilidades humanas aún no alcanzadas, en un medio que pueda promover la eliminación de personas por diferentes motivos. Algo se ha promovido al respecto para ayudar al enfermo a morir con dignidad, lo cual es reconocido en Bélgica, Holanda y el Estado de Oregon, en USA.

4°) Otros temas que se relacionan con las decisiones de los médicos frente a los enfermos, tales como la autonomía en las decisiones y las circunstancias posibles de la existencia de variables, que rodean a cada caso en particular, deben ser tomadas en cuenta y serán explicadas por otros integrantes del Comité de Ética. Así también como la obligatoriedad de lograr un consentimiento informado del enfermo y/o de la familia, para

PACIENTES TERMINALES

que él o los mismos, sean claramente conocedores de todos los procedimientos a realizar, sus resultados o complicaciones posibles, beneficios de los mismos, para lograr un tránsito de la manera más aceptable y digna de esta etapa de la enfermedad.

Relaciones y comunicaciones humanas con la familia⁷

No cabe la menor duda que todo el tiempo que los integrantes del equipo de salud dediquemos a las comunicaciones verdaderamente humanas con el paciente y/o los familiares, redundará, casi seguramente, en una armonía que evitará en la mayoría de los casos, estados de conflictividad que requieren a menudo, la participación de los grupos de apoyo para la toma de decisiones, o la resolución de problemas planteados por una situación de gravedad. No se nos escapa a quienes hemos vivido años atrás una etapa donde el tiempo nos pertenecía de una manera más verdadera que en las épocas actuales, que podíamos establecer una relación afectiva con el mismo enfermo y/o sus familiares, los conflictos eran de una frecuencia infinitamente menor que los planteados actualmente. En absoluto esto implica pretender volver al paternalismo que ponía a los profesionales de la salud, muy por encima del enfermo y su familia. Creemos que en este sentido los médicos más jóvenes deben sacar una experiencia que les resulte de utilidad. Mencionábamos anteriormente la coexistencia de nuestra profesión, con otras disciplinas que pueden concurrir en nuestro apoyo bajo circunstancias especiales, donde no son simples las determinaciones a tomar.

Una pregunta frecuentemente planteada, es quien decide

⁷ "Sobre las Relaciones" de Jiddu Krishnamurti", Editorial Edaf 1994; niega este gran pensador y filósofo de la Humanidad, como posibilidad de crecimiento, el apego a las cosas materiales, al igual que Buda y que obra en favor de transformar a las Relaciones humanas en solo utilitarias, como ocurre en la sociedad actual, donde se hacen cada vez más necesarios los estímulos para despertar la solidaridad humana. El otro o los otros son bienes de uso.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

que es lo bueno y que es lo malo. Ha sido este tema motivo de discusión y de discrepancias de todos los tiempos por Filósofos, Dogmas Confesionales, Religiosos, Juristas y hasta de los Consejos de Ancianos de los habitantes primitivos o los Arcanos de la Grecia Antigua.

Podríamos hacer un intento de simplificación para servir de apoyo a los profesionales de la Salud, diciendo que todo aquello que sirve a la vida y su crecimiento en todos los aspectos psico-biológicos y espirituales, o a la forma de terminarla cuando no existen posibilidades de sobrevivir de una manera digna, más aun mediando el deseo explícito del enfermo, que conscientemente no desea enfrentar ese trance y quiere evitar todo sufrimiento, debemos aceptar ese acto de libertad en la elección de la forma en que quiere atravesar esa etapa. Tampoco se deberá oponer el médico al enfermo que por sus propias convicciones, desee ser un participante activo de esa etapa. Es su voluntad a respetar y los profesionales de la Salud solo deberán hacer todo lo posible para que esa etapa sea lo menos traumática posible.

Factores ajenos antiéticos para no desconocer

Todos los Médicos hemos sido testigos de situaciones donde factores ajenos a la profesión humanista, intercedían para la terminación o bien para la prolongación de una vida en situación de una enfermedad terminal. Se mezclaban en las conductas a seguir, factores que nada tienen que ver con nuestro ejercicio profesional y que se relacionan más con los aspectos económicos institucionales. No debemos claudicar en nuestros conceptos sobre la profesión que hemos elegido, bajo estas circunstancias, que enturbian nuestro quehacer profesional.

Cuantas veces se ha visto no luchar por una vida potencialmente recuperable, por el aspecto económico que acompañaba tal situación en sectores diferentes a esta institución

PACIENTES TERMINALES

pública. También cuantas veces se han visto prolongar agonías que no lograrían la recuperación del enfermo por los mismos motivos económicos. Ninguno de los integrantes de los equipos de salud, carece de la responsabilidad que se debe asumir, para evitar en lo posible, que este tránsito, que sin ser agradable, se transforme en una tortura llena de sufrimiento, con la aparición de actos que no son pertenecientes a nuestra profesión.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA¹

Not. Roberto A. Lucero Eserverri²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DENOMINACIÓN. III. EL CRÉDITO VITALICIO: a) Partes contratantes. b) El tercero beneficiario. c) Posibilidades de su configuración. d) Exigibilidad. IV. LA GARANTÍA HIPOTECARIA: a) Caracteres de la hipoteca. b) El inmueble hipotecado. c) Vencimiento anticipado. d) El seguro contra daños del inmueble hipotecado. e) Hipoteca en garantía de deuda ajena. f) El usufructo del inmueble hipotecado. g) Legado de inmueble hipotecado. h) Elementos formales. V. MATRIMONIO Y CRÉDITO VITALICIO. VI. DISPOSICIONES ANTICIPADAS Y CRÉDITO VITALICIO. VII. FINALIDAD SOCIAL DEL CRÉDITO VITALICIO. VIII. CONCLUSIONES.

Resumen

El crédito vitalicio con garantía hipotecaria, comúnmente denominado “hipoteca inversa”, es una interesante fórmula financiera y legal, que permite a las personas mayores o dependientes, mantener sus necesidades básicas.

Esta modalidad hipotecaria garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago

1 Trabajo presentado ante el Consejo General del Notariado Español

2 Abogado. Notario Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe. Miembro Fundador del Instituto de Derecho e Integración. Becado por el Consejo General del Notariado Español Año 2009.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

único o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en el que, a diferencia de los créditos tradicionales con garantía hipotecaria, el plazo de reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido ya que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor, sino por sus herederos al fallecimiento de aquél o del último beneficiario, conforme se haya pactado.

El Crédito Vitalicio es una herramienta jurídica eficaz para dar solución adecuada a nuevas inquietudes y necesidades de este colectivo social. Para su correcto funcionamiento será necesario un cambio de conciencia social y un Estado socialmente responsable que adopte políticas públicas tendientes a mejorar la calidad de vida y garantizar los derechos de aquellas personas que por diferentes circunstancias se encuentren frente a situaciones de vulnerabilidad.

Palabras clave

Crédito vitalicio, garantía hipotecaria, hipoteca inversa, ancianidad, grupos vulnerables.

Abstract

The reserve mortgage is a valuable legal and financial option that can give senior and dependant people greater financial security to meet their basic needs.

This kind of mortgage guarantees a loan which can be withdrawn either as a lump sum, a fixed monthly amount or a line of credit. Unlike ordinary home equity loans, reverse mortgages do not require reimbursement and final execution until the death of the borrower or his/her last beneficiary. The corresponding capital and interest rates owed will be paid by the heirs in accordance with what had been previously agreed.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

The reserve mortgage is an efficient legal tool sensitive to the needs and concerns of senior and dependant people. However to fully accomplish its purpose, the reverse mortgage should be accompanied by a change in social conscience and a State willing to take public policies to improve the quality of life and to guarantee the rights of people who, due to varied reasons, find themselves in a vulnerable position.

Key words

Mortgage security, reverse mortgage, seniority, vulnerable groups.

“Al examinar los pilares éticos notariales contemplamos la bondad y belleza de la profesión a la que hemos accedido, que vale la pena ejercerla en profundidad, que puede dar sentido a gran parte de nuestra vida y a nuestra contribución al desarrollo de la sociedad y de nuestro prójimo”

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

I. INTRODUCCIÓN

Como intérpretes de la voluntad de nuestros requirentes, los notarios, encontramos en la sociedad un nuevo planteo: cómo mantener un nivel de vida adecuado cuando se afronta la etapa de la vejez.³ Una necesidad que requiere la respuesta desde el Derecho.

³ Cabe tener presente el envejecimiento poblacional. En Argentina, según cifras de los Censos Nacionales de Población, en 1869, las personas de 65 años y más representaban el 2,2 % de la población total y la esperanza de vida al nacer era 32,9 años. En 1960, la población de 65 años y más constituía el 5,6% y la expectativa de vida al nacer llegaba a los 66,4 años. En 2001, el porcentaje de los mayores alcanzó el 9,9%, y el promedio de años que se puede esperar vivir es de 73,8. Hacia 2010-2016, la proporción de ancianos se proyecta entre el 10,4% y el 10,9%. Vid. PASSANANTE, María Inés, Ancianidad y Familia en Argentina del Bicentenario en www.uca.edu.ar/.../ANCIANIDAD_Y_FAMILIA_EN_LA_ARGENTINA_DEL_BICENTENARIO_Mar-a_Ines_PAssanante_.doc, consultado el 20 de junio de 2009

DOCTRINA - REVISTA del IDel

Observamos que muchas personas de más de sesenta y cinco años, a pesar de ser propietarios de una vivienda, no alcanzan el nivel económico deseado o incluso necesario para una subsistencia digna. Los jubilados o pensionados, por regla general, se encuentran frente a una disminución de sus ingresos netos, al tiempo que, y aún con independencia de los avatares económicos, su costo de vida personal, normalmente se incrementa en virtud de necesidades médicas y asistenciales.

Asimismo, ante esta realidad económica y social, encontramos que muchas de esas personas no cuentan con apoyo familiar para lograr cubrir tales necesidades, bien sea porque sus familiares no quieren o no pueden ayudarlos. Esta situación suele evidenciarse aún más por la presión psicológica que suele implicar para las personas mayores de sesenta años el contar con independencia económica.

La denominada “hipoteca inversa”, es una de las respuestas que el Derecho brinda, consistente en una fórmula financiera y legal que permite a ese sector de la población mantener sus necesidades cubiertas de la mejor manera posible, ofreciendo a quien es propietario de un inmueble una alternativa diferente a las ya conocidas de vender el inmueble con reserva de usufructo, renta vitalicia, etcétera.⁴

II. DENOMINACIÓN

La denominación “hipoteca inversa”, resulta de la traducción de la figura sajona “*reserve mortgage*”, que tiene su origen en Gran Bretaña en el año 1965.

⁴ y el promedio de años que se puede esperar vivir es de 73,8. Hacia 2010-2016, la proporción de ancianos se proyecta entre el 10,4% y el 10,9%. Vid. PASSANANTE, María Inés, Ancianidad y Familia en Argentina del Bicentenario en www.uca.edu.ar/.../ANCIANIDAD_Y_FAMILIA_EN_LA_ARGENTINA_DEL_BICENTENARIO_-_Mar-a_Ines_PAssanante_.doc, consultado el 20 de junio de 2009

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Esta modalidad hipotecaria garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago único o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en el que, a diferencia de los créditos tradicionales con garantía hipotecaria, el plazo de reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido ya que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor, sino por sus herederos al fallecimiento de aquél o del último beneficiario, conforme se haya pactado.

Ahora bien, ¿qué es lo realmente inverso, la hipoteca o el derecho de crédito? Concretamente estamos frente a una línea de crédito inversa a la habitual, ya que el tomador del crédito recibirá en préstamo una cantidad de dinero (capital), en un desembolso único o en cuotas partes periódicas; este capital más los intereses pactados no será pagado por el tomador del crédito sino por quien resulte obligado a su fallecimiento, y garantizada ésta circunstancia con una hipoteca sobre el inmueble de titularidad del tomador.

En virtud de lo expuesto consideramos que lo “inverso” de esta figura es la forma de desembolso de las sumas de dinero comprometidas por el acreedor prestamista, situación a la que se le anexa, como eje central de la figura, un diferimiento del plazo de exigibilidad de la deuda al momento incierto de la muerte del tomador o del último de los beneficiarios.

Desde nuestra óptica, estamos frente a dos negocios jurídicos conexos entre sí pero con particularidades específicas: el principal, un contrato de préstamo (mutuo) con una modalidad de pago diferido en el cual se pacta un plazo incierto de comienzo del reintegro del capital e intereses pactados, denominado “crédito vitalicio” y el accesorio, un contrato que hace nacer el derecho real de hipoteca como garantía del

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

cumplimiento de las obligaciones que nacen del principal. En virtud de lo expuesto consideramos correcta la denominación “crédito vitalicio con garantía hipotecaria”.

Sin embargo, en el Derecho español el contrato de préstamo hipotecario es considerado un negocio jurídico complejo. Así explica ROCA SASTRE: “En nuestro sistema la hipoteca es un derecho accesorio del crédito asegurado; aquella nace y muere con éste. Rige el criterio romano de la accesoriedad de la hipoteca en relación con el crédito garantido, de modo que aquella subsiste mientras subsiste éste (y no viceversa), lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica. La Hipoteca no es un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio de un crédito; por ello no es concebible que la hipoteca pueda corresponder a persona distinta a la del titular del crédito garantido y, por tanto, que pueda transferirse independientemente del crédito. Está íntimamente ligada y subordinada, en su existencia, extensión y extinción con el crédito. Por tanto, la hipoteca es un derecho conectado al crédito y que sigue su suerte”.⁵

Partiendo de la consideración precedente, el legislador español, al regular la hipoteca inversa, ha valorado al presente contrato como un negocio jurídico único, atiende a un solo resultado buscado por las partes, cual es colocar la vivienda de las personas mayores en el mercado con el fin de obtener liquidez con ella. De este modo parecería apoyarse en la doctrina de Don Federico DE CASTRO Y BRAVO⁶ que define la función de la causa en Derecho español como “la valoración de cada

5 Vid. ROCA SASTRE, Ramón María, Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y Joan BERNÁ I XIRGO, Derecho Hipotecario, tomo VIII, 9ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 2009, p. 97.

6 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, El negocio jurídico, Tratado práctico y crítico de Derecho Civil, Vol. X, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, p.191.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

negocio, atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales”. Desde un punto de vista subjetivo, sigue diciendo el indicado autor, la causa será: “lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico”.

La hipoteca inversa, entendida como préstamo hipotecario inverso, indivisible por la caracterización propia de la figura, es llamada así, ya que comúnmente se recurre a un préstamo hipotecario a los efectos de comprar una vivienda a plazos, en cambio, en la hipoteca inversa se va recibiendo a plazos el dinero que se obtendría por la venta de la vivienda. Esta denominación es la adoptada por la legislación española en Ley No. 41/2007 de fecha 7 de diciembre⁷.

III. EL CRÉDITO VITALICIO

Las partes, conforme el principio de convencionalidad, podrán reglar sus derechos y obligaciones a su medida, siempre que dichas convenciones se encuadren dentro de los límites legales permitidos. Sin perjuicio de lo expuesto, el contrato de crédito vitalicio consiste básicamente en la obtención de un préstamo, cuyo importe será entregado al deudor en una suma única o como una renta mensual de carácter temporal o vitalicio, pero, el reembolso de capital más intereses no se hará efectivo por el tomador del préstamo, sino por sus herederos, una vez acaecido el fallecimiento de éste o, en su caso, el del último beneficiario designado.

Partes contratantes

En cuanto al tomador del crédito, deberá ser éste una

⁷ No obstante algunas entidades financieras han utilizado denominaciones tales como "vivienda pensión", "pensión hipotecaria", "complemento hipotecario", lo que a nuestro juicio puede inducir a confusión, al utilizar para la misma figura distintos nombres.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

persona física, y en virtud que la deuda recién será exigible acaecida la muerte de ésta (o del último beneficiario, como se explicará posteriormente), es de trascendental importancia la consideración de su edad ya que cuanto menor sea su expectativa de vida mayor será la renta. Hay legislaciones que han establecido una edad mínima para la solicitud de este tipo de créditos. Así, por ejemplo, la legislación española establece una edad mínima de 65 años⁸ y en los Estados Unidos de 62 años⁹. Otras legislaciones, como la francesa, en su “*Prêt viager hypothécaire*”¹⁰, no limitan la edad para la solicitud de dichos créditos.

Es posible considerar la existencia de tomadores múltiples¹¹. En este caso todos los tomadores deberán reunir los requisitos necesarios para el otorgamiento del crédito, a diferencia de los beneficiarios, formarán parte del contrato de crédito vitalicio y por consiguiente, serán deudores solidarios frente a la obligación.

Estamos frente a una obligación solidaria ya que en este contrato la concurrencia de los sujetos pasivos “es un elemento intrínseco que hace a la estructura unitaria de la obligación y proyecta una asociación de intereses entre las personas afectadas: de ahí surge un principio de concentración de efectos que desplaza al principio de división propio de las obligaciones de sujeto plural”¹².

8 Según lo dispuesto por la Disposición Adicional 1ª, inc. a) de la Ley No. 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley No. 2/1981, de 25 de marzo.

9 Conforme la regulación legislativa de la denominada Home Equity Conversion Mortgage de fecha 22 de Diciembre de 1987.

10 A tenor de lo regulado en la Ordenanza No. 2006-346 de 23 de marzo de 2006 en desarrollo de la Ley 2005-842 de 26 de julio de 2005, modificando así el Code de la Consommation.

11 V.gr. un matrimonio en el cual ambos cónyuges solicitan el otorgamiento del crédito vitalicio a su favor. Vid. infra V.

12 Vid. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT, Manual de Derecho Civil, obligaciones, Editorial Perrot, 11ª ed., Buenos Aires, 1997, pp. 303-304.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

En virtud que la deuda será, en principio, exigible acaecido el fallecimiento de todos los tomadores y beneficiarios, los herederos de cada uno de los tomadores responderán con los bienes de la masa hereditaria, conforme se tratará posteriormente¹³.

En cuanto al acreedor, parece aconsejable, que sea una persona jurídica con acreditada solvencia económica a efectos de poder garantizar al tomador del crédito y sus eventuales beneficiarios la obtención total del capital prestado en el supuesto de prestaciones periódicas. Esto también será imprescindible para poder diferir por un plazo incierto el recupero del capital e intereses.

La mencionada Ley española No. 41/2007, en su disposición adicional primera, inciso 2 establece que “*Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España*”. En Francia¹⁴ deberá ser un establecimiento de crédito o un establecimiento financiero. Estados Unidos, va aún más lejos, ya que la hipoteca inversa, denominada *Home Equity Conversion Mortgage* (HECM), se ve garantizada por la Administración Pública a través de la Administración Federal de la Vivienda (*Federal Housing Administration*), estableciéndose un seguro contra el riesgo de patrimonio negativo; organismo que asimismo garantiza que las entidades cumplan con sus obligaciones.

Sin embargo, se ha observado en España¹⁵ y en general en Europa Continental¹⁶, un número muy limitado de operaciones.

¹³ Vid. infra III.d.

¹⁴ Según lo dispuesto en el artículo L. 314-1 del mencionado cuerpo legal.

¹⁵ Cfr. www.elmundo.es/elmundo/2008/09/22/suvienda/1222081607.html, consultado el 24 de junio de 2009.

¹⁶ Vid. TAFFIN, Claude, La hipoteca inversa o vitalicia en www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/04/25/34.pdf?version=1, consultado el 2 de abril de 2009.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

Desde nuestro punto de vista, como consecuencia de una falta de interés de las entidades financieras en estos créditos.

Coincidimos con Jorge CAMPOS MORAL¹⁷, quien manifiesta: “Lo que hace falta es que la banca no estropee un buen producto estableciendo una mala o desacertada acción comercial. La hipoteca inversa solo se debe vender asesorando al cliente como una renta complementaria a las pensiones públicas, las privadas y los planes particulares de cara a la jubilación para todas aquellas personas con vivienda en propiedad; cualquier otra forma de venta o de enfocar la acción comercial del producto sería un enorme error, contribuiría a desvirtuar el producto, a su rotundo fracaso e impediría un merecido y seguro éxito de este producto en nuestro sistema financiero.”

Creemos que como personas concedentes del crédito, no debe limitarse a las entidades de crédito y entidades aseguradoras. Es frecuente, que las cajas profesionales¹⁸ otorguen créditos a sus colegiados, con tipos de interés más bajos a los de mercado, persiguiendo de tal modo un fin asistencial para los mismos.

El crédito vitalicio, como herramienta al servicio de la comunidad, podrá también utilizarse dentro de las cajas profesionales para mejorar los ingresos de sus colegiados pasivos.

El tercero beneficiario

La mencionada legislación española, en su disposición adicional primera, inc. a), introduce la figura del beneficiario, estableciendo: “*que el solicitante y los beneficiarios que éste*

¹⁷ Vid. CAMPOS MORAL, Jorge, La hipoteca Inversa en el mercado español, Una opción seria e inmune a la crisis hipotecaria, en www.anaf.es/revista/031/1inf031.html, consultado el 24 de junio de 2009.

¹⁸ V. gr. La Caja Notarial de Acción Social del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

pueda designar sean personas de edad igual o superior a sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia.”

La posibilidad de designar a uno o más beneficiarios, que recibirán las utilidades del capital prestado, es una verdadera innovación introducida por la Ley española.

Según el mencionado cuerpo legal, para que exista la posibilidad de incluir al beneficiario se deberán reunir, al momento de celebración del contrato de crédito, dos requisitos: 1. Tener una edad igual o superior a los 65 años o estar afectado de dependencia severa o gran dependencia. 2. Haber sido designado por el solicitante-deudor¹⁹.

El legislador español, con gran acierto, ha incorporado un nuevo mecanismo de protección para personas en estado de vulnerabilidad: podrán ser beneficiarios las personas afectadas de “*dependencia severa o gran dependencia*”. A tenor de lo dispuesto en el artículo No. 26 de la Ley No. 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, existirá Dependencia Severa, “*cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo intenso para su autonomía personal*” y Gran Dependencia “*cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal*”.

¹⁹ Vid. JIMÉNEZ CLAR, Antonio J, "La hipoteca inversa como instrumento de protección social" en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, año XXVIII, No. 113, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 112.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

La designación de beneficiario dentro del contrato de crédito vitalicio es, sin duda alguna, una estipulación a favor de tercero, ya que se trata de una persona distinta de los contratantes, pero que obtiene un beneficio estipulado.

El tercero beneficiario, a quien irá la prestación prometida, no es parte en la celebración del contrato²⁰. Su designación estará dada por el tomador del crédito-estipulante y aceptada por el acreedor-promitente. La designación podrá ser coetánea a la celebración del contrato o posterior a éste. En este último supuesto entendemos existirá una modificación contractual que deberá contar con el consentimiento de ambas partes contratantes. Asimismo la incorporación posterior de la figura del beneficiario modificará sustancialmente las prestaciones establecidas en el contrato original al verse modificadas las prestaciones periódicas en virtud de nuevos costos operativos y esperanza de vida del beneficiario que incidirá directamente en el plazo de devolución del crédito, ya que si bien el beneficiario no es parte contratante del préstamo hipotecario, su fallecimiento, si fuere posterior a la del deudor hipotecario, será el que determine el plazo para hacer exigible la deuda²¹.

En cuanto a la determinación de beneficiario, entendemos que éste debe estar designado nominativamente en el contrato ya que se trata de una determinación *intuitu personæ* en relación con su edad o estado de dependencia.

20 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de febrero de 1989, "la estipulación en provecho de un tercero supone una relación contractual en la que el acreedor deriva la prestación del deudor hacia otra persona que no ha intervenido en el contrato" y sentencia del mismo Tribunal de fecha 8 de octubre de 1984 "la estipulación a favor de tercero requiere la atribución de un derecho a quien no ha sido parte en la celebración del negocio", cit. pos Pérez Galardo, Leonardo Bernardino, Del contrato a favor de tercero, Ediciones Dike - Foro de Cuyo - 1ª ed., Mendoza, 2001.

21 Vid. Disposición Adicional Primera, Inc. 1, ap. c) de la Ley española No. 41/2007.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

La causa de la estipulación en este tipo contractual responde a la intención liberal del estipulante a favor del tercero, lo que traería aparejado una “donación indirecta” o “liberalidad atípica”, esto es el enriquecimiento de una persona a costa de otra, por medio de un negocio distinto de aquél que tiene precisamente aquella como causa típica.²² En virtud de lo expuesto, consideramos cabría la posibilidad de existencia de tercero beneficiario, sin que necesariamente el estipulante reciba el beneficio.

Considerando entonces a la estipulación a favor del tercero beneficiario, como una liberalidad que tiene aparejada un detrimento en el patrimonio relicto del estipulante (deudor-solicitante del crédito vitalicio), habrá que analizar la vinculación existente entre éstos, ya que al fallecer el deudor-solicitante, podrían plantearse problemas en materia de legítima. En tal caso, las cantidades percibidas por los beneficiarios, más sus intereses y costos contractuales, habrán de colacionarse o traerse a la masa de la herencia para imputarlas a la parte de libre disposición o de legítima que corresponda.

Al no ser el tercero parte contratante del préstamo hipotecario, un sector de la doctrina²³ entiende que se precisará de su aceptación, o la de sus representantes legales, para poder, de este modo, gozar de los derechos estipulados a su favor. Por el contrario, entendemos que el derecho es atribuido directamente al tercero, por cuanto, a partir de la celebración del contrato, será titular de los derechos estipulados a su favor²⁴. La

22 Vid. LÓPEZ RICHART, Julián, Los contratos a favor de tercero, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2001, pp. 250 - 252.

23 Vid. ESPIN CANOVAS, VALVERDE y VALVERDE, CASTAN TOBEÑAS, ALBADALEJO, cit. pos PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, op. cit. p. 106.

24 Vid. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, pp. 335-364.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

aceptación, sea ésta expresa o tácita, tendrá por efecto la exclusión de la potestad revocatoria de las partes contratantes, permitiéndole al beneficiario el ejercicio de la acción conducente a reclamar a su favor el cumplimiento de la prestación por el promitente²⁵.

El artículo 504 del Código Civil argentino dispone: “*Si en la obligación se hubiese estipulado alguna ventaja a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada*”. Similar norma dispone el artículo 1.257 *in fine* del Código Civil español: “*Si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes que haya sido aquella revocada*”.

Si bien los mencionados textos legales no expresan a quién corresponde la facultad de revocación, la doctrina es conteste en considerar que corresponde al estipulante. Dicho derecho tiene carácter personal y no puede ser ejercido por los acreedores del estipulante, ni por sus representantes legales, ni por sus herederos,²⁶ sin embargo hay que tener presente que la aceptación deberá recaer en un lapso de tiempo prudencial, de acuerdo con el tipo contractual y puede entenderse hecha tácitamente. De este modo, pasado dicho lapso de tiempo, los herederos como continuadores de la persona del causante, podrán ejercer el derecho de revocación.

También podrá el estipulante prever la revocación automática de la estipulación, supeditada al advenimiento de una condición²⁷. Dicha revocación se producirá independientemente

25 Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, op. cit., p.112.

26 Vid. LÓPEZ RICHART, Julián, op. cit. pp. 335-337 y BORDA, Guillermo Alejandro, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 196.

27 V.gr. La traba de medidas cautelares sobre la persona o los bienes del beneficiario.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

de una nueva declaración de voluntad del estipulante.

El estipulante, como único titular de los derechos concedidos en la estipulación, no sólo podrá revocarla antes de su aceptación, sino que también tendrá la facultad personal de sustituir al beneficiario o modificar el beneficio estipulado²⁸.

La posición de persona ajena al contrato de préstamo, libera al beneficiario y consecuentemente a sus herederos de la calidad de deudores. Como bien dijéramos, la estipulación supone una liberalidad por parte del tomador-estipulante, consecuentemente será éste y a su fallecimiento sus herederos, los deudores de las prestaciones dinerarias recibidas por el tercero beneficiario, así como sus intereses y costos.

Cabe analizar la posibilidad de que un contrato a favor de tercero lleve aparejadas obligaciones correlativas a cargo del beneficiario. En tal sentido existe doctrina²⁹ y jurisprudencia³⁰ que entienden que no existe ningún obstáculo para que el contrato contenga, además de la estipulación a favor de tercero, una convención accesoria dirigida a imponer determinadas obligaciones a cargo del beneficiario de tal manera que la obligación no nace en realidad de la estipulación, sino de ese otro pacto accesorio y una vez que es aceptado por el beneficiario.³¹

Aceptando tal consideración, podría imponerse a la designación de beneficiario una carga determinada, la cual no

28 Apud. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos, parte general, tomo I, Editorial Zavallía, 4ª ed., Buenos Aires, 1997, pp. 588-592 y LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT, op. cit., p. 210.

29 Vid. DEMOGUE, René, Traité des obligations en général, sources des obligations, tome II, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923, pp. 233-237.

30 Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 23 de octubre de 1995, Jurisprudencia Civil 1995, No. 903.

31 Vid. LÓPEZ RICHART, Julián, op. cit. pp. 325-332.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

deberá necesariamente tener un contenido patrimonial, *v. gr.* la carga de enseñar sus conocimientos jurídicos, la carga de convivir con determinada persona, etcétera.

Posibilidades de su configuración

El hecho de que el crédito sea vitalicio implica que su devolución se dará una vez acaecida la muerte del tomador o del último beneficiario, conforme se tratará más adelante.

El crédito podrá obtenerse a través de una prestación única o de prestaciones periódicas, pudiendo ser estas últimas, temporales o vitalicias; o bien a través de líneas de crédito, en las cuales el tomador podrá efectuar disposiciones hasta una suma determinada. Asimismo se podrán combinar estos sistemas, por lo que nada impide la entrega de un capital inicial y luego prestaciones periódicas, ya sean estas temporales o vitalicias, o bien una renta mensual con posibilidad de extraer sumas adicionales a través de una línea de crédito. En todos los casos los intereses se generarán desde el momento en el cual se toma el dinero hasta el momento de su reintegro.

En los supuestos de prestaciones periódicas donde existen tomadores múltiples o beneficiarios, habrá de preverse la posibilidad de acrecimiento de éstas ante el fallecimiento de uno de ellos. Creemos que ante el silencio de las disposiciones contractuales, el acrecimiento de las prestaciones periódicas no operaría de pleno derecho, ya que la renta es considerada en función de las necesidades de cada uno de los tomadores o beneficiarios.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Exigibilidad

La deuda (capital + intereses³²) será exigible a partir del fallecimiento del tomador del crédito o bien cuando fallezca el último beneficiario designado, porque en este contrato existe un diferimiento del ejercicio del derecho del prestamista al cobro hasta el momento del fallecimiento del tomador o último beneficiario, momento en el cual la obligación se considerará de plazo vencido. La exigibilidad del derecho del prestamista se encuentra sometida a un plazo suspensivo incierto, ya que depende del hecho incierto de la muerte del deudor o el último de los beneficiarios.

Al fallecer el tomador del crédito, ocupará su lugar de deudor, un sujeto distinto al originario. En este caso no existirá novación subjetiva de la deuda ya que en los supuestos de sucesión *mortis causa* “el heredero recibirá, deudas incluidas, sin necesidad de novación de las relaciones obligacionales”³³, en el sentido que la transmisión de titularidad de la deuda operará conforme con las reglas sucesorias. Se trata de un negocio *trans mortem*, entendiendo por tal, el negocio *inter vivos* en el que la muerte no es la causa, sino el elemento estructural determinante de la producción de los efectos al estar sometida la exigibilidad de la deuda a un plazo suspensivo incierto.

32 En lo relativo a intereses, dentro de la legislación española, hay que tener presente el artículo 114 de la Ley Hipotecaria: "Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años", en relación con lo dispuesto por el Inc. 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 que establece: "Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria".

33 SALVADOR CODERCH, Pablo, cit. pos MORETÓN SANZ, María Fernanda, "Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español", en Anuario de Derecho Civil, tomo LXI, fascículo II, Madrid, España, Boletín Oficial del Estado, 2008, p. 645.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

En virtud de ser los herederos los nuevos obligados al pago, es importante determinar cómo tomará conocimiento el acreedor de tal circunstancia. Creemos que la mejor alternativa es la presentación periódica de un certificado de supervivencia del deudor o beneficiarios, entendiéndose que la falta de presentación del mismo importaría el vencimiento anticipado de la obligación ante la presunción “*juris tantum*” de fallecimiento del tomador o de los beneficiarios.

En cuanto a la exigibilidad de la deuda y como “la muerte llega sin avisar”, encontraremos repentinamente a los herederos frente a obligación de plazo vencido. Es por esto que muchas entidades financieras suelen conceder a los herederos un plazo³⁴ para el pago de la deuda o bien otorgan a éstos un nuevo crédito (ya no vitalicio) para refinanciar la misma.

El plazo concedido tampoco configura novación de la deuda, por las causales explicitadas previamente. No habría concretamente una concesión de plazo pactada con los herederos, sino que el aplazamiento de la deuda se concederá, no hasta la muerte del tomador o último beneficiario, sino hasta transcurrido un plazo determinado de tal deceso.

En cuanto a la responsabilidad de los herederos frente a la deuda, la legislación argentina, en el artículo 3.363 del Código Civil dispone: “*toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga*”, por cuanto la responsabilidad de los herederos siempre se limitará a los bienes de la herencia. Contrariamente, para el Derecho español, la regla general del artículo 1.084 del Código Civil establece que “*hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas*”

³⁴ En la tramitación parlamentaria que derivó en la Ley española No. 41/2007 se había propuesto fijar un plazo de dos años, pero finalmente esa propuesta no se incluyó en el texto definitivo.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

por entero de cualquiera de los herederos que no hubieran aceptado la herencia a beneficio de inventario...³⁵ En tal sentido, la Ley No. 41/07 constituye una especialidad, estableciendo que *“el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia”³⁶*.

En virtud de lo expuesto, la responsabilidad del heredero se reduce a los bienes relictos y sólo a ellos³⁷.

La aceptación beneficiaria pone a cargo de los herederos o de terceras personas³⁸ la administración de la herencia. Al administrador le corresponden las funciones de conservación, administración, representación y pago de deudas y legados³⁹. Una vez pagadas las deudas y legados finalizará la administración, correspondiéndoles a los herederos beneficiarios los bienes restantes.

A los efectos de otorgar al acreedor, privilegio de cobro frente a la deuda generada, el crédito vitalicio, deberá estar garantizado con derecho real de hipoteca.

IV. LA GARANTÍA HIPOTECARIA

Caracteres de la hipoteca

Partiendo del concepto, que considera que, “la Hipoteca es un derecho real mediante el cual, el titular del dominio de un

35 Cfr. Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar en el ordenamiento jurídico español, artículos 1010 a 1034 del Código Civil.

36 Vid. Inc. 6 de la disposición adicional primera de la Ley No. 41/2007.

37 Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones, 3ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 88.

38 En el Derecho argentino solo excepcionalmente los herederos beneficiarios pueden liberarse de su obligación de liquidar deudas y cargas de la herencia, abandonando esa gestión en manos de los propios acreedores y legatarios. (artículo 3.379 del Código Civil).

39 Cfr. Artículo 1026 y siguientes del Código Civil español, artículos 795 y 796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España y artículo 3.382 y siguientes del Código Civil Argentino.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

inmueble determinado (especialidad objetiva) que queda bajo su poder, lo afecta a favor de otra persona (convencionalidad) por una suma de dinero determinada (especialidad subjetiva) en garantía del cumplimiento de una obligación actual o eventual en sus efectos emergentes de un contrato u otro hecho o acto jurídico preexistente a su constitución (accesoriedad)⁴⁰”, podemos observar los siguientes caracteres:

a) Es un *derecho real* cuya función es de garantía ya que desde el mismo momento de resultar ella constituida, queda el bien inmueble hipotecado, cualquiera que sea su titular actual o futuro, sujeto al poder de exigir, eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a la salvaguardia de este valor, (“*ius persequendi*”)⁴¹.

b) *Accesoriedad* a un contrato u otro acto o hecho jurídico preexistente a la constitución, del que nacen o pueden nacer⁴², un derecho de crédito y una obligación de pagar una deuda.

c) *Especialidad* en cuanto a sus elementos como todo acto jurídico o derecho subjetivo, no sólo respecto de los sujetos y la causa sino también en cuanto a su objeto, la determinación de las facultades que el acreedor tendrá respecto de la titularidad del dominio pleno o menos pleno según el caso, de un inmueble determinado, y el monto tope de la responsabilidad hipotecaria.

d) *Convencionalidad*: para este tipo hipotecario como elemento esencial de toda hipoteca, es exigida dentro del

40 Vid. GIL, Jorge Alberto, "La Hipoteca del acreedor o abierta: un choque de culturas" en Gaceta del Notariado, año 57, No. 116, publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Rosario, 2009, p. 102.

41 Vid. ROCA SASTRE, Ramón María, Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y Joan BERNÁ I XIRGO, op. cit., p. 31.

42 Según el artículo 1857 del Código Civil español: "Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal" y de acuerdo con lo establecido por el artículo 3131 inc. 2 del Código Civil argentino: "El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: [...] La fecha y la naturaleza del contrato a que accede".

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

ordenamiento jurídico argentino en virtud de lo dispuesto en el art. 3115 del Código Civil argentino con el fin de desterrar, como dice su nota, las hipotecas tácitas o legales de la antigüedad que eran “*verdaderas hipotecas generales que permanecían ocultas, trabando el tráfico de los bienes y el crédito ya que nadie podría estar seguro de su privilegio que podía aparecer vencido por una hipoteca clandestina y de objeto indeterminado dado que afectaba todos los bienes del obligado*”.⁴³ En consecuencia conforme el Código Civil argentino, sólo la voluntad de las partes podrá hacer nacer el derecho real de hipoteca, aún cuando una de ellas deba ser representada por el Juez en virtud del imperio que la ley le confiere de representar a una persona a efectos de hacerle cumplir con lo que se comprometió. No parece suceder lo mismo dentro del ordenamiento jurídico español,⁴⁴ el cual prevé la posibilidad de existencia de hipotecas legales.

El inmueble hipotecado

El inmueble cuyo dominio se hipoteca será la garantía del crédito vitalicio, por cuanto su valor incidirá directamente en el monto del préstamo. La determinación de la cuantía del crédito máximo a conceder estará dada por la proyección del capital a entregar, más los intereses, costos operativos, impuestos, primas de seguros y demás cantidades incluidas en la contratación.⁴⁵ Los parámetros a tener en cuenta a los efectos de determinar la cuantía del crédito a otorgar se basarán en la tasación del inmueble y la expectativa de vida del tomador del crédito y de los beneficiarios.

43 Vid. MARIANI DE VIDAL, Marina, Curso de Derechos reales. Tomo III, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 128.

44 Según el artículo 137 de la Ley Hipotecaria española, “las hipotecas son voluntarias o legales”. El artículo 138 de la misma Ley establece: “que son hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes o impuestas por los dueños de los bienes sobre que se establezcan”, y el artículo 158 dispone que “solo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter”.

45 Vid. MURO VILLALÓN, Jesús Víctor, La Hipoteca Inversa en Jornadas sobre la Ley 2/19821 de 25 de Marzo de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las Hipotecas Inversas y el Seguro de Dependencia, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, p. 158.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

Como la muerte es un acontecimiento futuro, *certus an incertus quando* en cuanto a que acontecerá, pero se desconoce el momento en el que ha de producirse, pueden darse supuestos de supervivencia en los cuales la cantidad total adeudada pueda ser superior al monto garantizado con hipoteca. Para prever tal supuesto, las instituciones prestamistas suelen establecer como requisito la contratación de un seguro de supervivencia que cubra tal contingencia. En Estados Unidos la Administración Federal de la Vivienda (*Federal Housing Administration*) asegura los préstamos HECM para proteger a los prestamistas de las pérdidas en el supuesto de que la cantidad final recibida por el prestatario exceda el valor neto de la vivienda⁴⁶.

La legislación española, en el inciso primero de la disposición adicional primera, establece como requisito para el otorgamiento de estas hipotecas, la condición de que el inmueble hipotecado sea la vivienda exclusiva o habitual del solicitante. Sin perjuicio de lo expuesto, podrían otorgarse créditos vitalicios sobre otros inmuebles con garantía hipotecaria, los cuales, lejos de ser nulos, sólo perderían los beneficios fiscales o garantías estatales que para ellos hayan impuesto las respectivas legislaciones. Al respecto, el autor español Ángel SERRANO DE NICOLÁS⁴⁷ expresa que “la hipoteca inversa de otros inmuebles, se trata de una *hipoteca inversa nominada pero no tipificada*, hay en esta segunda modalidad una hipoteca inversa sujeta –como lo estaba hasta la entrada en vigor de la reforma- a la mera autonomía de la voluntad es decir, la hipoteca inversa sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, contemplada en el n° 10 de la DA 1ª”⁴⁸.

46 Vid. LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen, "Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXV, No. 711, Madrid, enero-febrero 2009, p. 250.

47 Vid. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, "Régimen Jurídico de la hipoteca inversa" en Revista de Derecho Privado, Editorial Reus, Madrid, marzo-abril, 2008, p. 38.

48 Disposición adicional primera, inc. 10 de la Ley española 41/2007: "Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición".

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Vencimiento anticipado

Como en todo contrato hipotecario, le es inherente el deber de conservación del inmueble⁴⁹, como así también el pago de todo impuesto o carga que pese sobre él.

Cuando la situación de disminución de la garantía sea consecuencia de actos o acciones imputables al deudor, el acreedor podrá declarar vencida anticipadamente la obligación asegurada⁵⁰; sin perjuicio de ejercer las acciones legales necesarias para mantener el valor de la propiedad.

Mayor inconveniente se dará en los supuestos de casos fortuitos. Para evitar tales imprevistos, la legislación española impone como requisito constitutivo de la hipoteca inversa, el aseguramiento contra daños ocasionados al inmueble,⁵¹ tema que será tratado a continuación.

Otro supuesto de vencimiento anticipado del crédito se daría ante la transmisión voluntaria del inmueble hipotecado. La legislación española en su disposición adicional primera, inciso quinto establece que: *“En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”*.

Consideramos que este vencimiento anticipado del préstamo tiene su razón de ser en el espíritu propio de la figura. Sin perjuicio de lo expuesto, habrá que tener cuidado en las

49 Vid. artículo 1.129 del Código Civil español y artículo 3.157 y siguientes del Código Civil argentino.

50 Vid. JIMÉNEZ CLAR, Antonio J, op. cit., pp.125-127, Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, Tratado de los derechos de garantía, tomo I, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 918-919.

51 Vid. disposición adicional primera, inc. 1, ap. d.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

legislaciones en las cuales dicha situación no esté expresamente contemplada, ya que no operaría *per se* la caducidad del plazo concedido salvo que así lo estipulen expresamente las partes contratantes en el contrato originario, lo que no importaría una novación objetiva de la obligación principal.

El precitado inciso quinto de la disposición adicional primera de la Ley española No. 41/2007 tipifica la imposibilidad de dar por vencido el préstamo por el acreedor cuando “*se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente*”. Ahora bien, ¿Qué entendemos por garantía suficiente? Livianamente, podríamos interpretar que de la tasación de la nueva propiedad surja un valor igual o superior al tasado en la propiedad de origen. Sin embargo, la sustitución de la garantía implicaría una novación modificativa del contrato, por cuanto requeriría de la aceptación de ambas partes⁵². En virtud de lo expuesto, consideramos que el derecho que la ley concede al deudor podrá hacerse valer ante la justicia, en los supuestos en que el acreedor niegue tal sustitución sin causa justificada.

Finalmente habría que analizar la posibilidad de cancelar voluntariamente el crédito antes del fallecimiento del deudor o último beneficiario. El plazo se presume en beneficio tanto del acreedor como del deudor, salvo que por otras circunstancias resultare haberse puesto a favor de uno o del otro⁵³.

Consideramos, sin embargo, que el espíritu de este tipo contractual entiende que el plazo está concedido a favor del deudor. Sin perjuicio de lo expuesto sería conveniente contemplarlo dentro del clausulado contractual. En tal hipótesis, el deudor deberá el capital recibido hasta el momento de extinción, más los intereses y en su caso y si así se previno en el

52 Vid. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, op. cit., p. 51.

53 Según artículo 1.127 del Código Civil español y artículo 570 del Código Civil argentino.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

contrato, el costo compensatorio tarifado contractualmente por las partes en concepto de cancelación anticipada.

En estos casos, lógicamente, el obligado al pago será el deudor hipotecante y no sus herederos. En el supuesto de existencia de pluralidad de deudores, éstos responderán solidariamente conforme lo desarrollado previamente⁵⁴.

El seguro contra daños del inmueble hipotecado

El seguro contra daños pretende asegurar determinados intereses de las partes ante cierta clase de riesgos que conllevan un perjuicio para las mismas. Por una parte, la pérdida o deterioro de la propiedad, implica para el acreedor una disminución de su garantía y para el tomador del crédito, no solo la pérdida o deterioro de su propiedad sino también el agravante del vencimiento anticipado de la deuda.

En los seguros contra daños el asegurador se compromete a indemnizar el daño patrimonial causado al asegurado si se produce el riesgo objeto de cobertura. En este tipo de seguros, lo que se asegura no es el bien en sí mismo, sino el interés que tiene el asegurado en su conservación, como relación susceptible de valoración económica entre una persona y un bien.⁵⁵

Nos encontramos frente a la concurrencia de intereses del acreedor y el deudor. Esta coexistencia de intereses planteará cierta disyuntiva en cuanto a su cobertura.

En la práctica bancaria se suele contratar el seguro de daños en cabeza del titular del bien hipotecado, quedando a salvo los derechos del acreedor mediante su designación como destinatario de la indemnización.

⁵⁴ Vid. supra III.a.

⁵⁵ Vid. VARGAS VASSEROT, Carlos, El seguro de la finca hipotecada, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, pp.37-40.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

Ahora bien, ¿Cómo proteger el interés legítimo del propietario del inmueble? La inversión de la indemnización en la reconstrucción del bien siniestrado es la mejor solución para resguardo de los intereses de ambas partes contratantes, ya que de este modo se retrotrae a la misma situación existente antes del siniestro.

La legislación argentina dispone en el artículo 84 de la Ley Seguros⁵⁶ que, *“el acreedor notificará al asegurador la existencia de la prenda o hipoteca y el asegurador, salvo que se trate de reparaciones, no pagará la indemnización sin previa noticia al acreedor para que formule oposición dentro de siete días”*, y en el ámbito de los seguros de incendio, el artículo 89 de la misma Ley declara que *“Cuando se conviene la reconstrucción o reposición del bien dañado, el asegurador tiene derecho a exigir que la indemnización se destine realmente a ese objeto y a requerir garantías suficientes. En estas condiciones el acreedor hipotecario o prendario no puede oponerse al pago, salvo mora del deudor en el pago de su crédito”*. Asimismo en Italia el artículo 2.742⁵⁷, párrafo primero del Código Civil concede una preferencia a la inversión de la indemnización en la reparación de la pérdida o deterioro, pudiendo, la autoridad judicial, a instancia de los interesados, disponer de las cautelas necesarias para asegurar el empleo de la indemnización con dicho fin. En la legislación española, la aplicación de la indemnización a la reconstrucción del bien siniestrado debe estar expresamente contemplada en el clausulado contractual y en tal caso deberán adoptarse las garantías necesarias para que la

56 Vid. Ley No. 17.418 de fecha 30 de agosto de 1967.

57 Vid. artículo 2742, párrafo primero del Codice Civile: "Surrogazione dell'identità alla cosa.- Se le cosse soggette a privilegio, pegno o ipoteca sono perite o deteriorate, le Somme dovute dagli assicuratori per idennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati, pignoratizi o ipotecari, secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento. L'autorità giudiziaria può, si istanza degli interessati, disporre le oportune cautele per assicurare l'impiego delle Somme nel ripristino o nella riparazione della cosa."

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

indemnización se destine a tal fin ⁵⁸ .

Finalmente será de suma importancia la determinación del plazo en el cual se deberá llevar a cabo la reconstrucción y quién la llevará a cabo. Consideramos que la determinación del plazo de reconstrucción deberá darlo la empresa aseguradora, teniendo en cuenta la magnitud del daño a reparar; debiendo estar a cargo del propietario la gestión de las obras de reconstrucción y pagadas éstas por la empresa aseguradora, contra entrega de las respectivas facturas de obra.

Hipoteca en garantía de deuda ajena

El contrato de crédito vitalicio con garantía hipotecaria tiene por objetivo un fin social; concretamente, mantener un nivel de vida adecuado cuando se afronta la etapa de la vejez.

El aplazamiento acordado por este tipo contractual para el cumplimiento de la obligación de pago de la parte deudora, está dado en beneficio del solicitante, quien utiliza la garantía que el valor del inmueble de su propiedad importa, para obtener un crédito que le posibilite vivir más dignamente los últimos días de su vida. El solicitante “consumirá” el valor de su inmueble, según el tiempo que viva.

En principio, considerar que un tercero pueda garantizar un crédito ajeno con su inmueble parecería desvirtuar la figura. En tal sentido se expresa JIMENEZ CLAR ⁵⁹ : “La configuración económica de la hipoteca inversa descansa en la muy previsible utilización del valor del inmueble no solo como garantía sino también como instrumento para la recuperación del capital prestado. [...] la cuestión no radica tanto en la admisibilidad de

⁵⁸ Cfr. artículo 42 de la Ley de Contrato de Seguro de España.

⁵⁹ Vid. JIMENEZ CLAR, Antonio J., op. cit. p. 115.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

garantes personales, cuya intervención no plantea ninguna duda con arreglo a la normativa general, sino en los efectos que su intervención produce en la estructura económica de la hipoteca inversa, y más concretamente en la *ratio* seguridad-garantía.”

La Legislación española en su disposición adicional primera, inciso 1 de la Ley No. 41/2007, dispone: “*A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante...*”. Sin perjuicio de ello el inciso 10 de la citada disposición expresa: “*Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición.*” De la lectura del presente inciso se observa que pueden hipotecarse inmuebles que no sean vivienda habitual del solicitante, pero dicho crédito no gozará de los beneficios otorgados por la ley.

Sin perjuicio de lo expuesto habrá que analizar cada caso en concreto ya que podrían darse excepciones que permitan la hipoteca por parte de un tercero sin desvirtuar la figura, *v. gr.* condominio sobre el inmueble, en el cual uno de los condóminos reúna los requisitos establecidos para la solicitud del crédito vitalicio.

También podría ser de gran utilidad que un hijo, por ejemplo, hipoteque un inmueble de su propiedad para garantizar una prestación periódica a favor sus padres⁶⁰.

El usufructo del inmueble hipotecado

⁶⁰ En este caso en concreto hay que tener presente que si bien la garantía está dada solo por el inmueble del hipotecante, una vez fallecidos los tomadores la deuda formará parte del pasivo sucesorio.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Comúnmente en nuestra sociedad las personas mayores donan a sus hijos la nuda propiedad de sus inmuebles reservándose el usufructo de los mismos. En tal hipótesis nos encontraríamos con personas con edad suficiente para solicitar un crédito vitalicio, pero sin el dominio pleno de un inmueble que garantice dicho crédito.

La Ley Hipotecaria española, en su artículo 107, inciso 1º, establece que podrá hipotecarse *“el derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin”*.

De la lectura del precitado artículo podemos analizar, que si bien la constitución de hipoteca sobre usufructo está permitida, difícilmente una entidad crediticia otorgue un crédito cuya garantía tenga una vigencia incierta.

En este caso, como en el supuesto de condominio, deberían otorgar la hipoteca tanto el usufructuario como el nudo propietario. Ocurrido el fallecimiento del usufructuario tomador del crédito, el nudo propietario consolidaría el dominio pleno del inmueble, del mismo modo que se tornarían exigible la deuda por darse una de las causales de vencimiento de la obligación.

Si el tomador del crédito fuese el nudo propietario, nada impediría la constitución del gravamen, salvo que, como se explicó previamente, es poco probable que una entidad crediticia otorgue el crédito, sin el consentimiento, en este caso, del usufructuario.

Contrariamente a lo permitido por la normativa española,

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

el artículo 3120 del Código Civil Argentino prohíbe la hipoteca del usufructo estableciendo que “*Los derechos reales de usufructo, servidumbre de uso y habitación y los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse*”. El codificador explica tal prohibición en la nota del referido artículo donde expresa: “Los derechos de usufructo, uso y habitación no pueden enajenarse ni cederse porque son concedidos a determinadas personas, siempre de incierto valor pues esos derechos acaban con la persona”. Si bien lejos estamos de compartir dicho criterio,⁶¹ lamentablemente y hasta tanto y en cuanto no contemos con una reforma legislativa, estará vedado para los argentinos constituir hipoteca sobre usufructo ni siquiera con el consentimiento del nudo propietario.

Ahora bien, dentro del Derecho argentino está permitido hipotecar la nuda propiedad. Claro está, que hipotecando solo la nuda propiedad habrá menor tasación y consecuentemente, menor crédito. Al respecto el Notario Mario Antonio ZINNY encuentra una respuesta al problema planteando la hipoteca de la nuda propiedad, con renuncia del usufructo suspensivamente condicionada a la presentación de la demanda en el proceso de ejecución hipotecaria⁶².

Dentro del contrato de crédito vitalicio con garantía hipotecaria y cuando el solicitante sea el usufructuario, se podría plantear la renuncia del usufructo suspensivamente condicionada al acaecimiento de alguna de las causales de vencimiento anticipado, ya que no sería necesario en los supuestos de vencimiento natural del mismo, puesto que este operaría con la muerte del tomador, momento en el cual el nudo propietario consolidaría el dominio pleno sobre el inmueble.

61 Vid. GIL, Jorge Alberto, *Desmembraciones del Dominio*, 1º ed. Rosario, GraficArte, 2008, p. 195.

62 Vid. ZINNY, Mario Antonio, *Bonsenbiente*, Editorial Ad-Hoc, 1a ed., Rosario, 2006, p. 192.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Legado de inmueble hipotecado

El artículo 867 del Código Civil Español establece que *“cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para seguridad de una deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero. Si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero...”*

De la lectura del precitado artículo queda más que claro quiénes son los responsables de la deuda y qué consecuencias tiene aparejado la falta de pago por parte de éstos. Ahora bien, nada impediría que el testador imponga al legatario que recibe la cosa gravada el que asuma la condición de deudor de la obligación garantizada, es decir que venga también obligado al pago de la deuda y no sólo a soportar la ejecución de la garantía. Esa obligación de pago puede ser considerada como modo o carga modal del legado. El cumplimiento del modo es inseparable de la atribución patrimonial y consecuentemente, si el legatario no cumple esa carga modal, el heredero, como continuador de la personalidad del causante, podrá exigir su cumplimiento o exigir la revocación del legado por incumplimiento culposo de la carga⁶³.

Clara diferencia se observa en el Derecho argentino, conforme lo dispuesto por el artículo 3.755 del Código Civil, el cual establece: *“Si la cosa legada estaba empeñada o hipotecada antes o después del testamento [...] el heredero no está obligado a librarla de las cargas que la gravan”*. Del presente artículo se desprende que el pago de la deuda corresponde al legatario y no al heredero y así lo explica VÉLEZ

⁶³ Vid. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, Derecho de Sucesiones. Común y foral, Tomo II, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 1970.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

SARFIELD en la nota del precitado artículo: “Nosotros partimos del principio de que las liberalidades deben restringirse más bien que ampliarse. La hipoteca, la prenda, son una manera de enajenación (expresión que no compartimos con el codificador), y si el testador hubiese enajenado la cosa legada, el legado queda revocado. Por esta misma consideración el legatario debe recibir la cosa tal como se halle con los gravámenes que ella reconoce”.

Ahora bien, consideramos que si la deuda excede el valor de la cosa legada, ese excedente no pesa sobre el legatario sino sobre el heredero.

Elementos formales

Como toda hipoteca, la constituida en garantía de un crédito vitalicio, deberá otorgarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Las legislaciones que regulan la figura suelen imponer ciertos requisitos para el otorgamiento de este tipo de hipotecas, con el fin de conceder beneficios fiscales y de protección jurídica, pero de ningún modo prohíben este tipo hipotecario.

Asimismo, las entidades prestamistas, suelen establecer requisitos para el otorgamiento de créditos vitalicios con garantía hipotecaria, los cuales de ningún modo importan elementos formales para la constitución del derecho real de hipoteca.

V. MATRIMONIO Y CRÉDITO VITALICIO

Ante la existencia de un matrimonio, es frecuente que ambos cónyuges recurran al crédito vitalicio a los efectos de mejorar su calidad de vida. Ante tal supuesto habrá que analizar su régimen económico matrimonial y su posicionamiento dentro

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

del contrato.

Más allá de la gran diversidad de regímenes económicos existentes, los más utilizados y vigentes son:

a) Régimen de separación de bienes: Cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que poseía en el momento de casarse, y de los que adquiera posteriormente; los administra por sí y responde exclusivamente por las deudas contraídas, sin perjuicio de la responsabilidad común por las cargas del hogar.

b) Régimen de comunidad relativa de bienes, en la cual existen dos clases de bienes: 1. Los propios, aportados por cada uno de los cónyuges al matrimonio, recibidos a título gratuito con posterioridad a la celebración del matrimonio y los adquiridos por subrogación real de un bien propio. 2. Los gananciales, adquiridos durante la vigencia del matrimonio.

La mayoría de los códigos modernos permiten optar entre el régimen de separación de bienes o el régimen de comunidad de bienes⁶⁴, sin embargo otros códigos aún mantienen un régimen ganancial forzoso⁶⁵.

Ahora bien, el posicionamiento de los cónyuges frente al contrato de crédito vitalicio con garantía hipotecaria estará directamente vinculado con el régimen económico matrimonial.

Procederemos a analizar las distintas relaciones entre los cónyuges y el contrato de crédito vitalicio con garantía hipotecaria:

Bienes privativos de un cónyuge donde sólo el titular se

⁶⁴ Vid. Código Civil español, artículos 1.315 al 1.344, Código Civil alemán, artículos 1.363 al 1.563, Código Civil Italiano, artículos 159 al 219, Código Civil peruano, artículos 295 al 331, Código Civil chileno, artículos 1.715 al 1.792-27.

⁶⁵ Vid. Código Civil argentino, artículos 1.217 al 1.322, Código Civil uruguayo, artículo 1.938 al 2.017.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

constituye en tomador y su cónyuge es designado beneficiario: En este supuesto el tomador será el único obligado por el contrato, siendo su cónyuge un tercero beneficiario de la estipulación efectuada por el tomador.⁶⁶ El consentimiento para la solicitud del crédito sólo será requerido al cónyuge no titular, cuando el inmueble hipotecado sea sede del hogar conyugal.⁶⁷

Bienes privativos de un cónyuge donde ambos se constituyen en tomadores: Estamos frente a un supuesto de tomadores múltiples⁶⁸, donde ambos se constituyen en deudores solidarios de la obligación, sin perjuicio de pesar la garantía sobre el inmueble de titularidad de uno de ellos.

Bienes privativos de propiedad de ambos cónyuges: La responsabilidad frente a la deuda será igual a la explicada en el punto precedente, ya que ambos se constituyen en tomadores del crédito, pero la garantía recae sobre el inmueble de copropiedad de ambos cónyuges, debiendo constituirse la hipoteca sobre la totalidad del inmueble y no sobre las participaciones indivisas que a cada uno corresponda.

Bienes gananciales: Ante la existencia de bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición⁶⁹, considerando a la hipoteca como tal⁷⁰.

En este punto observamos diferencia entre las distintas legislaciones en cuanto a la responsabilidad del patrimonio

66 Vid. supra III.b.

67 Vid. artículo 1.277, párrafo segundo del Código Civil argentino y artículo 1.320 del Código Civil español.

68 Vid. supra III.a.

69 Vid. artículo 1.277 del Código Civil argentino y artículo 1.377 del Código Civil español.

70 Vid. LÓPEZ LIZ, José, Bienes inmuebles y sociedad conyugal, Editorial Bosch, 1ª ed., Barcelona, 1998, pp. 139-140.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

ganancial frente a las deudas contraídas por los cónyuges. Así, el Derecho argentino establece que los bienes gananciales que cada cónyuge administre no responden por las deudas contraídas por el otro cónyuge⁷¹. En virtud de lo expuesto, la calidad de deudor de uno u otro cónyuge estará dado por su posicionamiento dentro del contrato, es decir, si el inmueble es de titularidad de un solo cónyuge, el otro solo será deudor en la medida que sea también tomador del crédito hipotecario.

Según explica SAINZ GARCÍA⁷², en España, la responsabilidad del patrimonio ganancial derivará del concreto tipo de intervención de los cónyuges en la celebración del negocio desencadenante de la deuda. Por cuanto analiza tres supuestos: 1. Aquellas deudas contraídas por ambos cónyuges. 2. Aquellas contraídas por uno solo de ellos con el consentimiento expreso del otro. 3. Aquellas que hubieran sido contraídas por la actuación individual de uno de ellos (supuesto, este último, que no corresponde al análisis del crédito vitalicio en virtud de precisar mínimamente el consentimiento del otro cónyuge).

El artículo 1.367 del Código Civil Español dispone: “*Los bienes gananciales responderán, en todo caso, de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento del otro*”.

Al respecto, la mencionada autora nos dice: “cuando son ambos cónyuges quienes contraen la deuda conjuntamente, vemos que de su actuación se deriva una vinculación directa del patrimonio ganancial, que le hará en todo caso responsable frente a los acreedores”. Dicha responsabilidad será *erga omnes*, por cuanto hacen responsables todos sus bienes, entre los que se

⁷¹ Vid. artículo 5 de la Ley 11.357.

⁷² SAINZ GARCÍA, Concepción, *Acreedores de los Cónyuges y Régimen Económico Matrimonial de Gananciales*, Editorial Thomson-Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 31-73.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

encuentran no solo su participación en el patrimonio ganancial, sino también sus bienes privativos.

En los supuestos de deudas contraídas por un cónyuge con el consentimiento del otro, habrá también una responsabilidad *erga omnes* de los bienes gananciales, sin embargo a diferencia del anterior supuesto, no se verán afectados los bienes privativos, ya que no intervienen directamente ambos cónyuges en la constitución de la relación jurídico obligatoria con pluralidad de deudores.

En virtud de lo expuesto, una vez acaecido el fallecimiento de ambos cónyuges, sus respectivas estirpes se verán obligadas, según la posición jurídica adoptada por cada uno de los cónyuges en la relación contractual⁷³.

VI. DISPOSICIONES ANTICIPADAS Y CRÉDITO VITALICIO

El envejecimiento no siempre va acompañado de una buena calidad de vida que permita la preservación de las facultades de autogobierno. Por ello podemos encontrarnos frente a personas que cumplan los extremos necesarios para poder solicitar el crédito vitalicio, pero que carezcan de aptitudes psicofísicas para hacerlo.

Incluso, ante el supuesto de una sentencia judicial de incapacitación, habrá que solicitar una venia judicial, por medio de la cual se autorice el otorgamiento de dicho crédito, autorización que muchas veces puede ser negada por los jueces, más aún ante la negativa de sus familiares.

Ahora bien, ¿cómo puedo prever que respeten mi voluntad si me encuentro en circunstancias de no poder

⁷³ Vid. supra III.b y III.d.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

expresarla y defenderla?

Los llamados “actos de autoprotección” o “directivas anticipadas” son “actos voluntarios, de carácter preventivo, decididos libremente por una persona, que contienen declaraciones, previsiones y directivas para que sean ejecutadas en el caso de que la misma se encuentre imposibilitada en forma transitoria o permanente de decidir por sí misma debido a la disminución o alteración de sus aptitudes físicas o psíquicas.”⁷⁴

Doctrina y jurisprudencia⁷⁵ han apoyado la validez de los actos de autoprotección, contemplando tanto la protección de la dignidad de las personas como de su familia. Así las “I Jornadas Nacionales de Autoprotección, Autotutela y Registro”⁷⁶, han concluido en la plena validez de las decisiones que toda persona adopta en ejercicio de la autonomía de la voluntad, consistentes en previsiones anticipadas o actos de autoprotección para ser ejecutadas ante eventuales disminuciones o alteraciones de su capacidad. Al insertar la voluntad del disponente en la escritura pública y desde que ésta hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta al acto y cuenta con la seguridad que le da la matricidad, es el notario, el profesional idóneo para captar esa voluntad incorporándola a un documento autosuficiente.

En España, con la modificación del artículo 1.732 del Código Civil⁷⁷ se permite que, a pesar de la incapacitación de una persona, puedan seguir vigentes los poderes que hubiera dado, pues no es causa de extinción si ésta ha dispuesto expresamente

74 Vid. ANSÓ, Adriana Laura et al., Actos de Autoprotección - Directivas Anticipadas, Instituto de Derecho Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe - 2ª Circunscripción, cuaderno No. 6, Rosario, 2007, p. 9.

75 Juzgado Criminal Correccional de Transición N° 1 de la ciudad de Mar del Plata en fecha 25.07.2005, Caso "M".

76 "I Jornadas Nacionales de Autoprotección, Autotutela y Registro", Rosario, 29 de septiembre de 2006.

77 Modificado por Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

en dicho poder su continuación a pesar de la incapacitación.

Si bien el derecho de autoprotección no encuentra aún plena consagración en la legislación argentina (aunque ya hay doctrina, jurisprudencia y leyes provinciales que lo receptan e importantes avances en proyectos legislativos provinciales y nacionales), sin dudas es en los derechos fundamentales del ser humano que consagra la Constitución Argentina y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados, donde se encuentra su fundamento incuestionable y su más válido sustento. La libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son sus principios rectores, reconocidos por la comunidad internacional como derechos humanos e incorporados a la Constitución Nacional con el rango de derechos fundamentales⁷⁸.

Por lo tanto, “toda persona competente tiene el derecho de establecer como quiere vivir la eventualidad de una pérdida del discernimiento”⁷⁹, y en su caso impartir directivas sobre el destino de sus bienes a fin de asegurarse el mantenimiento de su calidad de vida o la satisfacción de sus necesidades en el futuro, cuando la edad avanzada dificulte su autonomía..

De este modo, toda persona podrá, a través de actos de autoprotección o poderes preventivos, manifestarse libremente, considerando, entre otras cosas, la posibilidad del otorgamiento de créditos vitalicios con garantía hipotecaria, y en su caso, las personas designadas para hacer cumplir tales directivas, analizando la conveniencia o no de la toma del crédito y el efectivo cumplimiento de sus derechos.

78 Vid. LLORENS, Luis Rogelio y RAJMIL, Alicia Beatriz, "Derecho de Autoprotección" en Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción, Año 1, No. 1, Rosario, 2009, pp. 55-56.

79 Idem, p.68.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

VII. FINALIDAD SOCIAL DEL CRÉDITO VITALICIO

El Derecho no es una ciencia exacta, muta constantemente y lo hace siempre en torno a las nuevas necesidades sociales o bien en reconocimiento de realidades sociales preexistentes pero que carecían de regulación legal hasta el momento.

Como adelantáramos al principio de este trabajo, el crédito vitalicio nace como consecuencia de una necesidad social, cual es mantener un nivel de vida adecuado cuando se afronta la etapa de la vejez, justamente cuando existen más necesidades vitales.

El presente contrato posibilita dar liquidez al patrimonio de las personas de más de sesenta y cinco años, mejorando de tal modo su calidad de vida. Asimismo el crédito vitalicio con garantía hipotecaria, a diferencia de otras figuras, permite mantener la titularidad del inmueble.

Creemos que el crédito vitalicio es una herramienta jurídica eficaz para dar solución adecuada a nuevas inquietudes y necesidades de este colectivo social. Ahora bien, la sola factibilidad legal de la figura no es suficiente para que funcione correctamente. Para ello es necesario que se den dos supuestos: 1. Cambio de conciencia social. 2. Responsabilidad social pública por parte del Estado.

Para un correcto ejercicio de los derechos y aplicación de la figura será menester evaluar que existe una población madura, envejecida, altamente influenciable, donde se cercena lentamente el derecho fundamental de la autonomía de la voluntad. Cuando nos referimos a cambio de conciencia social, lo decimos en el sentido de comprender que cada uno es

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

propietario del patrimonio que forjó. No son los futuros herederos los titulares de dicho patrimonio, que eventualmente recibirán con la contrapartida de cancelar la deuda que exija el acreedor.

Tenemos el deber social de revalorizar los principios fundamentales de igualdad, dignidad y libertad, reconocidos por la comunidad internacional y por todas las constituciones nacionales de los estados democráticos, como derechos universales inherentes a todos los seres humanos más allá de su edad o cualquier otra condición. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los mayores permite expresiones de autoprotección tanto de carácter personal como patrimonial.

El crédito vitalicio con garantía hipotecaria, como dijimos precedentemente, es una herramienta más que interesante para mejorar los ingresos en la última etapa del ciclo vital del individuo, que es precisamente, cuando más lo necesita. Para ello es fundamental un cambio de conciencia donde la idea de “el inmueble que heredaré” se transforme en “el inmueble que permitirá mejorar la calidad de vida de mis padres”.

El segundo punto es la responsabilidad social de los poderes públicos. La misma implica un plus de compromiso mayor por parte de éstos puesto que, en el seno de un deber genérico de actuar como garantes de los derechos de los ciudadanos, tienen el compromiso de “vincularse en la defensa del interés general mediante la protección y promoción de los bienes y derechos que garanticen (también) las expectativas ciudadanas.”⁸⁰.

En un Estado Democrático de Derecho deben adoptarse

⁸⁰ Vid. PUIG I CAMPANY, Marta y MARTÍNEZ I HERNÁNDEZ, Andreu, La responsabilidad social de la Administración. Un reto para el siglo XXI, Diputación de Barcelona. Área de Desarrollo Económico, Barcelona, 2008, p. 49.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

políticas públicas tendientes a mejorar la calidad de vida y garantizar los derechos de aquellas personas que por diferentes circunstancias, ya sea, edad, discapacidad, diferencias étnicas, religiosas, culturales u otras situaciones de vulnerabilidad, requiera de una especial protección jurídica que garantice su plena integración a la sociedad en igualdad de condiciones y oportunidades⁸¹.

La Constitución de la Nación Argentina en su artículo 75 inciso 23 entre las atribuciones al congreso, dispone: *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”*

De este modo el Estado deberá adoptar medidas que garanticen el funcionamiento de esta figura, limitando los costos del préstamo, interviniendo y subsidiando (en caso de ser necesario) a las entidades prestamistas y garantizando el cumplimiento contractual.

Los notarios, intérpretes necesarios e imparciales de las voluntades de nuestros requirentes, debemos asesorar correctamente, informando las consecuencias jurídicas y de índole económica que trae aparejado el presente contrato.

El asesoramiento, si bien ha de tener naturaleza técnica, está dirigido a personas mayores, por cuanto debe contener términos claros y comprensibles, expresando las posibles modalidades para disposición del capital solicitado, tipo y forma

81 Conforme nuestro objetivo trazado dentro del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2° Circunscripción. Vid. www.el-observatorio.org/2009/05/revista-instituto-de-derecho-e-integracionnum-1-2009-pdf/

DOCTRINA - REVISTA del IDel

de interés, comisiones, seguros y demás gastos adicionales, sugiriendo, en caso de creerlo conveniente, otros negocios jurídicos que puedan adaptarse más a sus necesidades concretas.

VIII. CONCLUSIONES

El crédito vitalicio es una importante herramienta de protección social de personas vulnerables en razón de su edad o discapacidad.

La falta de regulación legal no impide la aplicación de la figura, que tendrá su basamento en la autonomía de la voluntad, todo ello sin perjuicio de la conveniencia de una regulación legal que otorgue beneficios fiscales y que, por sobre todas las cosas garantice su correcto funcionamiento.

Debe considerarse la incorporación de asociaciones, cooperativas, cajas profesionales, como posibles concedentes de este tipo de créditos, ya que el fin social de las mismas es propio de su objeto.

El cambio de conciencia social y la responsabilidad social pública por parte del Estado son fundamentales para que la figura prospere.

En esta sociedad que vive de manera tan vertiginosa y utilitarista, muchas veces sólo cuenta el presente inmediato, con total olvido del pasado e ignorancia respecto del futuro. Todos somos o fuimos hijos de alguien, a quien solemos olvidar por resultar una carga. Todos en un futuro lejano, o próximo, podríamos vernos en una situación de vulnerabilidad.

Si pretendemos un Estado socialmente responsable, debemos primero cambiar como sociedad, ya que el Estado es el reflejo de ésta.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

BIBLIOGRAFIA

Fuentes doctrinales

ANGUITA RÍOS, Rosa María, “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre” en *diario La Ley*, Año XXIX, No. 6875, Lunes, 4 de febrero de 2008.

ANSÓ, Adriana Laura *et al.*, *Actos de Autoprotección – Directivas Anticipadas*, Instituto de Derecho Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe - 2ª Circunscripción, cuaderno No. 6, Rosario, 2007.

BERROCAL LANZEROT, Ana Isabel, “Hipoteca Inversa y otros instrumentos financieros afines” en *Academia Sevillana del Notariado – Conferencias del Curso Académico 2007/08*, tomo XIX, Editorial Comares, Granada, 2009.

BORDA, Guillermo Alejandro, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, tomos I y II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

BORDA, Guillermo Alejandro. *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

CAMPOS MORAL, Jorge, La hipoteca Inversa en el mercado español, Una opción seria e inmune a la crisis hipotecaria, en www.anaf.es/revista/031/1inf031.html, consultado el 24 de junio de 2009.

CARRASCO PERERA, Ángel, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de garantía*, tomo I, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2008.

CASTRO Y BRAVO, Federico De, *El negocio jurídico, Tratado práctico y crítico de Derecho Civil, Vol. X*, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, p.191.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général, sources des obligations*, tome II, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía. *La Hipoteca Inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores en Marco Jurídico y Social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*. 1ª ed., Reus S.A., Madrid, 2008.

GIL, Jorge Alberto. *Desmembraciones del Dominio*. GraficArte, 1º ed., Rosario, 2008.

GIL, Jorge Alberto. “*La Hipoteca del acreedor o abierta: un choque de culturas*” en *Gaceta del Notariado*, año 57, No. 116, publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Rosario, 2009.

JIMÉNEZ CLAR, Antonio J, “*La Hipoteca Inversa con instrumento de protección social*” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XXVIII, No. 113, Lex Nova, Valladolid, 2009.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV, Familia*, 3ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones*, 3ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT, *Manual de Derecho Civil, obligaciones*, 11ª ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

LLORENS, Luis Rogelio y RAJMIL, Alicia Beatriz, *Derecho de Autoprotección*, Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción, Año 1, No. 1, Rosario, 2009.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos, parte general*, tomo I, 4ª ed., Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1997.

LÓPEZ LIZ, José, *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, 1ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

LÓPEZ RICHART, Julián, *Los contratos a favor de tercero*, 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2001.

LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen. “Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXV, N° 711, Madrid, enero-febrero 2009.

MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos reales*, Tomo III, Zavalía, Buenos Aires, 1997.

MORETÓN SANZ, María Fernanda, “Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fascículo II, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.

MURO VILLALÓN, Jesús Víctor, *La Hipoteca Inversa en Jornadas sobre la Ley 2/19821 de 25 de Marzo de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las Hipotecas Inversas y el Seguro de Dependencia*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997.

PASSANANTE, María Inés, *Ancianidad y Familia en Argentina del Bicentenario* en [www.uca.edu.ar /.../ ANCIANIDAD_Y_FAMILIA_EN_LA_ARGENTINA_DEL_BICENTENARIO_-_Mar-a_Ines_PAssanante_.doc](http://www.uca.edu.ar/.../ANCIANIDAD_Y_FAMILIA_EN_LA_ARGENTINA_DEL_BICENTENARIO_-_Mar-a_Ines_PAssanante_.doc), consultado el 20 de junio de 2009.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, *Del contrato a favor de tercero*, Ediciones Dike – Foro de Cuyo – 1ª ed., Mendoza, 2001.

PUIG I CAMPMANY, Marta y MARTINEZ I HERNÁNDEZ, Andreu, *La responsabilidad social de la Administración. Un reto para el siglo XX*, Diputación de Barcelona, Área de Desarrollo Económico, Barcelona, 2008.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, tomos II y III, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

ROCA SASTRE, Ramón María, Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y Joan BERNÁ I XIRGO, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, 9ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 2009.

ROMERO CANDAU, Pedro Antonio, “Hipoteca Inversa” en *Hacia un Nuevo Derecho Hipotecario – Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado de España, Madrid, 2008.

SAINZ GARCÍA, Concepción, *Acreedores de los Cónyuges y Régimen Económico Matrimonial de Gananciales*, Editorial Thomson-Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, “La Hipoteca Inversa” en *La Defensa Jurídica de las Personas Vulnerables*, Aranzadi, 1ª ed., España, 2008.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. “Régimen Jurídico de la Hipoteca Inversa” en *Revista de Derecho Privado*, Editorial Reus, Madrid, marzo-abril, 2008.

CRÉDITO VITALICIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coordinador) *et al.*, *Comentario del Código Civil* (español), Editorial Bosch, 2ª ed., Madrid, 2006.

TAFFIN, Claude, *La Hipoteca Inversa o Vitalicia* en www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/04/25/34.pdf?version=1, consultado el 2 de abril de 2009.

VARGAS VASSEROT, Carlos, *El seguro de la finca hipotecada*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.

ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las Sucesiones*, tomos I y II, 4ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

ZINNY, Mario Antonio, *Bonsenbiente*, 1ª ed., Editorial Ad-Hoc, Rosario, 2006.

ZURITA MARTÍN, Isabel, “La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXIV, N° 707, Madrid, mayo-junio 2008.

Fuentes legales

Constitución Nacional de la República Argentina de 1853.

Código Civil de la República de Alemania, traducción al español a cargo del Dr. Albert LAMARCA MARQUÉS, Editorial Marcial Pons, Madrid 2008.

Código Civil de la República Argentina de 25 de septiembre de 1869, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2005.

Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, estudio preliminar y notas de Alejandro GUZMÁN BRITO, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Código Civil del Reino de España, Real Decreto del 24 de julio de 1889, Editorial Colex, Madrid, 2004.

Código Civil de la República de Italia de 16 de marzo de 1942, Società Editrice de “il Foro Italiano”, Roma, 2008.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

Código Civil del Perú, promulgado por Decreto Legislativo N° 295 de 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Jorge PALMA MARTÍNEZ, Ediciones y Distribuciones “Palma”, Lima, 1994.

Código Civil de la República Oriental del Uruguay sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline BARRERIRO DE GALLO, Barreiro y Ramos S. A. Editores, Montevideo, 1994.

Ley Hipotecaria española, Texto Refundido de 8 de febrero de 1946 en *Código de Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tomo I, Thomson Civitas, 6ª ed., Pamplona, 2009.

Ley española No. 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la ley 2/1982, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, Boletín Oficial del Estado de 8 de diciembre de 2007.

Ley española No. 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial La Ley, Madrid, 2006.

Ley española No. 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, Boletín Oficial del Estado de 15 de diciembre de 2006.

Ley argentina No. 17.418 de fecha 30 de agosto de 1967, Ley de Seguros, Boletín Oficial de la República Argentina de 6 de Septiembre de 1967.

Ley española No. 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, Boletín Oficial del Estado de 17 de octubre de 1980.

Ordenanza francesa No. 2006-346 de 23 de marzo de 2006 en desarrollo de la Ley 2005-842 de 26 de julio de 2005, modificando así el *Code de la Consommation*., en <http://droit.org/jo/20060324/JUSX0600032R.html>, consultado el 24 de abril de 2009.

Home Equity Conversion Mortgage de los Estados Unidos de Norteamérica, en www.hud.gov, www.aarp.org, http://vlex.com/archivos/1_3/Im_1_3_23268569_in1.pdf, consultado el 24 de abril de 2009.

Reflexiones acerca de los principios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad en el caso Español

Dariel Oscar Barbero¹

Sumario: I. Introducción. II. Distinción entre principios y reglas. Ponderación y subsunción. 1. Tesis de Ronald Dworkin. 2. Tesis de Robert Alexy. 3. El modelo de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. 4. Tesis de Luis Prieto Sanchís. III. El juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad. 5. La finalidad y la idoneidad de la medida objeto de control. 6. La necesidad de la medida objeto de control. 7. La proporcionalidad en sentido estricto. IV. Conclusiones.

I. Introducción.

Desde las últimas décadas del siglo pasado, y en particular desde la promulgación de la nueva Constitución española de 1978, los teóricos del derecho y los operadores jurídicos en general, vienen haciendo constantes referencias a los conceptos de *ponderación*, *proporcionalidad* y *razonabilidad* como criterios que deben informar los procesos de creación y, muy especialmente, de aplicación del derecho. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha dicho que debe "...resolverse un eventual conflicto entre los derechos afectados determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos..." (STC 158/2009, fj. 2º; *ponderación* entre derechos o principios fundamentales en conflicto).

¹ Magister en Derecho Privado por la Universidad Nacional de Rosario. Adscripto a la Cátedra de Derecho Civil III (Contratos) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. E.mail: dariel_barbero@yahoo.com.ar

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

También ha dicho que debe ...“realizar un *juicio de proporcionalidad* que requiere la constatación de que la medida restrictiva adoptada (respecto de un derecho fundamental) cumple los tres requisitos siguientes: juicio de idoneidad, necesidad y juicio estricto de proporcionalidad” (STC 159/2009, fj 3º “c”); y que debe verificar si el establecimiento de un trato desigual presenta una “justificación objetiva y razonable” (supera un cierto “*test de razonabilidad*”; STC 152/2009, fj 4º; 76/1990, fj. 2º).

Sin perjuicio de las similitudes y diferencias reconocidas por la doctrina jurídica entre estos tres conceptos, lo cierto es que la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad han venido dando respuestas satisfactorias en varios de los frentes abiertos por la evolución jurídica. Así, de un lado, y frente a los desafíos planteados por el nuevo modelo de Estado Constitucional de Derecho, estos principios han efectuado aportes fructíferos para resolver los problemas de interpretación y aplicación de las garantías constitucionales, y de solución de los conflictos entre derechos fundamentales en pugna, sea entre particulares; o entre éstos y el Estado. Y de otro, ante el nuevo escenario conformado por una visión cada vez más “dúctil” del derecho, y por ende más atenta a las circunstancias del caso concreto y a las exigencias de justicia material que éstos plantean, la aplicación de estos principios ha permitido encauzar la superación del viejo modelo de aplicación lógico subjuntivo y, al mismo tiempo integrarlo con otro más complejo que, por cierto, resulta más adecuado y afín a la nueva concepción jurídica.

En este trabajo se analizarán algunos de los caracteres más salientes del juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad según en la concepción del Tribunal Constitucional Español². Ahora bien, dada la estrecha relación

² En adelante, TCE.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

existente entre estos conceptos y la noción de principio jurídico, es conveniente reflexionar previamente sobre este último a fin de dar cuenta de su estructura, caracteres y funciones, y sobre sus diferencias con las reglas jurídicas. Todo ello según las concepciones jurídicas más actuales. Este abordaje se efectuará en el acápite II de este trabajo. Luego, en el acápite III se abordará el estudio del juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad, y sus tres requisitos al hilo de los cuales se efectiviza en concreto el test de proporcionalidad. Finalmente, en el acápite IV expondré a modo de colofón, algunas de las conclusiones a las que se ha arribado durante el transcurso del presente trabajo³.

3 En este ensayo referiré a los conceptos de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad de manera indistinta. Sin perjuicio de ello, debo señalar que la doctrina jurídica ha establecido distinciones entre estos conceptos. Así, según GONZALES BEILFUSS, Markus, "el juicio de razonabilidad afecta sobre todo a la idoneidad de una medida para alcanzar la finalidad... mientras que los requisitos de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto incorporan una dimensión comparativa que no necesariamente está presente en la razonabilidad", aut cit. El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 103. En sentido semejante, BARNES, Javier, "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en Cuadernos de Derecho Público, n° 5 (septiembre-diciembre 1998 - El principio de proporcionalidad), Edit. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, pág. 37 y ss. Sobre el concepto de proporcionalidad, también puede verse Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. Sobre el concepto de ponderación, puede verse Rodríguez de Santiago, José María, La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág 9 y ss; en el mismo sentido, Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Derecho y Proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 5, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid - BOE, 2001, pág 201-227. Sobre el concepto de razonabilidad, puede verse Paladín, Livio, "¿Esiste un 'principio di ragionevolezza' nella giurisprudenza costituzionale?", en Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza Della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, págs 163-167. Sobre el concepto de proporcionalidad, puede verse Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

II. Distinción entre principios y reglas. Ponderación y subsunción.

Profusa doctrina se ha dedicado a la tarea de determinar la estructura de los principios jurídicos y de su diferenciación de las restantes normas del ordenamiento: las reglas. En general, las distinciones entre principios y reglas se agrupan en dos líneas teóricas fundamentales: las *teorías fuertes* y *teorías débiles*⁴. Las primeras, fundan la distinción en consideraciones cualitativas o sustanciales. En puridad, señalan que el contenido (material) de los principios (*exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad*) integran el derecho *proprio vigore* sin que se requiera la concurrencia de una práctica social o una autoridad que los establezca. De ahí que cualquier ratificación en el plano del derecho positivo resulta irrelevante⁵. Por su parte, la tesis débil de distinción, reconoce que entre reglas y principios existen diferencias, pero de carácter meramente gradual. Es decir, no morfológicas, sustanciales o lógicas.

Tradicionalmente, los criterios a los que se ha recurrido para establecer las diferencias entre principios y reglas son varios. Pueden citarse entre los más destacados a la *generalidad*,

4 Cfr. GARCIA FIGUEROA, A., las posiciones básicas acerca de las distinciones entre reglas y principios, serían tres: "la tesis fuerte de la separación, la tesis de la conformidad y la tesis débil de la separación"; no obstante, ellas en definitiva se reducirían a dos, en tanto las tesis de la conformidad y débil, conformarían un frente común frente a la tesis fuerte. (GARCIA FIGUEROA, Alfonso, Principios y Positivismo Jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 132.

5 VIGO, Rodolfo L., Los Principios Jurídicos. Perspectiva jurisprudencial, Edit. Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 19. Cfr. HART, Herbert L. A., la teoría fuerte ó de los principios dworkinianos "no deben su status de derecho a ninguna forma de incorporación o ninguna decisión normativa, ni práctica judicial o a ningún consenso. De forma que son derecho incluso si no están identificados como tales por referencia a las fuentes sociales del derecho", (HART, Herbert, L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", en Sistema, n° 36, mayo de 1980, pág. 13).

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

la *vaguedad*, y la *fundamentalidad*.⁶

En cuanto al primer criterio, ha sido usual denominar a los principios como las normas más generales del sistema jurídico. De este modo, un principio resulta ser más general que una regla en tanto el campo de aplicación de la consecuencia jurídica de aquél es mayor que esta última. Así por ejemplo, una prescripción normativa referida a los negocios jurídicos es más amplio que la que alude al contrato de compra venta.⁷ Y así sucesivamente. De manera que el criterio de generalidad, a pesar de su aceptación por la teoría del derecho tradicional, no aporta demasiado a los efectos de esclarecer la distinción entre principios y reglas. Sólo pone en evidencia que entre las dos especies de normas jurídicas existiría una diferenciación de grados, pero no morfológica, lógica o sustancial. Es más, si se quiere, bien podría decirse que entre los principios existe, a su vez, esa misma diferenciación de grados. Basta pensar que existen principios más generales que otros. En este sentido, Prieto Sanchís ha dicho que presenta un bajo grado de generalidad el principio que constituye la *ratio* de una norma singular; tiene un mayor grado de generalidad los que comprenden un entero sector de regulación, y un altísimo grado los que informan el conjunto del ordenamiento jurídico.⁸

Con el carácter de vaguedad se indica que el lenguaje

6 ALEXY, Robert, enuncia otros criterios de clasificación, tales como alta jerarquía, el carácter reformulatorio respecto de normas del sistema, la vinculación a la "idea del derecho", lo explícito de su contenido valorativo, la ubicuidad o validez general, la dificultad de su conocimiento seguro, etc., (ALEXY, R., Teoría de los Derechos Fundamentales, Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 82 y ss).

6 DWORKIN, Ronald, lo manifiesta expresamente: "La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica", (DWORKIN, R., Los derechos en serio, traducción de Marta Guastavino, Edit. Ariel, Barcelona, 1999, pág. 75).

7 PRIETO SANCHIS, Luis, y otros autores, Lecciones de Teoría del Derecho, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 341.

8 Id., pág. 342, con cita de GUASTINI, R. Le fondi del Diritto e l'interpretazione, Edit. Giuffrè, Milano, 1993, pág. 451.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

jurídico supone un insuprimible margen de indeterminación semántica. Esta indeterminación puede afectar a la extensión del enunciado, es decir, a los objetos comprendidos dentro del mismo (extensional denotación). Pero también, y de manera independiente, a su intensidad o a las propiedades caracterizadoras de tales objetos (intencional o connotación)⁹. De modo que, si la vaguedad es un defecto que caracteriza al lenguaje natural en general, y del que se vale el Derecho para formular todos sus enunciados, parece difícil establecer a partir de este criterio, una distinción morfológica o sustancial entre los principios y las reglas. Cuanto más, sólo podrá decirse que los principios son más vagos o indeterminados que las reglas. Pero también, que algunos principios son más indeterminados que otros.

En cuanto al criterio de la fundamentalidad sucede algo más de lo mismo. Así, según Guastini, “los principios se caracterizan respecto de las otras normas porque desempeñan en el ordenamiento jurídico en su conjunto y/o en algunos de sus sectores específicos (por ejemplo, el derecho civil, el derecho administrativo, etc.), el papel de normas fundamentales”¹⁰. Este rango de *fundamentalidad* puede ser entendido en el sentido de que los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de otras normas. Pero también en el sentido de que los principios son normas que parecen no requerir, a su vez, fundamento o justificación (son obvios o autoevidentes)¹¹. De cualquier forma, los principios son desde la perspectiva de la fundamentalidad, normas que revisten cierta “importancia”; o normas que definen e irradian el sistema jurídico o parte de éste. Así por ejemplo, si pensamos en el subsistema del derecho civil,

9 Sobre el problema de la “vaguedad” puede verse ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Edit. Barcanova, Barcelona, 1991, pág. 13 y ss. También puede verse, CARRIO, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, cuarta ed, reimp, pág. 31 y ss.

10 GUAISTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Trad. de Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Edit. Gedisa, 1999, pág. 151.

11 Id, pág. 151.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

podríamos decir que el principio fundamental es la autonomía de la voluntad. Mientras que en el derecho penal es el principio *nullun crimen nulla poena sine lege*. Ahora bien, si se analiza detenidamente podrá advertirse que al igual que con los anteriores criterios de generalidad y vaguedad, la fundamentalidad tampoco nos aporta un rasgo morfológico o sustancial a partir de cual podríamos establecer una distinción fuerte entre reglas y principios. La fundamentalidad sólo hecha luz acerca de cuál es la valoración que el legislador tiene de su sistema jurídico en un momento histórico dado. Pero nada más. Piénsese, por ejemplo, que antes de que evolucionaran los modernos subsistemas de derecho civil tales como el Derecho del Menor, Derecho de la Ancianidad y el Derecho de los Consumidores, las normas que regían en estos sectores jurídicos se fundamentaban en el principio de la autonomía de la voluntad. Luego, concomitante con el advenimiento de la autonomía de estos nuevos subsistemas, emergieron nuevos principios que los fundamentan. En definitiva, y como bien dice Guastini, establecer el carácter de principio de una norma en base a su carácter de fundamentalidad, al margen del mayor o menor consenso logrado en la comunidad, es cuestión “siempre opinable”¹².

En definitiva, y como se advierte, los criterios tradicionales de distinción entre principios y reglas son más afines a la tesis débil de distinción, que a la tesis fuerte¹³.

Desde las últimas décadas del siglo pasado y en la actualidad, la teoría jurídica viene haciendo esfuerzos interesantes en orden a fundar con mayor solidez teórica que con

12 Ib. págs. 151-153. En el mismo sentido, se expresa GARCIA FIGUEROA, A., Principios y positivismo jurídico (...), cit. pág. 134

13 GARCIA FIGUEROA, A., Principios y positivismo jurídico (...), cit. pág. 132.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

los criterios tradicionales, ambas tesis fuerte y débil de separación entre reglas y principios. Seguidamente expondremos en apretada síntesis los intentos teóricos más reconocidos de la literatura jurídica en este campo, tales como los de Ronald Dworkin, Robert Alexy, el modelo de enunciados jurídicos de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero y, por último, la posición de Luis Prieto Sanchís.

II. 1. Tesis de Ronald Dworkin

Según el profesor de Oxford, Ronald Dworkin, existe una *distinción lógica* entre reglas y principios; es decir, una distinción de carácter estricta o sustancial¹⁴. Las características de ambos tipos de normas a partir de las cuales se sustenta tal diferencia, son fundamentalmente dos: la aplicación disyuntiva de las reglas. Y la dimensión de peso de los principios. Así, respecto de las reglas ha dicho que “son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”¹⁵. Se trata en definitiva de una aplicabilidad a la “manera de todo o nada para cuya efectivización es suficiente una mera operación silogística”¹⁶. Dicho de otro modo, una vez comprobado que determinado hecho es subsumible en el antecedente de la regla, el juez debe aplicar lo mandado en su consecuencia jurídica sin necesidad de efectuar un esfuerzo interpretativo o ponderativo alguno. Al respecto, García Figueroa ha dicho que “el modelo de las reglas pretende la eliminación de la intervención del operador jurídico;

14 DWORKIN, Ronald, lo manifiesta expresamente: "La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica", (DWORKIN, R., Los derechos en serio, traducción de Marta Guastavino, Edit. Ariel, Barcelona, 1999, pág. 75).

15 Id. pág. 75.

16 Ib. Pág. 75

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

responde plenamente al ideal de la subsunción en la aplicación del derecho”¹⁷.

Los principios, en cambio, son más bien razones para decidir. “Ni siquiera los que más se asemejan a las normas establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas” ... (un principio)... “más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular”¹⁸. A diferencia de las reglas, los principios no se aplican de manera disyuntiva, por lo que en caso de tener lugar el supuesto de hecho por él establecido, no es suficiente para su aplicación una mera operación silogística o subsuntiva; se requiere siempre la deliberación del aplicador. Este último concepto conduce a la segunda característica fundamental de la tesis dworkiana: *la dimensión de peso o importancia de los principios*. Veamos lo que el mismo autor expresa: “los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso o importancia. Cuando los principios se interfieren ... quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”, ... “es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene”¹⁹.

Este criterio de la dimensión de peso se comprende mejor si observamos la diversa manera en que reglas y principios entran en conflicto. La colisión entre estos últimos, denominada apropiadamente por Alexy como “*tensión*” no trae aparejado la “invalidéz” de uno de ellos tal como sucede según Dworkin en

17 GARCIA FIGUEROA, A., Principios y positivismo jurídico (...), cit., pág. 177.

18 DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, cit., pág. 76.

19 Id., págs. 77-78.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

caso de contradicción entre reglas²⁰. Pues, si se da un conflicto entre dos normas (reglas), una de ellas no puede ser válida²¹. Por el contrario, un principio puede no ser aplicado, y aún siendo válido solamente prima la aplicación del principio más importante o de mayor peso según el caso concreto a resolver²².

El presupuesto de la tesis dworkiana de la aplicación disyuntiva de las reglas es la idea de que puede enumerarse exhaustivamente las excepciones de las mismas. Es decir, que existe un número finito de excepciones. Dworkin lo señala expresamente: “en teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones”²³. En cambio, en cuanto a los principios parece no suceder lo mismo. Dworkin lo dice expresamente: “ni siquiera los (principios) que más se asemejan a normas (reglas) establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas ... La enumeración de algunos de ellos –ejemplos de excepciones- podría agudizar nuestra percepción del peso del principio, pero no nos proporciona un enunciado más completo ni más exacto del mismo”²⁴.

Ahora bien, contra estos presupuestos establecidos por Dworkin de la aplicabilidad “todo o nada” de las reglas, por la cual se hace hincapié en el aspecto formal de los enunciados jurídicos y que conduce en definitiva a una tesis fuerte de distinción entre reglas y principios; los defensores de la tesis débil de distinción han efectuado algunas críticas de interés. Así, según García Figueroa, puede demostrarse que las reglas resultan principalizables. Y a su vez, los principios

20 ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Edit. Fontamara, México, 1998, pág. 11. El término "tensión" ha sido primeramente utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán, en la resolución BverfGE.51,324; y de ahí es extraída por Alexy, R.

21 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pág. 78.

22 GARCIA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico (...)*, cit., pág. 167.

23 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pág. 75.

24 Id., págs. 75-76.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

regularizables. Lo que conduce en definitiva a un acercamiento entre ambos tipos de enunciados jurídicos. Para este autor, los principios se regularizan en tanto la determinación de la totalidad de las excepciones en todos los mundos posibles termina equiparando principios y reglas; y permite que también pueda predicarse de los principios la enumerabilidad teórica de sus excepciones y su consiguiente aplicabilidad a la manera de todo o nada²⁵. Por su parte las reglas se principializan, pues a partir de la introducción en aquellas de un concepto jurídico indeterminado como “razonable”, “contrario a las buenas costumbres”, o en los casos de vaguedad, se inhabilita el método de aplicación disyuntivo de las reglas, y en consecuencia se impone más bien operaciones de ponderación y valoración, que serían en principio incompatibles con las reglas. En efecto, la invocación de la máxima de razonabilidad en la aplicación de una regla supone delegar en el aplicador la determinación de las consecuencias jurídicas, y ello a pesar del concepto de que la regla se dirige precisamente a relevar al aplicador de tal actividad²⁶. A similar conclusión arriba Robert Alexy al decir que “hay muchos casos en que la vaguedad, la ambigüedad, la apertura valorativa o las lagunas, no permiten llegar a una decisión por medio de simple deducción. En estos casos, la subsunción es simplemente un marco dentro del cual tiene que tener lugar el razonamiento jurídico a fin de arribar a una decisión racional”²⁷. Es por ello que este autor ha terminado por desplazar el argumento de la aplicación disyuntiva de las reglas como criterio de diferenciación fundamental entre reglas y principios, y ha optado como postulado central para establecer tal distinción, por el concepto del *peso o importancia de los principios*²⁸.

II. 2. Tesis de Robert Alexy.

25 GARCIA FIGUEROA, Alfonso, Principios y positivismo jurídico (...), cit., pág. 177.

26 Id., pág. 183. El autor citado, explica que además de los "conceptos jurídicos indeterminados", existen otras vías que conducen también a la principialización de las reglas, tales como la "analogía" y la interpretación sistemática de las reglas.

27 ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, cit., pág. 28.

28 GARCIA FIGUEROA, Alfonso, Principios y positivismo jurídico (...), cit., pág. 167.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

Robert Alexy, al igual que Dworkin, defiende la tesis fuerte o cualitativa de distinción entre reglas y principios. En este sentido, el autor ha señalado que “la tesis fuerte de la separación la representa quien afirma que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo”; y agrega que “esta tesis es correcta”²⁹.

A partir del argumento dworkiano de “dimensión de peso o importancia”³⁰, Alexy desarrolla su propio concepto de principio, al que denomina *mandato de optimización*. “Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”³¹. La optimización del mandato alude al hecho de que los principios pueden ser cumplidos en diversos grados. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos³². Esto es así debido a que las reglas contienen *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Dicho en otras palabras, la medida en que se exige el cumplimiento de una regla, no admite optimización.

La distinción entre ambas especies de normas, se esclarece al momento de analizar los *conflictos* entre las reglas, y la *colisión* entre los principios³³. En efecto, cuando dos reglas disponen en sentido contradictorio recíprocamente, el conflicto

29 ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, cit., pág. 9.

30 MANERO, Juan Ruiz, señala que “Alexy proporciona una explicación de la distinción entre reglas y principios que no es incompatible con la de Dworkin, sino de un grado superior a ésta: la diferencia entre ambos tipos de estándares anotada por Alexy da cuenta del porqué de las diferencias anotadas por Dworkin”, (MANERO, Juan Ruiz, Jurisdicción y normas, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 159).

31 ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, cit., pág. 12.

32 ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., pág. 87.

33 ALEXY, Robert, lo señala expresamente “la distinción entre reglas y principios se muestra clarísima en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas”, (aut., ob. cit. pág. 87).

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

sólo puede solucionarse introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimine la antinomia; o en el caso de ser ello imposible, declarando inválida a cualquiera de ellas. Como se advierte, el conflicto entre las reglas se resuelve en la dimensión de la validez de las mismas³⁴.

La colisión de principios opuestos, en cambio, no conlleva la declaración de invalidez de ninguno de ellos. “Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa”³⁵. En definitiva, la solución de la colisión entre principios tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso³⁶. Ahora bien, el método propuesto por Alexy para la superación de la colisión entre principios tiene como punto de partida un “orden débil” de los principios; esto es, una teoría que sea “menos” que un orden rígido o estricto, pero “algo más” que un mero catálogo de *topoi*. En efecto, si por un lado un “orden estricto” de principios es inadmisibles en tanto no es posible cuantificar mediante una escala numérica de manera exacta el peso de cada principio o valor, y por medio de la cual se proveyera de una lista completa de todos los principios, y el detalle de todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos; en cambio sí es atinado a juicio de Alexy, construir un “orden débil” de los principios a partir de tres presupuestos: un sistema de condiciones de prioridad, un sistema de estructuras de ponderación, y un sistema de prioridades *prima facie*.

34 Acertadamente, GARCIA FIGUEROA, Alfonso, ha señalado que “Dworkin y Alexy, incurrir en una confusión de pertenencia y aplicabilidad, pues introducen la teoría de la argumentación jurídica (al que pertenece el problema de la aplicabilidad) en el sistema de fuentes (donde se discute la validez)”, (GARCIA FIGUEROA, A., Principios y Positivismo jurídico (...), cit., pág. 199).

35 ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., pág. 89.

36 Id., pág. 89.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

Ciertamente, el abandono de la teoría del “orden estricto” de principios, conlleva a dejar sin base a la tesis de la *única respuesta correcta* propuesta por Dworkin. Y efectivamente, Alexy sólo presupone tal tesis como idea regulativa, es decir, se admite “que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta, pero como no se sabe en qué casos es así, vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta”³⁷. De todos modos, en el marco de la teoría del derecho conformada a partir de la conjugación de lo que Alexy denomina como “*lado pasivo*” (reglas -parte dura- + principios -parte blanda-) y el “*lado activo*” (una teoría procedimental de la argumentación jurídica), se puede asegurar al menos, respuestas *relativamente correctas*³⁸.

Ahora bien, si como ya hemos adelantado, los principios no tienen prioridad *sin más* uno respecto de otro, pues abstractamente todos tienen el mismo valor, y si además, no procede resolver los conflictos mediante la declaración de invalidez de cualquiera de ellos, la solución se reduce a determinar *cuál de los principios tienen mayor peso en el caso concreto*. Para ello, corresponde establecer entre los principios en pugna una *relación de precedencia condicionada*; esto es, tomando en cuenta el caso concreto a resolver, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro”³⁹. A tal fin, Alexy ha formulado la *ley de colisión* con cuya aplicación se determinan los *hechos preferentes* del caso, conducentes a

37 ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, cit., pág. 20.

38 ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., nota nº 58, pág. 100. Acerca la teoría de la argumentación jurídica, puede verse ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica. La Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. También puede verse ATIENZA, Manuel, Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, en especial su cap. 6º, titulado “Robert Alexy: la argumentación jurídica como discurso racional”, pág. 177 y ss.

39 ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., pág. 92.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

señalar el principio en conflicto de mayor peso o importancia. Concretamente, el autor que comentamos entiende por la ley de colisión “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”⁴⁰.

Dado que los principios no regulan por sí mismo su aplicación, lo más probable es que la ponderación, el resultado arribado hasta aquí, quede sujeto al mero intuicionismo o subjetividad del operador. De manera que si se quiere evitar esto debe agregarse al *modelo de decisión*, un *modelo de fundamentación* a partir del cual sea posible proveer razones suficientes a favor del *enunciado de preferencia condicionada*⁴¹. En fin, para este propósito se hace necesario el recurso a una teoría de la argumentación jurídica.

El segundo elemento del “orden débil” de principios, es un sistema de estructuras de ponderación, a través del cual se hace posible la optimización de los principios en el caso concreto. En efecto, hemos dicho que los principios son mandatos de optimización que exigen una realización lo más completa posible en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Las posibilidades fácticas respecto del caso concreto, se dilucidan mediante el juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad, a través de las *sub-máximas de adecuación y necesidad*. Mientras que las posibilidades jurídicas se consideran a través de la tercera *sub-máxima de proporcionalidad en sentido estricto*, también llamada “*ley de la ponderación*”, y que puede ser formulada de la siguiente manera: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto

40 Id., pág. 93.

41 Según ALEXY, R., “una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente”, (ALEXY, R., Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., pág. 158-159).

DOCTRINA - REVISTA del IDel

mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro⁴². Ahora bien, tal como explica García Figueroa, estas estructuras de ponderación tampoco son definitivas; por lo cual también se requiere en última instancia el recurso a una teoría de la argumentación jurídica⁴³.

El tercer elemento de un orden débil de los principios, es un sistema de prioridades *prima facie*, por la que se determinan las cargas de argumentación sobre algunos principios a favor de otros. Como se advierte, también aquí se apela en definitiva a una teoría de la argumentación jurídica.

II. 3. *El modelo de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.*

El modelo desarrollado por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero también pretende justificar la tesis fuerte o cualitativa de distinción entre reglas y principios⁴⁴. En efecto, luego de señalar los autores de Alicante que las reglas y los principios son especies de una de las categorías de las normas que integran el sistema jurídico, esto es, las normas de mandato⁴⁵, proponen establecer las diferencias entre ellos valiéndose de tres enfoques diferentes: el estructural, el funcional y otro según los conceptos de poder e intereses. Para nuestros fines, bastará aludir sucintamente a los dos primeros.

42 Sobre las tres submáximas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, remito al acápite III siguiente, donde se estudiará con más detalle.

43 GARCIA FIGUEROA, Alfonso, Principios y positivismo jurídico (...), cit., pág. 194.

44 Los juristas españoles ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, desarrollan y exponen su Teoría en la excelente obra Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1996, a la cual recurrimos fundamentalmente para el desarrollo de este punto.

45 Cfr. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., los enunciados jurídicos que integran un sistema jurídico, son además de las normas de mandato, las permisivas, definiciones y reglas que confieren poderes. (ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., Las piezas del derecho (...), cit., pág. 6).

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

A partir de los conceptos desarrollados por Alchourrón y Bulygin, de que la norma jurídica puede ser entendida como una correlación entre *casos genéricos y sus soluciones normativas*⁴⁶, la perspectiva estructural ó morfológica permite demostrar que los principios ofrecerían una estructura diferente de las reglas; concretamente, que el antecedente de hecho o caso de los principios es configurado de forma abierta, mientras que el de las reglas es de forma cerrada⁴⁷. Según explican los propios autores, “en las reglas, las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado; en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas”⁴⁸.

Además de ello, la especie de los principios puede subclasificarse en *principios en sentido estricto*, y *directrices o normas programáticas*. Los primeros -principios en sentido estricto- si bien establecen de forma abierta el caso, reglamentan de forma cerrada el consecuente. Por el contrario, las directrices configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito⁴⁹.

A juicio de Atienza y Ruiz Manero, otra diferencia importante entre principios en sentido estricto y directrices,

46 Cfr. ALCHOURRON, Carlos E., y BULYGIN, Eugenio, las normas pueden ser analizadas como una correlación de casos y soluciones, esto es, de un ámbito fáctico, un Universo de Casos, y un ámbito normativo, un Universo de Acciones. En el Universo de Casos se encuentran todos los casos elementales posibles del Universo del Discurso, configurando el ámbito fáctico de la norma según una serie de propiedades relevantes (el Universo de Propiedades). A este conjunto de casos se le asocia una serie de acciones, de conductas calificadas deónticamente, (ALCHOURRON, Carlos E., y BULYGIN, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Edit. Astrea, Buenos Aires, 3era. reimp., 1998, pág. 32 y ss.).

47 La Teoría de los enunciados jurídicos de ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., comprende otras clasificaciones y caracterizaciones de reglas; así por ejemplo: las reglas de acción y reglas de fin. Las primeras, contienen en el consecuente la calificación deóntica de una determinada conducta. Las reglas de fin, califican en cambio de manera deóntica la obtención de un cierto estado de cosas. (ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., Las piezas del derecho (...), cit., pág. 7).

48 Id., pág. 9.

49 Id., pág. 10.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

reside en la modalidad de operar su aplicación en caso de conflicto. En efecto, para la hipótesis de que dos principios en sentido estricto concurren en direcciones contrarias para la solución de una cuestión litigiosa, se debe luego de ponderar cuál es el principio prevaleciente, aplicar éste sin más y en su totalidad; es decir, sin establecer modalidades graduales de cumplimiento⁵⁰. En cambio, en los casos de conflicto entre directrices contrarias sí resulta procedente establecer el cumplimiento gradual de cada una de ellas y en la modalidad que se determine como resultado del acto de ponderación a realizar. Como se advierte, la posibilidad de efectuar la gradación en el cumplimiento de las directrices, evoca el concepto de *mandato de optimización* desarrollado por Alexy. Esta similitud es incluso asumida por los mismos autores de Alicante cuando señalan que “la teoría de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización resulta, a nuestro juicio, distorsionadora en relación con los principios jurídicos en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices”⁵¹.

Ahora bien, para sostener que la *indeterminación* que aquejaría a las condiciones de aplicación de los principios en sentido estricto y de las directrices, como al modelo de conducta prescrito por estas últimas, es algo *cualitativamente* diferente a un problema de vaguedad propio del lenguaje natural y común a todos los enunciados normativos -del que no escaparían las reglas-, los profesores de Alicante proponen emplazar tal indeterminación en una sede distinta a la que se desenvuelven las cuestiones de vaguedad. Concretamente, y a juicio de García Figueroa, esta especial indeterminación se instala por un lado, a nivel de los significados de los enunciados normativos y no sobre su concreta formulación lingüística; esto es, rige en el nivel

50 Ib. pág. 10.

51 Ib., págs. 10-11.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

de las proposiciones y no en el nivel de los enunciados⁵². Por ello, resulta que antes de interpretada la norma no cabría establecer distinción estructural alguna entre reglas y principios⁵³. Pero si a ello le sumamos que tal distinción sólo comprende los casos genéricos, y no los casos individuales⁵⁴, resulta que la diferencia estructural entre reglas y principios concluye no bien comience la tarea de aplicar las normas al caso concreto.

Ciertamente, este particular emplazamiento de la distinción estructural entre reglas y principios, por medio de la cual se evitan considerar los problemas de vaguedad que se presentan tanto al momento de efectuar la interpretación de la norma general como en oportunidad de realizar la subsunción del caso individual en el antecedente de hecho de la norma, es un presupuesto importante para sostener la tesis fuerte de diferenciación entre reglas y principios. Ello no puede ser de otro modo, pues, de erigirse a la vaguedad como criterio de diferenciación entre reglas y principios, se terminaría comulgando con los presupuestos de la tesis débil de distinción.

Mediante el enfoque funcional, las diferencias entre reglas y principios son examinadas a partir de la consideración de ambos tipos de normas como *razones para la acción*. Las

52 GARCIA FIGUEROA, Alfonso, con cita de Guastini, explica que "en el análisis lingüístico de las normas de un sistema jurídico hallamos tres elementos: el enunciado de derecho normativo, la proposición que ésta expresa y la enunciación. El primero, consiste en la formulación lingüística que expresa una norma. La proposición consiste en el significado del enunciado referido; y la enunciación consiste en el acto de emisión, de exteriorización de la norma.", (GARCIA FIGUEROA, A., Principios y positivismo jurídico (...), cit., pág. 137).

53 PRIETO SANCHIS, Luis, "Duplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero", en Doxa n° 13, pág. 317.

54 Según ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., "Una distinción que resulta importante...es la diferencia entre casos genéricos y casos individuales. Lo que las reglas configuran de forma "cerrada" son los casos genéricos que constituyen sus condiciones (genéricas) de aplicación, mientras que el problema de la textura abierta o vaguedad potencial se da en otro ámbito, en el de la subsunción de casos individuales en tales descripciones genéricas", (ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, Las piezas del derecho (...), cit., págs. 29-30).

DOCTRINA - REVISTA DEL IDEI

categorías básicas están integradas por las *razones perentorias y no perentorias*, y por las *razones independientes y dependientes del contenido*. A partir de ellas, se dice que una regla es una razón perentoria e independiente del contenido. Es una razón perentoria porque constituye una razón de primer orden para realizar la conducta prescrita por la propia regla y además es una razón de segundo orden que excluye la deliberación, la consideración de otras razones por parte del destinatario de la regla. Por otro lado, se dice que una regla es independiente del contenido porque la obediencia de una tal regla no deriva del contenido de ésta, sino de su origen (en el legislador, por ejemplo)⁵⁵.

Los principios pueden ser explícitos e implícitos. Los primeros son aquellos formulados expresamente en el ordenamiento jurídico. En cambio, los principios implícitos son los extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico⁵⁶. Ahora bien, para los autores de Alicante, los principios explícitos son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido, por la misma razón por las que lo son las reglas, esto es, en tanto su fuente son normas positivizadas. Pero no son razones perentorias, debido a que no excluyen la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar; en todo caso, constituyen sólo razones de

55 Id., pág. 12. GARCIA FIGUEROA, A., Principios y positivismo jurídico (...), cit., pág. 158.

56 Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., un ejemplo de principio implícito es el de "que las normas han de interpretarse como si las hubiera dictado un legislador racional", (ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., Las piezas del derecho (...), cit., pág. 6. Por su parte, GUASTINI, Ricardo, sostiene un concepto semejante: "los principios expresos son aquellos que son explícitamente formulados en una disposición constitucional o legislativa, de la que se pueden obtener mediante interpretación." Y continúa: "los principios implícitos, por el contrario, son aquellos que están "privados de disposiciones, es decir que no están explícitamente formulados en ninguna disposición constitucional o legislativa, pero que son elaborados o contruidos por los intérpretes", (GUASTINI, R., Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, cit., pág. 155 y ss).

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

primer orden para resolver en un determinado sentido, de modo que en caso de concurrencia de principios contrarios, se impone la tarea de ponderación.

Los principios implícitos, a su vez, son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido. No son perentorias por la misma razón que no lo son los principios explícitos; y no son independientes del contenido en tanto su importancia en la tarea de justificación judicial está ligada a su concreto contenido normativo, y no a su fuente formal⁵⁷.

II. 4. Tesis de Luis Prieto Sanchís.

A diferencia de los autores que hemos citado anteriormente, Prieto Sanchís sostiene la *tesis débil* de distinción entre reglas y principios.

En primer lugar, Prieto Sanchís rechaza la idea de que pueda establecerse una distinción tan estricta entre reglas y principios como la que defiende la tesis fuerte. En todo caso, habría entre ambas especies de normas sólo una diferencia de grado, que se manifestaría “exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación”⁵⁸. En otras palabras, no cabe conceptualizar a reglas y principios a partir de estructuras morfológicas diferentes y como si perteneciesen a compartimientos lógicos cerrados, aislados entre sí. Por el contrario, sólo son distinguibles ambos tipos de normas a partir de la función que ellas cumplen en sede interpretativa-aplicativa del derecho. Pero antes de esta concreta instancia de

57 ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., Las piezas del derecho (...), cit., pág. 13.

58 PRIETO SANCHIS, Luis, Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, Edit. Centro

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

interpretación-aplicación, reitero, no habría distinción posible que formular entre estos enunciados jurídicos. El profesor de Toledo es muy claro al respecto: “antes de la interpretación existiría un mundo indiferenciado de prescripciones y sólo la argumentación jurídica haría de cada una de ellas y en cada caso concreto un principio o una regla”⁵⁹. De manera que las reglas y los principios no aludirían a dos clases de enunciados normativos, sino sólo a dos tipos de estrategias interpretativas⁶⁰.

Para comprender cabalmente este cuadro de ideas debe integrarse otro concepto: que los principios son una *noción relacional o comparativa*. Así, a juicio del autor citado “una norma es un principio, cuando, siquiera idealmente, tenemos presente otra norma o grupo de normas respecto de las cuales aquella se presenta como fundamental, general; etc”⁶¹. Ciertamente, este carácter relacional de los principios viene a implicar que todas las normas son más bien *semiabiertas* tanto en sus antecedentes de hecho como en sus consecuentes normativos, y ello a diferencia de lo que se propone en el modelo de Atienza-Ruiz Manero: cerrado tanto el antecedente como el consecuente de las reglas; abierto el antecedente y cerrado el consecuente de los principios en sentido estricto; abierto tanto el antecedente como el consecuente de las directrices.

Esta es precisamente la idea que remarca Prieto Sanchís cuando pregunta: “¿no es posible concebir una norma más “cerrada” que el art. 14 (de la CE.), pero al mismo tiempo más abierta que el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores? Y esa norma ¿sería una regla o un principio?” y lo ejemplifica con un cuadro de tres normas: “A) “Todos los españoles son iguales ante la ley”; B) “Se prohíbe la discriminación por razón del sexo”; C)

59 Id., pág. 54.

60 PRIETO SANCHIS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Edit. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 52.

61 PRIETO SANCHIS, Luis, *Sobre principios y normas (...)*, cit., pág. 63.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

“El empresario está obligado a pagar igual salario a hombres y mujeres”. Pues bien, ¿dónde está aquí el principio y dónde la regla?, ¿cabe decir que la norma A es un principio respecto de la regla B, pero que ésta se convierte en principio ante la regla C?”⁶².

En definitiva, lo que el profesor de Toledo viene a sostener es que la diferencia entre reglas y principios se evidencia concretamente sólo al momento de su interpretación y aplicación. Así por ejemplo, puede que una norma estipulada como un principio según la tesis de distinción fuerte, en la práctica y cuando éste constituye el único criterio para resolver el caso, debe funcionar a la manera de “todo o nada” tal como una regla. También, puede que cuando colisionan dos principios dicha tensión deba resolverse tal como si confrontaran dos reglas, y no mediante el mandato de optimización estipulado específicamente para aquellos; mientras que por el contrario las reglas pueden funcionar tal como los principios⁶³.

III. El test de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad. Concepto y caracteres generales.

Según Robert Alexy, para aludir al concepto de *razonabilidad*, el sustantivo *máxima* resulta más adecuado que *principio* desde que por este último se refiere esencialmente a las “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales

62 PRIETO SANCHIS, Luis, Duplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, cit., pág. 316.

63 PRIETO SANCHIS, Luis, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Edit. Palestra, Lima, Perú, 2.002, pág. 179.

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

existentes”, esto es, son mandatos de optimización⁶⁴. De esta manera, la razonabilidad es más bien una técnica destinada a lograr la optimización de los principios; ella siempre debe ser aplicada tal como un instrumento a los fines de validar el grado de optimización de cada principio en conflicto⁶⁵. No obstante ello, atento el uso generalizado y ya aceptado del término “principio” para referir a la máxima de razonabilidad, Alexy conviene en utilizar indistintamente ambos términos.

El autor alemán citado señala un rasgo muy importante de la relación entre la razonabilidad y los principios. Para Alexy, la primera es un derivado lógico del carácter de principio de algunas de las normas del sistema jurídico. Dicho en sus propias palabras: “entre la teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquella”⁶⁶. Si hemos entendido bien puede decirse que una consecuencia importante de tal relación lógica entre razonabilidad y principios es que se impone siempre el ejercicio de la técnica de la razonabilidad o proporcionalidad en las instancias de ponderación u optimización de los principios jurídicos frente al caso concreto.

El principio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad, tal como he adelantado, es una pauta de rango constitucional, la que a través del ejercicio u operatividad de sus diversos ingredientes permite medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, como así también de cualquier interpretación y aplicación de la legalidad que restrinja su ejercicio⁶⁷. En realidad, y dicho en líneas bien generales, el

64 ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., pág. 112, nota n° 84. Por el concepto de “máxima”, puede verse ALCHOURRON, Carlos E. Y BULYGIN, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, cit., KLIMOVSKY, Gregorio, Las ciencias formales y el método axiomático, a-Z Editora, Bogotá, Colombia, año 2.000

65 Agrega ALEXY que “por tanto, las tres máximas parciales -adecuación, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto- tienen que ser catalogadas como reglas”, aut. cit., Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., pág. 112, nota n° 84.

66 Id., pág. 111.

67 BARNES, Javier, El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar, cit., pág. 16.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

principio en estudio se presenta como un límite externo, de carácter material -no meramente formal-, que se impone a la potestad que tienen la Administración y el Legislativo de reglamentar y limitar los derechos y libertades fundamentales. Es un límite a la potestad limitadora del Estado; cuyo punto de mira se dirige a denunciar como ilegítimas e inconstitucionales a las intervenciones públicas que resulten *inútiles* para lograr la finalidad de la ley; *innecesarias* por existir a todas luces otras alternativas menos gravosas o más moderadas, susceptibles de alcanzar el objetivo propuesto con *igual grado de eficacia*; y *desproporcionadas en sentido estricto*, por generar *patentemente* más perjuicios que beneficios en el conjunto de los bienes, derechos e intereses en juego⁶⁸.

La literatura jurídica especializada acepta en general, que la máxima o principio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad en estudio, se integra con tres sub-reglas: *adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*. Las dos primeras, según Robert Alexy, solo atienden a las posibilidades fácticas del caso. Mientras que la última lo hace respecto a las posibilidades jurídicas de los principios en contradicción. Analizaremos sucintamente cada una de éstas⁶⁹.

68 Id., pág. 16.

69 En este sentido, resultan ilustrativos los fundamentos dados por la STC 159/2000 del TCE., en su f.º 3-c. Dice el TCE: "existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subverta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2), o bien cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho (por todas, STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3). Ello implica realizar un juicio de proporcionalidad que requiere la constatación de que la medida restrictiva adoptada cumple los tres requisitos siguientes: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad (entre otras SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 2 -y las que allí se citan- y STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4)".

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

III. 5. La finalidad y la idoneidad de la medida objeto de control.

La *sub-máxima de adecuación* o *idoneidad* exige que las medidas legislativas o las intervenciones públicas tengan un *fin*, y que esas medidas sean *adecuadas* para lograr el fin propuesto. En realidad, aquí se comprenden dos exigencias autónomas y que pueden abordarse de manera independiente tal como viene haciéndolo el TCE. Así y en primer lugar, cabe constatar si la medida enjuiciada presenta un *fin* constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho. O si por el contrario, no existe tal fin y consecuentemente la intervención pública es gratuita y la reglamentación legislativa, arbitraria⁷⁰. En segundo lugar, corresponde determinar si el *medio* propuesto resulta adecuado, apto o idóneo para lograr la finalidad propuesta por la norma.

Analicemos estas exigencias con más detenimiento. Debido a que el principio de proporcionalidad es esencialmente de carácter *relacional*, en el sentido de que compara siempre dos magnitudes: los *medios* a la luz del *fin*, resulta a todas luces relevante, entonces, la importancia de establecer con exactitud la *finalidad* de la norma o de la medida administrativa a enjuiciar⁷¹. Esta *finalidad*, como bien explica Barnes, es un “dato externo y ajeno al principio de proporcionalidad, es un término fijo. La finalidad es la que determina, en cada caso, el peso y la medida máxima que se le puede consentir a la injerencia”⁷². Tal finalidad debe ser precisada exhaustivamente, pues de ella dependerá en

70 PRIETO SANCHIS, Luis, "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", en Cuadernos de Derecho Público, nº 11 (Septiembre-Diciembre, 2000), pág. 22.

71 En este mismo sentido, según GONZALEZ BEILFUSS, Markus, "la característica más destacada del principio de proporcionalidad es su carácter relacional", aut cit., El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., pág. 99.

72 Para BARNES, Javier, mediante el principio de proporcionalidad, no se "cuestiona si hay que averiguar la paternidad, sino si el análisis de sangre es proporcionado en el caso concreto a ese objetivo. No entra a si es lícito conducir al ciudadano ante el juez para practicarle diversas notificaciones y requerimientos, sino si para satisfacer ese fin y no otro es proporcionado detenerle veinticuatro horas o hubiera bastado, para alcanzar ese mismo objetivo, con conducirlo a su presencia sin necesidad de detención o con una detención temporalmente inferior", aut. Cit., El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar, cit., pág. 25.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

gran medida el resultado del juicio de proporcionalidad en tanto es uno de los puntos de la comparación a emplearse en él.

Ahora bien, más allá de esta concreta necesidad de que se determine siempre el fin de la norma en cuestión, cabe también decir que la finalidad puede ser traída al juicio de proporcionalidad o ponderación de dos maneras diferentes. Por un lado, es posible que se discuta la legalidad de la finalidad. Es decir, que se cuestione que la finalidad de una norma jurídica en concreto, sobre todo a la luz del plexo de valores que fundamentan el sistema jurídico, es arbitraria o irrazonable. En estos casos, estaremos en presencia por ejemplo, de un planteo de inconstitucionalidad por arbitrariedad de la ley. Pero por otro lado, puede suceder que no se observe o cuestione la legitimidad del fin de la norma, sino que el punto de mira del juicio a realizar se traslade al otro extremo de la relación: los medios de que se vale la Administración o el Estado para efectivizar el fin. Este último control, se efectiviza concretamente mediante el *juicio de idoneidad*.

Para el TCE la finalidad de la norma constituye el “*prius*” lógico de la proporcionalidad⁷³. Ahora bien, dado que la declaración de inconstitucionalidad de la finalidad de la norma evita de entrada la necesidad de examinar la proporcionalidad de la medida objeto de control, el TCE analiza siempre la finalidad de la norma en primer lugar, y al margen del juicio de idoneidad. El control de este “*prius*” lógico permite rechazar de entrada todas aquellas medidas que persigan “bienes o intereses constitucionalmente proscritos” y, en el ámbito penal, todos aquellos tipos que “persigan fines socialmente irrelevantes”⁷⁴.

Según Prieto Sanchís, corresponde establecer alguna

73 Vid. entre otras, las STC 55/1996 (régimen penal de la prestación sustitutoria-II), 161/1997 (delito de negativa a someterse al test de alcoholemia) y 49/1999 (intervención telefónica).

74 Vid. en este sentido, la STC 136/1999 (Mesa Nacional de HB).

DOCTRINA - REVISTA del IDEI

distinción cuando se trata de determinar la legitimidad de la finalidad impuesta a la norma por el Legislador mediante el juicio de proporcionalidad *en la ley*. Pues a diferencia de la Administración Pública, cuya discrecionalidad se entiende reglada y que por lo tanto debe ejercer el poder administrador en función de tales parámetros legales, el Legislador cuenta con autonomía política, con potestad discrecional para optar entre diversos fines igualmente legítimos siempre y cuando no estén prohibidos por la Constitución⁷⁵. Es por ello que en cierta medida, el TCE no exige que la finalidad perseguida por la medida objeto de control esté constitucionalizada de manera expresa, bastándole con que sea “constitucionalmente legítima”, y pueda hallarse comprendida dentro del “marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo”⁷⁶.

De todas maneras, el control de esta finalidad de las normas apenas ha planteado problemas en la práctica. En efecto, si se tiene en cuenta que para el TCE el incumplimiento de este requisito no afecta al principio de proporcionalidad, sino al precepto constitucional concretamente vulnerado o, en su caso, a la interdicción de la arbitrariedad, no puede resultar extraño que hasta ahora el TCE prácticamente no haya considerado violado este “prius” lógico del juicio de proporcionalidad.

Ahora bien, como ya he adelantado, estrechamente relacionada con la finalidad perseguida por la actuación del poder público o la norma sancionada por el Legislador, se halla la *idoneidad* de la medida para lograr dicha finalidad. Mediante este requisito, también llamado de *aptitud o adecuación de la medida*, no se exige que el medio objeto de control deba necesariamente ser el instrumento *más óptimo* para la

75 PRIETO SANCHIS, Luis, Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación, cit., pág. 22.
76 Cfr. STC. 11/1981 (Decreto-Ley regulador del derecho de huelga).

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

consecución de la finalidad perseguida. Esto se demuestra fundamentalmente a partir de la negativa del TCE en realizar juicios técnicos o de oportunidad en relación con dicha medida, bastándole en cambio con que ésta contribuya de alguna manera a acercar la consecución de la finalidad perseguida.

Ciertamente, la autoinhibición del TCE para indicar en el caso concreto enjuiciado cuál es la medida más óptica, ha contribuido a que en la práctica no existan pronunciamientos que decidan la desproporción de una norma debido a la inidoneidad del medio empleado por ella. Esto se debe básicamente a que resulta muy difícil que un órgano público establezca una medida que sea “absolutamente” inidónea para lograr el fin propuesto. De todas maneras, en el caso extremo de estar frente a una medida palmariamente inadecuada para lograr el fin señalado, parece que lo que estaría implicado sería más bien la violación del mandato de interdicción de la arbitrariedad, ya que en todo caso lo que resultaría impedido sería cualquier explicación racional de dicha medida. En este sentido, el TCE ha reconocido que la vulneración de este requisito se reserva a los supuestos en que el sacrificio del derecho objeto de limitación sea “patentemente inidóneo” para alcanzar la finalidad perseguida⁷⁷.

III. 6. La necesidad de la medida objeto de control.

Mediante la segunda sub-máxima de *necesidad o indispensabilidad* también viene a juzgarse la relación de medio a fin, pero esta vez se lo hace bajo un perfil diferente. Concretamente se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces o idóneas. Por su intermedio se exige la adopción de la *alternativa menos*

⁷⁷ STC. 55/1996 (régimen penal de la prestación social sustitutoria-II).

DOCTRINA - REVISTA del IDel

*gravosa o restrictiva de los derechos*⁷⁸. Dicho de otro modo, ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva⁷⁹.

Respecto del segundo punto de la relación, el fin, puede decirse que la sub-máxima de necesidad no sólo lo “acepta en un sentido neutro, sino también en el concreto grado de efectividad (intensidad, extensión, etc.) con el que el poder público aspira a satisfacerlo”⁸⁰. Esto es así por la misma razón antes señalada de que el legislador cuenta con un margen de discrecionalidad política que lo habilita además de elegir los medios, también a establecer el grado de cumplimiento de los objetivos propuestos siempre, claro está, que éstos no sean prohibidos por la Constitución. Consecuentemente, al Juez no le corresponde cuestionar ni la efectividad ni la dimensión con la que el legislador pretende el cumplimiento de los objetivos. Es decir, de la misma manera como sucede durante el juicio de idoneidad de la medida, en el juicio de necesidad no se debe avanzar hasta el extremo de señalar el medio “óptimo o más óptimo”, pues de actuar así se correría riesgos de afectar entre otros, el postulado de división de poderes. Sólo en el caso de que sea *evidente y manifiesto* que una alternativa es menos restrictiva que la aplicada por la Administración, y que sea a la vez susceptible de alcanzar el fin con el mismo grado de efectividad, podrá establecerse la innecesariedad de la medida elegida por la Administración o el Legislador.

En la STC 55/1996, el TCE se ha referido expresamente al espacio de discrecionalidad política reservado al Legislativo.

78 CIANCIARDO, Juan, "El sub-principio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad", en ED. T. 185, Buenos Aires, pág. 899.

79 PRIETO SANCHIS, Luis, Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación, cit., pág. 23.

80 BARNES, Javier, El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar, cit., pág. 26.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

En esta resolución ha afirmado que la realización del juicio de necesidad compete esencialmente al legislador, dado que goza de un amplio margen de libertad no sólo derivado de la abstracción del principio de proporcionalidad y de la complejidad de su control, sino sobre todo “de su naturaleza como representante en cada momento histórico de la soberanía popular”. Ello le ha llevado a sostener que “en rigor, el control constitucional de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza”.

Con este mismo fundamento, también se ha manifestado respecto el ámbito penal. Concretamente, el TCE ha alegado de manera reiterada que el diseño de la política criminal corresponde en exclusiva al legislador y que, por lo tanto, la proporcionalidad de las penas es fruto de un complejo juicio de oportunidad que no viene predeterminado constitucionalmente de forma unívoca y precisa. En este sentido, ha dicho que el requisito de la necesidad únicamente se vulnera en supuestos en que se produce “un patente derroche inútil de coacción”,⁸¹ o cuando las medidas alternativas aducidas son “palmariamente de menor intensidad coactiva para los ciudadanos y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada”⁸².

Tal como acontece con el requisito de idoneidad antes explicado, debido a la cautela del TCE en la aplicación del control de necesidad al legislador, en muy pocas ocasiones ha decidido que una medida legislativa resultaba innecesaria. Sí lo

81 STC 55/1996 (régimen penal de la prestación social sustitutoria-II).

82 STC 161/1997 (delito de negativa a someterse al test de alcoholemia) y 136/1999 (Mesa Nacional de HB).

DOCTRINA - REVISTA del IDel

ha hecho, por ejemplo, en la STC 76/1996 (comunicación previa de la interposición del recurso contencioso-administrativo), en la que se considera que existían otros medios menos drásticos que dicha comunicación para facilitar la resolución de los recursos contencioso-administrativos. De todas maneras, cabe destacar que según resulta de la relación de los hechos de la causa, esta sentencia en puridad no se dirige directamente al legislador sino más bien a los tribunales ordinarios que eran los que habían interpretado en la especie que dicho requisito resultaba insubsanable. En esta resolución, expresamente el TC manifestó que: “aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE.) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos al enjuiciamiento del fondo del asunto que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen”⁸³.

La densidad de control del juicio de necesidad tampoco ha sido excesiva en relación con los restantes operadores jurídicos. De hecho, al margen de la STC 76/1996, son pocas las ocasiones en las que el TCE ha considerado abiertamente que la medida objeto de control era innecesaria y, por tanto, inconstitucional. Sí lo ha hecho, por ejemplo, en la STC 207/1996 (intervenciones corporales durante la instrucción penal), donde se llega a la conclusión que la extracción de cabellos no era necesaria para determinar la participación de una persona en un delito de cohecho; y la STC 265/2000 (denegación de un puesto funcional a un representante sindical liberado), en la que se considera que la eficacia del servicio podía garantizarse a través de otras medidas como la adscripción de

⁸³ En realidad, la STC 76/1996 no declara derechamente la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada. Más bien lo que hace el TC es declarar que la norma bajo control no es inconstitucional conforme la reinterpretación que el Alto Tribunal formula en el fallo.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

otro puesto de trabajo o la atribución temporal de atribuciones a otro funcionario.

Otra cuestión interesante, sobre todo por su carácter práctico, reside en establecer el modo y las técnicas de las que se vale el TCE para decidir sobre la necesidad o no de un medio enjuiciado. Ciertamente, en la medida en que los órganos encargados de aplicar las leyes se encuentran necesariamente frente a un caso concreto, y por ende frente a un supuesto de hecho definitivamente configurado al menos jurídicamente, la concreción de las circunstancias fácticas del caso permiten analizar con mayor detalle la existencia de medidas alternativas menos gravosas para la consecución de la finalidad perseguida. Muy por el contrario, dado que esta realidad no se presenta al momento de enjuiciar la necesidad de una medida dictada por el legislativo, el Tribunal ve dificultada su tarea en cierta medida, pues debe apelar mayormente a criterios más abstractos y difusos a fin de determinar la legitimidad de la norma sancionada. De todas maneras, el TCE en su STC 55/1996 establece las pautas por medio de las cuales entiende debe efectivizarse el juicio de necesidad, aunque sólo referidas a la materia penal. En esta resolución el Alto Tribunal expresa que: “sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento. Cuando se trata de analizar la actividad del legislador en materia penal desde la perspectiva del criterio de necesidad de la medida, el control constitucional debe partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles, atendiendo en todo caso a la concreción efectuada por el legislador en supuestos análogos, al

DOCTRINA - REVISTA del IDel

objeto de comprobar si la pena prevista para un determinado tipo se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida para dichos supuestos”. En el mismo sentido, el TC expresa en la STC 136/1999 (Mesa Nacional de HB), que “en materia penal, ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto)”.

Por último, a fin de esclarecer el carácter y naturaleza del juicio de necesidad, aunque más no sea en un sentido general, resulta válido compararlo con el juicio de idoneidad. En este sentido, puede decirse que mientras el juicio de adecuación se presenta como juicio bilateral-vertical, entre el medio empleado por el legislador para la consecución del fin constitucional y dicho fin; el juicio de necesidad aparece como un juicio plurilateral, vertical y horizontal, simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos. De manera que a hilo de lo dicho, parece que no sería desacertado indicar que la máxima de necesidad comprende por ser más general, a la máxima de adecuación. No obstante, en la medida que la distinción conceptual entre ambas reglas contribuya a la claridad y concreta determinación de los pasos a seguir en el juicio de ponderación, ella es aceptable. De todos modos, tal como lo ha reconocido de manera implícita el mismo TCE en su STC 66/1995, el juicio de necesidad presenta mayores dificultades que el juicio de idoneidad. En esta resolución el Alto Tribunal señala que: “...no cabe duda que la prohibición de la celebración de la concertación permite alcanzar el fin perseguido –la protección del orden público con integridad de personas y bienes- (*el requisito de idoneidad*). El problema se centra en determinar si cumple los otros dos requisitos enunciados, y muy especialmente, el relativo a la necesidad de la medida o, más

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

concretamente, a si la prohibición total del ejercicio del derecho resultaba imprescindible o cabía en este caso la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido, como la propuesta de la modificación de las circunstancias de celebración de la concertación, relativas al lugar, a la hora o al modo de realización de la misma prevista en el art. 10 de la ley Orgánica 9/1983”.

Por el contrario, si se pretende comparar el juicio de necesidad con el tercer requisito del juicio de proporcionalidad, cual es el de *proporcionalidad en sentido estricto* -y cuyo estudio se afrontará seguidamente- deberá advertirse la identificación que se establece entre los juicios de idoneidad y necesidad. En efecto, puede observarse que en los casos concretos donde no se susciten conflictos o tensión entre principios opuestos, serán las sub-reglas de adecuación y necesidad autosuficientes para ponderar el peso del único principio que resulta aplicable. Esto es así en tanto la cuestión del único principio a ponderar se reduce a determinar cuál es la *posibilidad máxima* de su aplicación frente a los hechos del caso concreto. Es por ello que se ha sugerido que en estas circunstancias resulta más atinado denominar al principio ponderado como *mandato de maximización* de las posibilidades fácticas, y no mandato de optimización. En cambio, en la hipótesis de que principios opuestos sean simultáneamente invocados para resolver el caso, el juicio de ponderación requerirá ineludiblemente operar con las tres sub-reglas. Es decir, además de la sub-máximas de idoneidad y necesidad, se demandaría también la subregla de proporcionalidad en sentido estricto⁸⁴.

84 ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., pág. 112.

DOCTRINA - REVISTA DEL IDEI

III. 7. La proporcionalidad en sentido estricto.

La sub-máxima de *proporcionalidad en sentido estricto*, también llamada ley de la ponderación, refiere centralmente al carácter de mandato de optimización de las *posibilidades jurídicas* de los principios. A través del concepto de “posibilidades jurídicas” se alude al hecho de que los principios opuestos, al hilo de su contradicción u oposición, representan mutua y recíprocamente los límites jurídicos de realización de cada uno de ellos. En efecto, y tal como se ha explicado en los acápites anteriores, de la mano de las máximas de adecuación y necesidad se cuestiona y observa la utilidad de un medio o la prevalencia de un medio sobre otro para lograr con la misma efectividad y menores lesiones un mismo fin. Mientras que, frente al caso concreto en el que dos principios están en pugna, la solución de la controversia debe reposar en una elección entre ambos o, en su caso, en la determinación del grado respectivo de su aplicación justificada. Dicho en otras palabras, la solución de la controversia gira sobre la optimización de los principios en vista del caso concreto.

Si centramos la atención sobre la distinción entre las reglas respectivas de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, según Alexy se verá que la primera permite privilegiar a un medio sobre otro medio; nada más. En cambio, el *acto de elegir* uno de los dos medios es una cuestión de posibilidades jurídicas, es decir un problema de ponderación entre los principios en tensión⁸⁵. Esto es, si consideramos que siempre en las hipótesis de conflicto, aún el medio más benigno que haya prevalecido en el juicio de la máxima de necesidad también afecta al principio contrario, necesariamente debe aceptarse que la ponderación entre las posibilidades jurídicas de tales principios resulta imprescindible, es decir, ambos deben ser

⁸⁵ Id., pág. 114.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

optimizados.

La ponderación en sentido estricto opera mediante la *ley de colisión*, y su criterio principal puede resumirse de la siguiente regla: *cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*. En realidad, este criterio se reduce a una relación de costo-beneficio, o como bien señala Prieto Sanchís “consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor”⁸⁶. Ahora bien, debe destacarse que tal criterio impone que la ponderación a efectuar entre *la gravedad de la intervención y la urgencia de los motivos que la justifican*, discorra entre *los límites de la razonabilidad*⁸⁷. Esto es, el equilibrio entre costos-beneficios que se deduzcan mediante la aplicación de la ley de ponderación en el caso concreto debe ser razonable; razonabilidad que tiene como parámetros tanto la estructura de valores que asume cada Constitución, como el peso específico que se le haya atribuido a los intereses objeto de ponderación⁸⁸.

El TCE ha desarrollado varias definiciones del *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*. Así, en varias resoluciones ha señalado que la medida objeto de control debe ser “proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre

86 PRIETO SANCHIS, Luis, Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación, cit. pág. 24.

87 LOPEZ GONZALEZ, José Ignacio, El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, pág. 43.

88 BARNES, Javier, El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar, cit., pág. 48.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

otros bienes o valores en conflicto”⁸⁹. Pero paralelamente a este concepto también pueden encontrarse otras referencias tales como la “ponderación entre la finalidad perseguida, el medio aflictivo y el derecho afectado”⁹⁰. O en lo que respecta al ámbito penal, a la ponderación “entre la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales”⁹¹. De todas maneras, a pesar de la indeterminación que parece ya consustancial al concepto de proporcionalidad en sentido estricto y que el mismo TCE no logra reducir⁹², no cabe dudas que está implícito en todas las definiciones dadas por el TCE un común denominador constituido básicamente por la idea de equilibrio, de ponderación entre dos extremos jurídicos. De ahí que este tercer requisito de la proporcionalidad en sentido estricto ha sido denominado en algunas sentencias recientes de manera indistinta como *juicio de ponderación*⁹³.

Ahora bien, el criterio del “balanceo entre costos y beneficios” en tanto definición del requisito de proporcionalidad en sentido estricto que el TCE parece adoptar, por ejemplo en la STC 66/1995, ha merecido varias críticas. Una de ellas es que tal

89 Vid. en este sentido, STC 66/1995 (concentración de trabajadores de banca), 207/1996 (intervenciones corporales durante la instrucción penal).

90 STC 69/1999 (precinto de equipos radioeléctricos).

91 STC 136/1999 (Mesa Nacional de HB).

92 En línea general puede decirse que la proporcionalidad y la razonabilidad participan de los caracteres de los “conceptos esencialmente controvertidos”, tales como la igualdad, libertad, honor, dignidad, justicia, democracia, autonomía, etc. Al respecto, puede verse IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *Doxa* n° 23 (2000), pág. 77 y ss.

93 Vid. en este sentido, STC 265/2000 (denegación de un puesto funcional a un representante sindical liberado) y 53/2002 (retención en frontera de los solicitantes de asilo).

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

denominación puede estimular una interpretación meramente economicista al hilo del cual se reduzca el juicio a una mera cuestión dineraria o cuantitativa; olvidándose de este modo que lo que en sustancia se trata es de establecer el grado de lesión y satisfacción de bienes y principios constitucionales, todos de igual importancia en abstracto⁹⁴.

Otra observación que se le ha efectuado al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, reside en que en el caso particular de enjuiciamiento de leyes sancionadas por el legislador, el TCE corre el serio riesgo de desembocar al hilo de los argumentos consecuencialistas⁹⁵, “en una ablación, en una eliminación absoluta de uno de los principios en pugna ... y ello debido a la necesidad y la urgencia de atender a un fin valioso e importante que mostrase como justificada la postergación general de otro bien o derecho”⁹⁶. Ciertamente, y de la misma manera como acontece en el ámbito del juicio de necesidad antes explicado, este riesgo se debe en gran medida a que el juicio de proporcionalidad *en la ley* debe efectuarse sin mayores referencias a las circunstancias concretas de un caso determinado, apelando a criterios de interpretación abstractos y generales desconectados de un marco configurado por los hechos concretos, cosa que no sucede en cambio en el ámbito del juicio de legitimidad de la actuación de los órganos públicos y los encargados de aplicar la ley.

94 PRIETO SANCHIS, Luis, Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación, cit. pág. 24

95 Sobre la argumentación consecuencialista, puede verse ATIENZA, Manuel, *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Edit. Ariel, Barcelona, 1993, pág. 158

96 PRIETO SANCHIS, Luis, ob cit, pág. 24.

DOCTRINA - REVISTA del IDel

Este riesgo, según Medina Guerrero, puede reducirse en la medida que se recurra a la cláusula del contenido esencial⁹⁷. En términos generales se entiende por contenido esencial del derecho iusfundamental al núcleo inviolable del derecho fundamental que opera como límite interno o valla para las limitaciones que el Legislador o la Administración Pública pretendan imponerle mediante reglamentación legal. Un ejemplo interesante de utilización conjunta de la cláusula del contenido esencial y el juicio de proporcionalidad, lo otorga por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en materia de control de constitucionalidad de las leyes. En efecto, este Alto Tribunal además de efectuar el juicio de razonabilidad de la medida impugnada, considera si la decisión de la Administración no afecta el “*contenido esencial*” del derecho involucrado. Para ello realiza un primer juicio llamado “de alteración” por medio del cual se determina si la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado. Luego, la Corte practica un segundo juicio llamado de “justificación”, mediante el cual se determina si la medida no alteradora del contenido esencial del derecho fundamental, introduce precisiones tolerables a la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido. Como se advierte, este segundo juicio constituye en puridad la aplicación de la ley de ponderación, o la tercer sub-regla de proporcionalidad en sentido estricto⁹⁸.

97 MEDINA GUERRERO, M., La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 145 y ss. El concepto de contenido esencial del derecho fundamental tiene recepción constitucional en Alemania, en tanto el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn establece: “cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular. Además, la ley tiene que designar el derecho fundamental...En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”. En este mismo sentido, el art. 53.1 de la Constitución Española de 1978 establece que: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Sobre el concepto de contenido esencial puede verse MARTINEZ PUJALTE, Antonio Luis, “Posición constitucional de los derechos fundamentales y garantía del contenido esencial”, en Anuario de Derecho Nº 4, Universidad Austral, Edit. Abeledo Perrot, Bs.As., 1998, pág. 13 y ss. También, ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit, pág. 286.

98 Cfr. CIANCIARDO, Juan, El conflictivismo en los derechos fundamentales, Edit. EUNSA, Pamplona, Navarra, 2000, pág. 350.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

En el ámbito de la justicia constitucional española, el riesgo aludido de que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto respecto de las leyes pueda deslizarse fuera de lo aceptable, no se ha producido en la práctica. Más bien al contrario, el TCE luego de asumir la necesidad de diferenciar el control de las normas legales del control de sus actos de aplicación, ha dado claras muestras de su cautela para la efectivización del control en las leyes. Así, en pocas resoluciones ha estimado que el legislador no ha superado el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Un ejemplo de ello es la STC 76/1996 (comunicación previa a la interposición del recurso contencioso-administrativo), donde sin hacerse referencia expresa a este requisito se considera que la inadmisión de los recursos en caso de omisión de tal comunicación constituye una sanción excesiva. Otro caso es la STC 136/1999 (Mesa Nacional de HB), donde el fallo estimatorio se basa precisa y expresamente en la existencia de un desequilibrio manifiesto entre la conducta sancionada y la pena impuesta. En concreto, el TCE expresa en esta última resolución que “la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas”.

IV. Conclusiones.

1. Ambas teorías de distinción entre reglas y principios, tanto la que enuncia la diferenciación morfológica o cualitativa como la que sostiene que ambas especies de normas sólo se distinguen en sede interpretativa-aplicativa de la ley, dan debida cuenta de la relevancia que los principios han adquirido en el ámbito de la Teoría del Derecho, y en particular en la dogmática

DOCTRINA - REVISTA del IDel

de los Derechos Fundamentales, considerando el nuevo escenario del Estado Constitucional de Derecho.

La relevancia de los principios puede explicarse al hilo de dos fenómenos íntimamente relacionados: por un lado, la positivización de los principios en el seno de las constituciones actuales, hasta el punto de que buena parte de los preceptos constitucionales y, singularmente, de las normas de derechos fundamentales tienen carácter principal. De otro, la progresiva centralidad que las constituciones contemporáneas han adquirido en los sistemas jurídicos, hasta el punto de promover e incentivar el proceso de constitucionalización del Derecho en general. Prieto Sanchís señala al respecto, que las constituciones contemporáneas “ya no tienen por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos, que condicionan la validez de las normas inferiores: la Constitución en términos rigurosos es fuente del Derecho en sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes”⁹⁹.

2. El juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad se presenta como el instrumento más adecuado para afrontar los problemas de interpretación-aplicación de los derechos fundamentales; y para resolver los límites a la afectación de tales derechos por el Estado, o entre particulares. Por otro lado, si se acepta junto a Zagrebelsky, que la constitución que demandan los Estados constitucionales actuales representa “un modelo de producción normativa notablemente más complejo, donde todos los sujetos encuentran no un orden jerárquico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo”¹⁰⁰, se deberá concluir que el modelo tradicional de aplicación

⁹⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, cit., pág. 182.

¹⁰⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Trad. de Marina Gascón, Edit. Trotta, Madrid, 1995, pág. 53.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS...

lógico-subjuntivo de las normas jurídicas ha devenido insuficiente para otorgar respuestas adecuadas a estos nuevos problemas. El principio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad representa un método de interpretación más complejo que el anterior, pero a la vez más adecuado cuando se trata de resolver el conflicto entre razones o intereses en pugna igualmente valiosos.

3. El principio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad puede definirse como el instrumento por medio del cual se optimizan las exigencias fácticas y jurídicas de los principios constitucionales en conflicto y en vistas de las circunstancias del caso concreto. Una de sus características reside en su carácter relacional, en tanto enjuicia centralmente la proporción existente entre la finalidad ordenada por la norma y el medio estipulado por ésta para lograrlo.

Ahora bien, para enjuiciar esta relación medio-fin, el principio de proporcionalidad opera sucesivamente a través tres requisitos o submáximas diferentes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Mediante la idoneidad se analiza la finalidad, el “*prius*” lógico del principio de proporcionalidad al decir del TCE. Para luego converger sobre la aptitud del medio estipulado por la norma para lograr aquella finalidad. Lo más destacable de la finalidad es que de ella no se exige que esté expresamente reconocida por la constitución, sino que basta con que sea constitucionalmente legítima. De esta manera el TCE viene a reconocer al hilo de las exigencias del principio democrático el espacio de discrecionalidad política reservado al parlamento, para quien distintas decisiones legislativas sobre una misma materia son *prima facie* legítimas, excepto cuando éstas transgredan manifiestamente los límites impuestos por la Constitución. En lo que respecta a los tribunales judiciales ordinarios y la Administración, dicha legitimidad se traduce en la exigencia de cobertura legal que debe tener la

DOCTRINA - REVISTA del IDel

finalidad.

El análisis mediante el juicio de idoneidad del segundo elemento de la relación -el medio-, atiende fundamentalmente a la relación de causalidad (posibilidad fáctica, según Alexy) que debe mediar entre aquel y su finalidad. En esta instancia se exige en concreto que el medio sea adecuado, idóneo o apto para lograr dicha finalidad; pues en caso contrario la norma o la medida deberá ser declarada desproporcionada en este primer peldaño del test de proporcionalidad.

La necesidad de la medida objeto de control implica, por su parte, que no puede existir una medida alternativa que sea menos gravosa y que tenga al menos la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. Al igual que el juicio de idoneidad, se concentra en la relación causal entre el medio y el fin, no obstante añade a ello la comparación entre diversas medidas alternativas y posibles. Consecuentemente, también es un instrumento de optimización de las posibilidades fácticas de los principios.

El tercer y último requisito del test de proporcionalidad, denominado “proporcionalidad en sentido estricto”, condensa en cierto sentido los dos juicios anteriores. Mediante ella se obliga a ponderar la medida objeto de control y su finalidad. Pero como bien indica González Beilfuss, “a diferencia del requisito de necesidad, no se comparan las diversas medidas alternativas, sino únicamente la medida objeto de control y su finalidad. Pero a diferencia del requisito de idoneidad, la relación medio-fin no se analiza desde una perspectiva estrictamente causal, y por lo tanto, fáctica, sino desde un punto de vista jurídico: se trata de determinar si dicha medida es excesiva teniendo en cuenta la importancia de la finalidad perseguida con la misma”¹⁰¹. En síntesis, es un juicio dirigido a determinar el grado de equilibrio entre los costos y beneficios producidos por la medida y la finalidad estipulada.

101 GONZALEZ BEILFUSS, Markus, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., pág. 154.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

LEY 6212.
**MODIFICA EL CÓDIGO PROCESAL
CIVIL Y COMERCIAL DEL CHACO.**

Provincia del Chaco.

Cámara de Diputados.

2008 - Año de la Prevención de la violencia juvenil - Ley 6.085.

Señora Presidenta:

La Comisión de Legislación General, Justicia y Seguridad ha estudiado el proyecto 134/08 de ley, por el que modifica los artículos 602, 603 y 604 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco, sus agregados expediente 249/08 y proyecto de ley 2245/08 y por las razones que dará el miembro informante ACONSEJA la aprobación del siguiente proyecto:

“ARTÍCULO 1º Modifícanse los artículos 602, 603, 604, de la ley 968 y sus modificatorias - Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia - los que quedarán redactados de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 602. Resolución. Con los recaudos de los artículos anteriores, previa vista al asesor de menores e incapaces y pedido de informe al Registro de actos de

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, el juez resolverá:

1) El nombramiento de un curador provisional que recaerá en un abogado de la matrícula, salvo que el juez considerase conveniente designar al propuesto por el propio denunciado en un acto de autoprotección previo. En este caso y si no fuera abogado requerirá el patrocinio letrado. Sus funciones subsistirán hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda.

2) La fijación de un plazo no mayor de 30 días, dentro del cual deberán producirse todas las pruebas.

3) La designación de oficio de 3 médicos psiquiatras o legistas, para que informen, dentro del plazo preindicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano. Dicha resolución se notificará personalmente a aquél.”

“**ARTÍCULO 603:** Prueba. El denunciante únicamente podrá aportar pruebas que acrediten los hechos que hubiese invocado; y el presunto insano las que hagan a la defensa de su capacidad. Asimismo ambos podrán aportar las que acrediten la voluntad del presunto incapaz relativas a la dirección de su persona y bienes. Las pruebas que aquellos o las demás partes ofrecieren, se producirán en el plazo previsto en el inciso 2) del artículo anterior.”

“**ARTÍCULO 604:** Curador oficial y médicos forenses. El juez siempre valorará prioritariamente todo lo dispuesto anticipadamente por el presunto insano, especialmente lo manifestado con relación a la designación o rechazo de

LEY 6212. (CHACO)

determinado curador. Cuando el presunto insano careciere de bienes o éstos sólo alcanzaren para su subsistencia, circunstancia que se justificará sumariamente, el nombramiento de curador provisional recaerá en el curador oficial de alienados, y el de psiquiatras o legistas, en médicos forenses.”

ARTÍCULO 2°: Incorporanse como último párrafo del artículo 779 de la ley 968 y sus modificatorias - Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia -, el siguiente texto:

ARTÍCULO 779: El nombramiento de tutor o curador y la confirmación del que hubiesen efectuado los padres, se hará a solicitud del interesado o del Ministerio Público, sin forma de juicio, a menos que alguien pretendiere tener derecho a ser nombrado. Si se promoviese cuestión, se sustanciará en juicio sumarísimo. La resolución será apelable en los términos del artículo 778.

En todos los casos, el Juez deberá requerir Informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, quien deberá expedirse acerca de la existencia de disposiciones efectuadas por el interesado en cuanto al discernimiento de su propio curador.

De existir estipulaciones de este tipo, el Juez deberá considerarlas especialmente en pos de respetar la voluntad del interesado, siempre que no afecte los derechos de terceros.

ARTÍCULO 3°: Las modificaciones previstas a la ley 968 y sus modificatorias Código Procesal Civil y Comercial regirán a partir del 1° de enero del año 2009.

ARTÍCULO 4°: Regístrese y comuníquese al Poder Ejecutivo.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDel

SALA DE COMISIONES, 19 de agosto de 2008.

Firmados: Juan Chaquires, Marcelo E. Castelán, María L. Cáceres, Armando L. Verdún, Alicia Terada, Hugo D. Matkovich, Marisa A. Lizarraga y Clelia M. Ávila.

Sancionado y publicado. Ley 6.212.

Promulgada por Decreto N° 3542 del 01 de octubre de 2008 y publicada el 08 de octubre de 2008. Comenzó a regir el 01 de enero de 2009.

EL DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN EN LA PROVINCIA DEL CHACO

Esc. Marta Liliana Elisabet Bonfanti¹

Sumario:

Actos de Autoprotección.- Registro de Actos de Autoprotección.-
Ley 6212.-

Resumen

Cualquier persona que se encuentre en pleno uso de sus facultades tiene el derecho de manifestar sus deseos para reglar el modo en el que le gustaría vivir ante una eventual incapacidad declarada judicialmente. El documento que contiene tales directivas se llama acto de autoprotección².

Con el objeto de registrar los actos de autoprotección otorgados ante un escribano el Colegio de Escribanos del Chaco ha dictado una resolución por la que se creó el Registro de Actos de Autoprotección. Su reglamento prevé la necesidad de ser revisado permanentemente con el objeto de permitir hacer las modificaciones tendientes a tornar más eficaz su funcionamiento.

Si bien la ley de fondo, nuestro Código Civil, no reconoce a los

¹ Esc. Marta Liliana Elisabet Bonfanti. Titular de Registro Notarial en la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco. Directora del Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos del Chaco. Miembro integrante de la Comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino.

² En el derecho anglosajón estos actos se denominan "Living wills", cuya traducción literal es testamentos para la vida.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

actos de autoprotección, éstos si han sido receptados por los principios constitucionales y tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución. Es por esta razón que la legislatura ha aprobado por unanimidad la ley 6212 por la que se introducen importantes modificaciones al Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia del Chaco, en cuanto al procedimiento de la declaración de incapacidad.

El reconocimiento legislativo de los actos de autoprotección y su registro tiene el mérito de contribuir al dictado de sentencias más justas especialmente a favor de quien se debe proteger con la declaración de incapacidad o inhabilitación.-

Palabras clave:

Actos de autoprotección.- Registración.- Reformas procesales.

Abstract

Any person who is in full use of his mental faculties has the right to set down his wishes by giving specific instructions about the way in which he/she would like to go on living should He/she become legally incompetent. The legal instrument that contains such "directives" is called "Living Will"³.

With the aim to keep a record of the living wills signed before a notary, a resolution that creates the living will register has been passed by the Province of Chaco Notary Association. The rules and regulations of the living will register can be reviewed in order to be altered whenever necessary so as to make it be more

³ In Argentina, the document that contains this directives is called "actos de autoprotección" which literal translation is self-protection acts.

EL DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN...

efficient.

Argentina's Civil Code does not recognize living wills. However, they have been considered by constitutional principles and international treaties already incorporated to our Constitution.

It is for this reason that the local legislature has passed a bill that was unanimously accepted and it became Act 6212. This has made possible important modifications to the Civil and Commercial Proceeding Code in reference to the procedure for the declaration of legal incapacity.

This legislative recognition of living wills and their registration has the merit of addressing the entering of more fair judgments, especially in favour of the rights of those who are protected by a declaration of inability or incapacity.

Key words:

self-protection acts- Registration- amendment procedures

Actos de Autoprotección.

El **derecho de autoprotección** se caracteriza por ser inherente a la persona, pudiendo ésta en pleno uso de sus facultades, dictar las disposiciones que regulen cuestiones relativas a su persona y/o bienes ante el eventual acaecimiento de una circunstancia que lo torne incapaz de tomar decisiones por sí. Este conjunto de directivas anticipadas se concreta en los llamados **actos de autoprotección**.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

Los actos de autoprotección son esencialmente revocables, es decir que al igual que los testamentos, tiene prioridad el último otorgado en lo que disienta con lo dispuesto en otro anterior. Respecto de la forma que deben observar, pueden ser hechos por instrumento privado o por escritura pública. Entre las ventajas de su otorgamiento en escritura pública además de las propias de todo instrumento público, se encuentran: a) la posibilidad de su registración, de modo tal que se tenga noticia de su existencia oportunamente, y sobre todo b) la intervención del escribano, quien como asesor, y depositario de la confianza del requirente, audiencias previas mediante, sabrá plasmar su voluntad conforme a derecho, dando cumplimiento a las solemnidades que un acto con este alcance demanda.

Registro de Actos de Autoprotección.

Con el objeto de dar publicidad a la existencia de los actos de autoprotección, el 3 de diciembre de 2007, el Colegio de Escribanos del Chaco ha creado el Registro de Actos de Autoprotección de la Provincia del Chaco, habiendo comenzado su actividad desde el 01 de enero de 2008. Este registro toma razón de los actos de autoprotección otorgados en escritura pública únicamente, debiendo el escribano interviniente solicitar su inscripción en el Registro, completando un formulario diseñando al efecto.

Dado que este tema es relativamente nuevo en nuestro derecho, estamos en permanente contacto con colegas de otras demarcaciones que cuentan con sus respectivos registros en funcionamiento, a saber: los que funcionan en los Colegios de Escribanos de Provincia de Buenos Aires y Santa Fe II Circunscripción. Como consecuencia de esta fluida comunicación, hemos receptado el Formulario Anexo a la Minuta de inscripción del Registro de Santa Fe, en cuanto a que prevé que en la minuta de inscripción de los actos de autoprotección se consigne si existen directivas anticipadas en materia de salud y si el otorgante ha autorizado su publicación.

EL DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN...

En tal caso, a dicha minuta se le agrega un Anexo en el que se transcriben las directivas en materia de salud. Este mecanismo logra que el profesional a cargo de la institución hospitalaria⁴ donde se halle internado el otorgante al solicitar informe al Registro, obtenga junto con el certificado una copia del anexo mencionado. Todo ello con el único objeto de agilizar el procedimiento en miras a proteger al otorgante.

En nuestra provincia el Colegio de Escribanos, tiene a su cargo también el Registro de Testamentos. Allí, se toma razón no solo de los actos de última voluntad, sino también de las escrituras por las que los padres designan tutores y/ o curadores para sus hijos menores o incapaces para tener efecto después de su fallecimiento.

Atento las solicitudes de informes recibidas en formas de oficios librados por los juzgados que tienen competencia sobre esta materia, y a efectos de evitar confusiones⁵, en el certificado que expide el registro al pie reza la siguiente advertencia: "Para averiguar si el progenitor previó el nombramiento de curador para el hijo (Art. 479, 475 y 383 C.C.) se deberá oficiar al Registro de Testamentos que funciona en este colegio (Art. 100, Inc. 1 y 5 Ley 2212)⁶."

4 Anexo Resolución N° 140/07 del Consejo Directivo del Colegio de escribanos de la Provincia del Chaco. Registro de Actos de Autoprotección. Reglamento. Capítulo Primero. Art. 3° Rogatoria: "La actuación del Registro será rogada por: ...II) a fin de solicitar certificados de la existencia de actos inscriptos previsto en el capítulo cuarto de éste reglamento: ...c) el director de la institución hospitalaria..."

5 Para una mejor comprensión transcribo el Art. 779 primer párrafo del CPCC del Chaco: "El nombramiento de tutor o curador y la confirmación del que hubieren efectuado los padres, se hará a solicitud del interesado o del Ministerio Público, sin forma de juicio, a menos que alguien pretendiere tener derecho a ser nombrado. Si se promoviere cuestión, se sustanciará en juicio sumarísimo. La resolución será apelable en los términos del artículo 778."

La Ley 6212, también ha reformado este artículo incorporándole dos párrafos más que dicen: "En todos los casos, el Juez deberá requerir informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, quien deberá expedirse acerca de la existencia de disposiciones efectuadas por el interesado en cuanto al discernimiento de su propio curador.

De existir estipulaciones de este tipo, el Juez resolverá considerarlas especialmente en pos de respetar la voluntad del interesado, siempre que no afecte los derechos de terceros."

6 Ley 2212. Art. 100: "...El Colegio llevará el registro de testamentos en el que tomará razón de la existencia de los documentos respectivos de manifestaciones de última voluntad con prescindencia absoluta de su contenido a saber:5) Las escrituras públicas por las que se nombre tutor, con efecto para después del fallecimiento del otorgante....".

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

Esto de algún modo logra advertir al Juez a cargo que si bien las reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco introducidas por la Ley 6212, exigen se oficie al Registro de Actos de Autoprotección, ello no obsta a que en el caso particular si se dan las condiciones (que el progenitor otorgante de una escritura por la que se designa tutor/curador hubiere ya fallecido) se deba librar oficio al Registro de Testamentos también.

Ley 6212 del Chaco.

En nuestro país la ley de fondo no reconoce a los actos de autoprotección expresamente, más surge su clara viabilidad de la aplicación de los principios constitucionales tales como la autodeterminación, libertad y autonomía de la voluntad, que han servido de base a fallos jurisprudenciales que han considerado precedentes a los actos de autoprotección. ("S.M. De Insania." S.C.B.A. 9/2/2005; "M." Amparo Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 1 de Transición de Mar del Plata. 25/7/2005.)

Habida cuenta de esta realidad normativa, la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco, el 10 de septiembre de 2008 ha aprobado por unanimidad⁷ el proyecto por el que se modifica el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia del Chaco. Esta ley provincial bajo el N° 6212 luego de haber sido promulgada por Decreto N° 3542 del Poder

⁷ Versión taquigráfica del Debate legislativo del punto 10.33, de la sesión del 10/09/2008 (www.legislaturachaco.gov.ar - consultas-versiones taquigráficas- sesión del 10/09/08 punto 10.33 páginas 217 a 222, información obtenida el 29/05/2009) : "...Dip. María Lidia Cáceres: ...Como antes dije, aquí se ha creado, en el Colegio de Escribanos de nuestra Provincia, el Registro de Actos de Autoprotección y que sus asientos constituyan un medio eficaz y de utilidad para el juez, es lo que pretende este proyecto. ... Por eso, la intención de esta modificación del Código Procesal es, justamente, poder optimizar y darle mayor operatividad a los asientos que, en lo sucesivo, se realicen en el Registro de Actos Autoprotección y que éstos se traduzcan en elementos de utilidad para el juez que entienda -como decía antes- en los procesos de declaración de incapacidad...". La diputada Cáceres ha sido autora del Proyecto de ley, el que ha sido complementado por el del Diputado San Cristóbal.

EL DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN...

Ejecutivo el 01 de octubre de 2008 y publicado el 8 de octubre de 2008, comenzó a regir a partir del 01 de enero de 2009. La reforma contempla esencialmente la obligación de los jueces (que tengan que resolver cuestiones relativas a la declaración de incapacidad, inhabilitación y designación de curador), de pedir informe al Registro de Actos de Autoprotección a cerca de la existencia de un acto otorgado con anterioridad por el presunto incapaz. Una vez emitido el informe por el registro, de haber existido un acto otorgado y registrado, el mismo indicará datos de la escritura que contenga tal acto para que el juez continúe el procedimiento pertinente a fin de llegar a tener conocimiento de su contenido. Con este valioso instrumento en sus manos, su señoría merituará la procedencia (el Artículo 604 dice "valorará...") de las directivas allí plasmadas en la medida que no afecte derechos de terceras personas y no sea contraria al ordenamiento jurídico.

La segunda importante modificación que introdujo esta reforma es la del Artículo 603 del CPCC. A través de ella se habilita al presunto insano a aportar todo tipo de pruebas (antes solo podía aportar las relativas a la prueba de su capacidad), entre ellas las directivas anticipadas. Esta reforma se torna sumamente importante en los casos en que se hubieren otorgado actos de autoprotección que no hayan sido inscriptos, sea porque el otorgante manifestó expresamente su negativa a la registración,

8 Bonfanti, Marta; Llorens, Luis R.El Reconocimiento a disponer en previsión de la propia falta de discernimiento en el CPCC del Chaco. Ley Litoral Año XII Número 11, diciembre de 2008. "... Y La redacción importa conferir al presunto insano (lo sea o no, por hipótesis) el derecho a aportar esas decisiones. Al reconocerle ese derecho, se le reconoce implícitamente el derecho a ser escuchado, derecho que reciente legislación nacional confiere a los menores a través de la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635), en aplicación directa de los derechos que les confiere la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693). Nótese también que esta misma legislación vinculada con la minoridad es, en realidad, aplicable a los mayores con discapacidades intelectuales en virtud de la remisión dispuesta por el art. 475 del código civil. Igualmente, en tal sentido, la norma proyectada es perfectamente acorde con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, que acaba de ser ratificada por nuestro país, mediante la ley 26.378, promulgada y sancionada en el último mes de junio."

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDeI

o porque el acto no esté hecho en escritura pública (recordemos que el registro toma razón únicamente de los actos otorgados en escrituras públicas). En este punto es clara la recepción legislativa de lo normado⁸ en tanto que garantiza que la parte débil sea escuchada, a través de los actos que pudo otorgar anticipadamente.

Por último, pero no por ello menos importante, por medio de esta reforma se reconoce por la vía indirecta la legitimidad de la actuación del Registro de Actos de Autoprotección, toda vez que el Artículo 602 dice: "...y pedido de informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia...".

De este modo, se estará contribuyendo a lograr sentencias más justas, precisamente para esa persona vulnerable a la que se intenta proteger con la declaración de incapacidad, ya que no sólo se respetará lo que ésta haya decidido para sí misma, sino que además al facilitar la tarea de los jueces y asesores se evitarán demoras, obteniendo mayor celeridad procesal.

Es importante que todos los profesionales del derecho (jueces, abogados, asesores, defensores, escribanos) y comunidad en general, tengan conocimiento de la existencia de la novel figura de la autoprotección y la forma de utilizar esta herramienta para ver concretado su fin último: Una vida digna a su otorgante.-

Sentencia número 120, Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, Cuba, de fecha 30 de septiembre de 2008.-

APELACIÓN N° 185/08

JUECES: Lic. Yanet Alfaro Guillén - Carmen Pérez Gómez - Lourdes Villa Rodríguez.

VISTO por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de la Habana, el Recurso de Apelación radicado al número ciento ochenta y cinco de dos mil ocho, interpuesto por HORACIO INOCENCIO TABARES NEYRA, ciudadano cubano, mayor de edad, de estado civil casado, de ocupación médico y vecino de calle J, número cuatrocientos cincuenta y siete altos, entre veintitrés y veintiuno, Vedado, Plaza de la Revolución, Ciudad de La Habana, representado por la Msc. Ania Romero Silverio, en el Proceso Ordinario sobre constitución de la tutela de la incapaz Margarita Nora Neyra Fernández que fuera seguido en su contra por LOURDES MARGARITA TABARES NEYRA, ciudadana cubana, mayor de edad, casada, dirigente y vecina de calle J, número cuatrocientos cincuenta y siete, bajos, entre veintiuno y veintitrés, Vedado, Plaza de la Revolución, Ciudad de La Habana, quien se personó en esta instancia como no recurrente representada por el Lic. Mari Rivero Errico y que se radicó al número mil ciento treinta y dos de dos mil siete, de la Sección Civil del Tribunal Municipal Popular de Plaza de la Revolución.-

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

RESULTANDO: Que la Sección de lo Civil del Tribunal Municipal Popular con fecha veintinueve de julio de dos mil ocho dictó sentencia cuyo fallo dice así: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a la excepción dilatoria de falta de estado en el proceso, no haber lugar a la excepción perentoria de falta de Legitimación Activa en proceso, y en consecuencia, declarar con lugar la demanda establecida, nombrándose tutora de la incapaz a Margarita Nora Silvia Neyra Fernández, ciudadana cubana, natural de Santiago de Cuba, de setenta y nueve años de edad, viuda, jubilada, y vecina de la calle J número cuatrocientos cincuenta y siete bajos, entre veintitrés y veintiuno, Vedado, Plaza de la Revolución, a su hija Lourdes Margarita Tabares Neyra, ciudadana cubana, natural de La Habana, casada, dirigente y vecina de la misma dirección que la tutelada, confiriéndosele las facultades establecidas en el artículo ciento cincuenta y uno y debiendo cumplir con las obligaciones exigidas en los artículos ciento cincuenta y tres, ciento cincuenta y cinco y ciento cincuenta y ocho del Código de Familia, conllevando todo esto la declaración sin lugar a la demanda reconventional establecida por el señor Horacio Inocencio Tabares Neyra, teniendo en cuenta todo lo anteriormente razonado por el Tribunal sobre la base de las pruebas aportadas al proceso de acuerdo a lo previsto en la legislación vigente.-

RESULTANDO: Que la parte recurrente ampara su Recurso en las razones que consigna al personarse que son las siguientes: Que al dictar el fallo que motiva la presente impugnación, la sala concedió mayor fuerza legal a determinadas pruebas obrantes en las actuaciones relativas a la conducta y capacidad de la contraparte para asumir y cumplir con las funciones inherentes a la tutela, dejando de reconocer la eficacia y veracidad de otros medios de pruebas en el proceso, que no sólo revelan la inconsecuencia de la señora Tabares en

TRIBUNAL PROVINCIAL POPULAR DE LA HABANA, CUBA...

representación de los intereses de la tutelada, sino además la actitud de defensa por parte de mi mandante en beneficio de la persona y bienes de la incapaz. Que en ese sentido, dentro del vasto y diverso elenco de pruebas practicadas en el proceso, sólo fueron razonadas en la sentencia aquellas pruebas que podían justificar la decisión judicial adoptada, en omisión de otras valoraciones que necesariamente merecían ser tenidas en cuenta para ejercer íntegramente la función tuitiva que corresponde al tribunal. Que sin embargo dispone la Sala en el quinto Considerando, que el inconforme no cumple con los requisitos fijados en la ley para el ejercicio de la tutela, a pesar de su conducta y buen prestigio o concepto público, por tener intereses marcadamente antagónicos con su madre, y por tanto, estar inhabilitado para representarla, invocando hechos ocurridos cuyo origen data de diez años atrás, cuando le fuera injusta y arbitrariamente impedida su ocupación en la planta baja del inmueble donde residía con su señora madre.-

RESULTANDO: Que señalada vista comparecieron ambas partes y tras su celebración quedó el proceso concluso para dictar sentencia.-

RESULTANDO: Que en este proceso se han observado las prescripciones legales.-

SIENDO PONENTE LA JUEZ: Lic. Yanet Alfaro Guillén.-

CONSIDERANDO: Que pretende el inconforme la estimación de la pretensión contenida en la demanda reconvencional que oportunamente interpusiera y que fuera admitida por el juzgador de instancia, relativa a su designación de tutor de la incapacitada Margarita Nora Tabares Fernández, en su condición de descendiente de primer grado de la persona a

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

tutelar, sobre la base de la optimización que enarbola del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su nombramiento, en detrimento de su verificación en la persona designada en la primera instancia juzgadora, sin que pueda ello prosperar, teniendo en cuenta ante todo la vocación valorativa del recurrente del material probatorio obrante en las actuaciones con tendencia sustitutiva del criterio del foro, que con acierto valoró en la Sentencia recurrida las diligencias de prueba practicadas que a su juicio trascienden a la decisión adoptada y es que del análisis del material probatorio realizado en primera instancia, se excluye la invocada habilidad probatoria de las diligencias de prueba no valoradas a favor de la aptitud del inconforme para ser designado, quedando acreditado a quienes juzgan que se trata de un conflicto familiar sostenido con trascendencia a un litigio judicial en el que se debaten dos descendientes de igual grado la designación del cargo tutelar, garante de la seguridad, protección de la continuidad del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de su incapacitada progenitora, cuya esencia estriba en la providencia de persona que garantice la actuación de quien está impedido de actuar directamente en el marco de relaciones jurídicas concretas a través de su representación legal, función que ha de ser desempeñada por quien mayor aptitud logre demostrar al juzgador, sin que haya logrado el inconforme desvirtuar la vigencia del supuesto de hecho que sirve de sustento al fallo, relativo a la supremacía de las condiciones para ser designada de la no recurrente.-

CONSIDERANDO: Que obedece la construcción jurídica de la institución objeto del proceso, a una alternativa de asistencia y protección de los intereses de la persona a tutelar de manera que en su constitución ha de atender el juez sólo a aquello que comprometa al tutelado y la valoración del

TRIBUNAL PROVINCIAL POPULAR DE LA HABANA, CUBA...

cumplimiento de los requisitos en los posibles designados ha de realizarse exclusivamente en su salvaguarda, teniendo en cuenta que la designación de tutor no es un derecho subjetivo que integra la situación jurídica de poder de los parientes y demás personas que la legislación familiar enumera, sino una garantía a la continuidad del ejercicio de los derechos del individuo incapacitado para hacerlo, por cuanto en la institución tutelar la relación no es parental, sino meramente jurídica entre el tutor y el incapacitado, por lo que toda alegación por el aspirante al cargo encaminada a su nombramiento, ha de sustentarse en una optimización de la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y cumplimiento de las obligaciones civiles de los incapacitados a su cargo en relación con las posibilidades de otros aspirantes, supuesto de hecho cuya vigencia no ha logrado demostrar quien recurre, al que le unen amén de sus vínculos consanguíneos y sus destacadas cualidades personales, antecedentes de litigios penales con la incapacitada justamente por el ejercicio de sus derechos sobre uno de los bienes que ahora ha de ser conservado por quien sea designado en el debatido cargo y de cuya incapacidad renegó durante toda la tramitación del correspondiente expediente unido a cuerda floja de las actuaciones de primera instancia, extremo que con especial incidencia introduce a esta Sala la incertidumbre, no obstante la condición profesional del inconforme y las altas responsabilidades que en esta esfera desempeña, sobre la concientización del estado real de la persona a tutelar por parte del recurrente y consecuentemente sobre el adecuado desempeño de sus funciones, cuando en fecha retroactivamente tan cercana, se negaba a su incapacitación por desmentir la existencia de la causa que la provoca.-

CONSIDERANDO: Que el antagonismo de intereses advertido por el tribunal de primera instancia, es igualmente

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

valorado por quienes juzgan en el sentido amplio de la concepción de tal estado de cosas, si se tiene en cuenta que verdaderamente existe un antecedente de proceso penal iniciado por denuncia del recurrente ante lo que consideró un ejercicio arbitrario de derechos por parte de su progenitora sobre la vivienda de su propiedad, circunstancias estas que revelan una contraposición de intereses evidente y que pudiera desnaturalizar la esencia del cargo en discordia por integrar el conjunto de bienes a proteger por quien se designe y con seguridad equivale al máspreciado, justo el que motivó aquel incidente que llegó a incidir en la radicación de expediente penal.-

CONSIDERANDO: Que por último y unido a todos los elementos anteriores, reluce el extremo consistente en que en fecha veintisiete de febrero de dos mil dos, manifestó ante notario público la incapacitada, estipulaciones previsorias de su propia incapacidad, configurativas de su voluntad relativa al modo en que deseaba fuera proveída de asistencia en el momento de su vida en el que ya no pudiera decidirlo, de cuyo análisis se advierte la intención de la incapaz de permanecer bajo los cuidados de su hija, constituyendo ello prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente y la que con especial atención valora esta Sala, que a diferencia de lo considerado por los juzgadores de primera instancia, advertimos la relevancia de la existencia de estas estipulaciones, cuyo desconocimiento equivaldría a desconocer los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad impeditiva sin excepción alguna de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habrá de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger sin que cuente para ello con la posibilidad de tener en cuenta el parecer del tutelado, deviniendo relevante en consecuencia la existencia de referencia

TRIBUNAL PROVINCIAL POPULAR DE LA HABANA, CUBA...

directa al respecto como ocurre en el presente caso, en el que desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones equivale a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico, si bien omiso al respecto, prohibición normativa alguna teniendo en cuenta por último que no se trata de supuesto de disposición de autotutela que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada sino se que se pronunció exclusivamente por lo que consideró conveniente a su persona en momento en el que contaba con plenas facultades decisorias con efectos para cuando las careciere, por todo lo cual y al amparo de lo que regula el artículo ciento cuarenta y ocho, párrafo segundo del Código de Familia, resulta procedente emitir el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Que declaramos SIN LUGAR el recurso establecido y en consecuencia se ratifica en todas sus partes la sentencia número seiscientos treinta ocho, de fecha veintinueve de julio de dos mil ocho dictada por la Sección de lo Civil del Tribunal Municipal Popular de Plaza de la Revolución. Con imposición de costas.-

ASÍ LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS. POR ANTE MÍ QUE CERTIFICO.-

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA POR LA PROPIA INCAPACITADA:

¿LUZ VERDE EN EL DERECHO CUBANO?

(A propósito de la Sentencia N° 120 de 30 de
septiembre del 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y
Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La
Habana)

Notario Leonardo B. PÉREZ GALLARDO¹

“...los aspectos de la fragilidad humana,
relacionados de un modo más visible con la ancianidad,
son una llamada a la mutua dependencia
y a la necesaria solidaridad que une a las generaciones entre sí,
porque toda persona está necesitada de la otra
y se enriquece con los dones y carismas de todos.”

JUAN PABLO II

Sumario:

1. Una tutela contenciosa... Crónica de una litis
anunciada. 2. Honra a tu padre y a tu madre: el orden prelatorio
en la vocación legal de la tutela. 3. El punto de atención de este
proceso: la existencia de escritura pública de estipulaciones
previsorias sobre la propia incapacidad. 3.1. La voz de la

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

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

incapacitada. 4. ¿Es dable la designación voluntaria de la tutora por la propia persona incapacitada en un sistema de autoridad judicial en que no se admite expresamente? 4.1. Conceptos previos a deslindar: vocación de la tutela, delación de la tutela, designación de tutor, constitución de la tutela. 4.2. Designación voluntaria de tutora por la propia persona incapacitada. Acotaciones sobre la naturaleza del negocio jurídico en que se contiene la designación (¿Autotutela?). 4.3. Posibles efectos vinculantes para el tribunal que constituya la tutela. 4.4. No a la designación voluntaria de la tutela en el Derecho cubano: La posición sustentada por la Sentencia N° 638 de 29 de julio del 2007 del Tribunal Municipal de Plaza de la Revolución. 4.4.1. El pretendido incumplimiento por el documento notarial de los “requisitos procedimentales” establecidos en el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. 4.5. La tesis sustentada en la sentencia de apelación, objeto de comentario: ¿Acaso luz verde a la designación voluntaria de la tutela por la propia incapacitada? Luces, más que sombras de este fallo judicial. 5. A modo de epítome.

1. Una tutela contenciosa...**Crónica de una litis anunciada.****Tema del comentario:**

Eficacia que se le atribuye por el tribunal que conoce de un proceso contencioso de tutela a una escritura pública sobre estipulaciones previsorias de la propia incapacidad en la que la compareciente manifiesta la preferencia sobre su hija para que por el órgano judicial sea nombrada tutora, en caso de que le sobreviniera una situación de incapacitación. La autonomía de la voluntad y el derecho a la libertad individual como sustento de

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

tal acto jurídico. La delación voluntaria de la tutela y su no regulación en el ordenamiento jurídico cubano.

Ponente:

Yanet Alfaro Guillén.

Extremos enjuiciados:

Si ante la disputa por ambos hijos, con idéntica prelación en los órdenes de vocación legal de la tutela consagrados por el Código de Familia, trasciende al juzgador la instrumentación vía notarial de una escritura pública de estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad, en la que la incapacitada, en fecha en que disponía de sus plenas facultades mentales, manifestó su voluntad en el sentido de que su hija fuera nombrada tutora por el órgano judicial, en un ordenamiento jurídico que, en principio, no da posibilidad a la autonomía de la voluntad en sede tutelar.

Doctrina sentada:

La escritura de estipulaciones previsorias de la propia incapacidad, configurativas de la voluntad relativa al modo en que se desea que la incapaz fuera proveída de asistencia en el momento de su vida en el que ya no pudiera decidirlo, de cuyo análisis se advierte la intención de la incapaz de permanecer bajo los cuidados de su hija, constituye prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente.

El desconocimiento de tales estipulaciones equivaldría a olvidar los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad, impeditiva, sin excepción alguna, de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habrá de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

proteger sin que cuente para ello con el parecer del tutelado, deviniendo relevante, en consecuencia, la existencia de referencia directa al respecto como ocurre en el presente caso, en el que desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones equivale a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico, si bien omiso al respecto, prohibición normativa alguna, teniendo en cuenta, por último, que no se trata de supuesto de disposición de autotutela que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana, por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada, sino que se pronunció exclusivamente por lo que consideró conveniente a su persona en momento en el que contaba con plenas facultades decisorias con efectos para cuando las careciere.

Fallo

Declara SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia.

Hechos

Declarada judicialmente la señora M.N.N.F. incapacitada para regir su persona y bienes, por Sentencia N° 566 de 30 de junio de 2006, dictada por el Tribunal Municipal de Plaza de la Revolución, haciéndose firme mediante la Sentencia N° 34 de 31 de enero del 2007, dictada por la Sala de Lo Civil y Lo Administrativo del Tribunal Supremo, la cual declaró SIN LUGAR el recurso de casación correspondiente², su hija, la

² Al respecto, y como antecedente inmediato del asunto resuelto en esta ocasión por el foro, vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Intereses espurios y declaración judicial de incapacidad. A propósito de la Sentencia N° 34 de 31 de enero del 2007 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba", en Boletín de Información del Ministerio de Justicia (España), año LXI, N° 2042, de 1 de agosto del 2007, pp. 3093-3108 y en Revista de Derecho de Familia, septiembre-octubre 2007-III, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, pp. 237-255.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

señora L.M.T.N, quien atiende y reside con ella desde siempre, pone en conocimiento a la Fiscalía Municipal a los fines de que, conforme con lo previsto en el artículo 141 del Código de Familia, inste la constitución judicial de la tutela a su favor. Realizadas por dicho ministerio público las investigaciones pertinentes, se promueve ante el Tribunal el expediente de jurisdicción voluntaria sobre constitución de tutela, interesando que le fuera deferida ésta a la promovente por cumplir con los requisitos establecidos en la Ley para ocupar tal cargo, por lo cual, siendo el familiar más cercano de la incapaz su hijo, y hermano de la promovente, señor H.I.T.N., este se opone a la constitución de la tutela a favor de su hermana, por considerar tener él idóneas condiciones para el cargo, motivo por el cual se sobresee la continuación del expediente de jurisdicción voluntaria, quedando expedito el derecho de los interesados en promover la cuestión por la vía contenciosa.

Así los acontecimientos, se interpone demanda en proceso ordinario sobre constitución de la tutela (devenida entonces en contenciosa) por la señora M.N.T.N. quien alegó lo que en Derecho convino, en esencia su sempiterna convivencia con la incapacitada y los estrechos lazos afectivos que entre ellas siempre han existido. Trasladado el escrito de demanda al demandado, el señor H.I.T.N. igualmente alegó lo que a su derecho era oportuno, oponiéndose, en esencia, a la existencia de intereses materiales contrapuestos a los de su madre – alegados éstos por la parte actora-, ya que había sido él quien primero interesó su declaración de incapacidad, no correspondiéndose su postura con prioridades de orden material, sino con la intención de ejercer sus derechos filiales, al no ser permitido por la contraparte, a pesar de lo que implicaba para la mejoría de la anciana, demostrando ello, que es la contraparte la que tiene verdaderos intereses contrarios a la incapacitada. Muestra su

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

inconformidad en relación con que la promovente cuenta con los requisitos exigidos en Ley para desempeñar tal función, pues su comportamiento no ha sido el más transparente por no velar correctamente el patrimonio de la incapacitada, ni pronunciarse en relación con él, en el escrito de demanda, teniendo en cuenta además que ha actuado en detrimento de sus intereses por no dejarla ejercitar su derecho a relacionarse con el resto del núcleo familiar, no concordando tampoco con el extremo relacionado con la carencia por parte de él de las exigencias legales establecidas para asumir la tutela de su madre. Asimismo establece demanda reconvencional mediante la cual pretende ocupar el cargo de tutor de la incapacitada judicialmente, alegando que cuenta con los requerimientos exigidos para el desempeño de tal función. Las partes no hicieron uso de otros escritos polémicos del debate como la réplica y la dúplica.

Entre los medios de prueba que aporta durante la sustanciación del proceso (en la fase probatoria) la parte actora se incluye copia de la escritura pública N° 11 de 27 de febrero del 2002, otorgada por la ahora incapacitada ante notario, sobre estipulaciones previsorias de la propia incapacidad, la cual es valorada en un considerando ad hoc de la sentencia que en su día dictara el tribunal de instancia, prueba que no es apreciada por el citado tribunal para lo cual arguye que: “su contenido no se atempera con lo regulado en el Ordenamiento Jurídico cubano pues, el Código de Familia, que contiene las normas especiales de la materia, no reconoce, y ni siquiera se puede inferir de su contenido, la institución doctrinal de la Autotutela, a pesar de tratarse de un documento público basado completamente en el principio de la autonomía de la voluntad”. No obstante, el fallo a que arriba el tribunal es favorable a la parte actora, declarando por Sentencia N° 638 de 29 de julio del 2007, CON LUGAR la demanda, y SIN LUGAR la demanda reconvencional interpuesta

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

y, en consecuencia, se dispone la constitución de la tutela sobre la incapacitada, señora M.N.N.F. a favor de su hija L.M.T.N.

Contra dicha sentencia, en el plazo de ley, el señor H.I.T.N. interpone recurso de apelación, sustanciado y resuelto por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana en su Sentencia N° 120 de 30 de septiembre del 2008, el cual se sustenta esencialmente en la valoración de las pruebas aportadas y practicadas en la instancia, a su juicio, realizadas las de la parte contraria, en tanto, se deja de reconocer la eficacia y veracidad de otros medios de pruebas en el proceso, que no sólo revelan la inconsecuencia de su contraria en la representación de los intereses de la tutelada, sino además la actitud de defensa por parte de él en beneficio de la persona y bienes de la incapacitada. En la instancia la parte no recurrente, en su escrito de oposición al recurso y en el acto de vista, a pesar de defender la sentencia que le favorece del tribunal a quo, sí que resalta el 4° considerando de la sentencia interpelada, en tanto la sorprendente falta de apreciación de la eficacia de la voluntad exteriorizada por la incapacitada en la escritura pública de estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad, en la que manifestaba su preferencia por la promovente del proceso. En tal sentido, el tribunal de segunda instancia, que declara SIN LUGAR el recurso, lapidariamente en el 3° y último de los Considerandos, deja dicho que:

“reluce el extremo consistente en que en fecha veintisiete de febrero de dos mil dos, manifestó ante notario público la incapacitada, estipulaciones previsorias de su propia incapacidad, configurativas de su voluntad relativa al modo en que deseaba fuera proveída de asistencia en el momento de su vida en el que ya no pudiera decidirlo, de cuyo análisis se advierte la intención de la incapaz de permanecer bajo los

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDel

cuidados de su hija, constituyendo ello prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente y la que con especial atención valora esta Sala, que a diferencia de lo considerado por los juzgadores de primera instancia, advertimos la relevancia de la existencia de estas estipulaciones, cuyo desconocimiento equivaldría a desconocer los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad impeditiva sin excepción alguna de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habrá de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger sin que cuente para ello con (...) el parecer del tutelado, deviniendo relevante, en consecuencia, la existencia de referencia directa al respecto como ocurre en el presente caso, en el que desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones equivale a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico, si bien omiso al respecto, prohibición normativa alguna, teniendo en cuenta, por último, que no se trata de supuesto de disposición de autotutela que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada, sino que se pronunció exclusivamente por lo que consideró conveniente a su persona en momento en el que contaba con plenas facultades decisorias con efectos para cuando las careciere”.

2. Honra a tu padre y a tu madre: el orden prelatorio en la vocación legal de la tutela.

No hay dudas que el Código de Familia cubano establece un sistema tutelar de autoridad judicial, esto es, la tutela en Cuba,

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

tanto de las personas mayores de edad, judicialmente incapacitadas, como la de los menores de edad se constituye por el tribunal competente, que lo es el municipal del lugar en que reside el tutelando (vid. artículo 137 en relación con el 141, ambos del Código de Familia y artículo 5.4 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo adelante LPCALE). Y en el caso que nos ocupa, la tutela de los mayores de edad judicialmente incapacitados, es una tutela legítima, o sea, la vocación de la tutela viene establecida ex lege, según los órdenes prelatorios regulados en el artículo 148 del Código de Familia, pero en todo caso alternada con una tutela dativa, que casi prevalece sobre la legítima.

El legislador del Código de Familia de Cuba ofrece indudables prerrogativas al tribunal, en tanto, la vocación legítima regulada en el mencionado precepto establece órdenes prelatorias, excluyentes entre sí, pero en todo caso, con poderes judiciales amplios. La vocación y delación dativa de la tutela viene establecida en el párrafo tercero del artículo 148, pero en el segundo se acude a una vocación mixta en la que confluyen en la designación del tutor no solo el legislador, sino también el juzgador. En efecto, la formulación contenida en los órdenes establecidos en los incisos del 2 al 5 de dicho precepto es inindividualizada, motivo por el cual es el tribunal el que determinará o individualizará el llamamiento (a él compete la elección para luego designar el tutor), formulado en ciernes por el legislador, la vocación es legítima en el sentido de convocar a las personas comprendidas en ese grado parental, para lo cual utiliza el número singular, a pesar de que pueden ser varias las personas que tengan el grado parental a que el legislador aduce, o sea, sean padres, hijos, abuelos, o hermanos (es decir, son varios los parientes con vocación tutelar). Por ello, advierte el legislador que en el supuesto de que sean varios los parientes del

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDeI

mismo grado, la tutela será constituida teniendo en cuenta el favor tutelando, o sea, lo que resulte más beneficioso para el incapacitado que se somete a tutela.

Es interesante, eso sí, la posición del legislador. Este formula la vocación pensando en que solo uno podría ser tutor. Tómese en consideración la manera en que nuestro legislador se aferra a la tutela unipersonal, desechando, sin justificación alguna, la tutela plural en sus diversas manifestaciones, pero de esa vocación son titulares varios parientes (todos con la misma vocación tutelar), luego entonces, las vocaciones contenidas en los incisos del 2 al 5 del artículo 148 del Código de Familia son enunciadas en número singular, pero solo uno será tutor, solo uno será designado, y luego nombrado, es decir en solo uno operará la delación tutelar, pues varios pueden ser los parientes con vocación a la tutela. Una cuestión es la vocación, otra el llamamiento, una distinta el nombramiento, y luego la constitución de la tutela. En razón de la vocación, todos los parientes del incapacitado según el grado parental concurrente, que se crean en el derecho de promover la tutela, o interesarla para sí, oponiéndose a la promoción fiscal, estarían legitimados para ello amparándose en la vocación legítima, empero, en todo caso, el juez no se limitará a constituir la por ser la persona que por ley tiene vocación, sino que tendrá que ir aún más lejos, antes del nombramiento de tutor, tendrá que designarla entre los varios candidatos, esto es, parafraseando a Gil Rodríguez: “no se limita al nombramiento, sino que cubre el espacio previo de selección de la persona que haya de ser nombrada; y de ahí su carácter precisamente dativo”. O sea, el tribunal se mueve en el proceso de designación del tutor, entre las personas ya previamente designadas por el legislador, entre varias vocaciones, a partir del grado parental que él atribuye. Al amparo de este párrafo segundo, el tribunal tiene posibilidad de

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

determinar quién será el tutor, pero solo entre aquellos aspirantes que demuestren tener, prima facie, el grado parental que la ley exige (se supone que deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 149), por ello soy de la tesis que está presente un sistema mixto de vocación y delación de la tutela (en tanto el tribunal entre los varios candidatos con igual vocación tutelar, designa y nombra al que mejores condiciones tiene).

Por el contrario, en el párrafo tercero del artículo 148 estamos en presencia de una clásica vocación y delación dativa de la tutela. Aquí es el tribunal el que designa al tutor, pero sin límites legales, sin una previa vocación legal. El arbitrio del tribunal es mucho más amplio, eso sí, ha de estar claro que ello es excepción, no regla, para lo cual debe cumplirse la *conditio iuris* de la inexistencia de los parientes convocados *ex lege*, o aún cuando éstos existan, lo más aconsejable fuera apartarse del orden prelatorio establecido. En tales circunstancias, el tribunal debe tener en consideración que el designado por él, ha de ser una persona con una relación estrecha con el incapacitado por ser precisamente quien lo cuida, o en todo caso, que se trate de un tercero que cumpla cabalmente los requerimientos del artículo 149 del Código de Familia, quien muestra interés en asumir la tutela. El empleo de la conjunción disyuntiva “o” en el párrafo tercero in fine del artículo 148, me permite colegir que la persona que muestra ese ánimo tuitivo respecto del tutelando, no tiene por qué haber convivido con éste. En todo caso, la racionalidad, la prudencia, la pericia y la intuición del tribunal deben ponerse a prueba para evitar una designación y consecuente constitución baldía de la tutela. Los errores en este orden pueden pagarse bien caros.

En el caso sometido al foro, en ausencia de cónyuge, dado que la incapacitada era viuda, y por regla de la vida, dada su avanzada edad, sus padres le habían premuerto, le

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

correspondía lógicamente la vocación de la tutela a sus hijos, previsto ello en el tercero de los órdenes prelatorios, regulado en el inciso 3) del artículo 148 del Código de Familia. Tratándose de personas ancianas, de avanzada edad, es muy común que sean los hijos los que asuman el cargo de tutor. En Cuba, como ya he explicado, no se admite la posibilidad de una tutela personal y de una tutela patrimonial. El cargo de tutor no se comparte y tiene inspiración universal, es por ello un cargo unipersonal, público, de confianza, removible³, voluntario⁴, en principio irrenunciable, salvo causa legítima que se alegue, debidamente justificada a juicio del tribunal⁵, con sentido de permanencia, no admite término, ni condición⁶, personalísimo⁷, intrasmisible⁸, de representación legal⁹, gratuito¹⁰ y sometido a control judicial¹¹. Pocos ordenamientos jurídicos muestran un sistema tutelar tan férreo de autoridad judicial¹². Por ello, el tribunal tiene un control cuasi absoluto en la tutela, lo cual no dudo, si bien hay brechas por las que se extiende la autonomía de la voluntad, aunque muy limitadas. Ergo, de interesarse la tutela por más de uno de los hijos, lo cual conlleva que el proceso, inicialmente concebido de jurisdicción voluntaria, pueda devenir en un proceso contencioso, sustanciado por los trámites concebidos por la LPCALE para el proceso ordinario, en la que habrá que demostrar ante el tribunal, a través de los medios de prueba articulados en Derecho que se es la persona más idónea para

3 Vid. artículos 143, 159 y 161 del Código de Familia.

4 Vid. artículo 139 del Código de Familia.

5 Idem.

6 Se infiere de las causas de extinción de la tutela, reguladas en el artículo 160 del Código de Familia.

7 Aunque el Código de Familia no lo establece expresamente, suficiente resulta el estudio de los artículos 151, 153, y 155.

8 Idem.

9 Vid. artículo 151.

10 Vid. artículo 157 del Código de Familia.

11 Vid. artículos 137, 139, 142, 143, 145, 148, 153.5, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 164, 165, 166.

12 Lo cual ya ha sido avizorado por quienes han incursionado por estos senderos en el terreno de las investigaciones jurídicas. En este orden vid. DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, "La tutela: posibilidad de una mayor intervención notarial", Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial, bajo la dirección del MsC. Lázaro J. Corzo González, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007 y MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús, "Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela", Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial, bajo la dirección de la Dra. Caridad del C. Valdés Díaz, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

desempeñar el cargo de tutor, cuando ambos cumplen con todos los requerimientos que a manera de filtro, establece el legislador en el artículo 149, si de mayores incapacitados judicialmente se trate. Por ello, el legislador toma en cuenta no solo las condiciones materiales o económicas del tutor, sino también el grado de vinculación afectiva y emocional que se tiene para con el tutelando. Una vez más hay que acudir a las herramientas hermenéuticas que franquea el legislador para inteligir la expresión “lo que resulte más beneficioso para el incapaz”, pieza clave a los efectos del éxito de una demanda en proceso ordinario sobre constitución de la tutela. En todo caso, el interés superior que se atiende en procesos de esta naturaleza no puede ser la satisfacción personal del tutor, ni tampoco la pretendida rivalidad que se puede tener con los parientes más propinuos, igualmente convocados por la misma vocación legítima de la tutela. Los intereses personales, los rencores, las contiendas, las rencillas familiares han de ser abandonadas ante lo que supone la protección de las personas más desvalidas, judicialmente declaradas incapacitadas. No se olvide que el objeto de la tutela en el ordenamiento jurídico familiar lo es, ante todo, la protección de la persona, en este caso, de aquella judicialmente declarada incapacitada (vid. artículo 137.2 del Código de Familia)¹³. Por ello uno de los deberes que el propio legislador le impone al tutor, es el de “procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad” (vid. artículo 153.2 del Código de

13 Un caso interesante en que la tutora se oponía a promover ante el tribunal el proceso dirigido al restablecimiento de la capacidad de su pupilo, fue conocido por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en vía casacional y fallado por Sentencia Nº 546 de 17 de mayo del 2001, único considerando (ponente Arredondo Suárez), ante lo cual, dispuso que frente a la negativa del tutor, con lo cual incumplía los deberes que el ejercicio de la tutela le impone, tal función le compete entonces al fiscal, en tanto "... es terminante el texto del artículo sesenta del Código Civil vigente al conferir al Fiscal la representación de aquella persona cuyo representante legal tenga un interés opuesto al suyo propio, como en el presente asunto acontece en que la recurrente se opone a que se declare la recuperación de la capacidad de su tutelada, y, si bien es cierto que el artículo ciento cincuenta y nueve del Código de Familia estipula la forma en que se ha de proceder en el caso de que el tutor designado incumpliese las obligaciones que le impone el artículo ciento cincuenta y tres del propio cuerpo legal, no lo es menos que ello no impide ni contradice el ejercicio de la antes expresada facultad de representación que legitima al Fiscal para instar le sea restituida la capacidad jurídica a la declarada incapacitada, máxime si se tiene en cuenta que es éste el objeto del proceso y no la remoción de la tutora que ha incumplido sus deberes (...)"

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

Familia), claro está en la medida en que ello sea posible, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la persona sometida a tutela. Razón por la cual, el tutor ha de ser un celoso guardián de los intereses personales y patrimoniales del pupilo, a tal punto que pueda incluso sacrificar los suyos propios en defensa de los de aquel, pero ello no se logra si hay antagonismos entre los intereses de uno y otro, máxime cuando vienen dados por intereses hereditarios, marcadamente agudos, que llevan al hijo, a imputarle una figura delictiva a su madre. Por ello acierta el tribunal de segunda instancia cuando, en apoyo de la sentencia del tribunal a quo, en su primer considerando deja dicho que ha quedado "... acreditado a quienes juzgan que se trata de un conflicto familiar sostenido con trascendencia a un litigio judicial en el que se debaten dos descendientes de igual grado la designación del cargo tutelar, garante de la seguridad, protección de la continuidad del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de su incapacitada progenitora, cuya esencia estriba en la providencia de persona que garantice la actuación de quien está impedido de actuar directamente en el marco de relaciones jurídicas concretas a través de su representación legal, función que ha de ser desempeñada por quien mayor aptitud logre demostrar al juzgador, sin que haya logrado el inconforme desvirtuar la vigencia del supuesto de hecho que sirve de sustento al fallo". O sea, en esta vocación mixta de la tutela a que da lugar la redacción del inciso 3) del artículo 148 del Código de Familia, el tribunal toma en cuenta entre otros aspectos la mayor aptitud de los contendientes al cargo de tutor en función de los deberes que el ejercicio de la tutela impone, lo cual no logró demostrar la parte recurrente.

Por esa razón atina de nuevo el tribunal ad quem, cuando en el 2º considerando, asesta el segundo golpe al recurrente en el sentido de que "obedece la construcción jurídica de la institución objeto del proceso, a una alternativa de asistencia y protección de

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

los intereses de la persona a tutelar de manera que en su constitución ha de atender el juez sólo a aquello que comprometa al tutelado y la valoración del cumplimiento de los requisitos en los posibles designados ha de realizarse exclusivamente en su salvaguarda, teniendo en cuenta que la designación de tutor no es un derecho subjetivo que integra la situación jurídica de poder de los parientes y demás personas que la legislación familiar enumera, sino una garantía a la continuidad del ejercicio de los derechos del individuo incapacitado para hacerlo, por cuanto en la institución tutelar la relación no es parental, sino meramente jurídica entre el tutor y el incapacitado, por lo que toda alegación por el aspirante al cargo encaminada a su nombramiento, ha de sustentarse en una optimización de la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y cumplimiento de las obligaciones civiles de los incapacitados a su cargo en relación con las posibilidades de otros aspirantes (...). Y vale la pena el empleo de este término tan apropiado en sede de una tutela contenciosa, a saber: el de “optimización”. Es claro que ante dos contendientes convocados ex lege para desempeñarse como tutores de una persona, el tribunal, que a la postre será quien designará, entre los parientes convocados, al tutor, ha de velar porque la defensa de los derechos y la protección de la personas y sus intereses patrimoniales, no solo sea la idónea que el desempeño del cargo de tutor supone, sino como está en juego el favor tutelando, ha de procurarse que este desempeño sea el óptimo, cometido que no logrará, quien como aduce el tribunal muestra “... antecedentes de litigios penales con la incapacitada justamente por el ejercicio de sus derechos sobre uno de los bienes que ahora ha de ser conservado por quien sea designado en el debatido cargo y de cuya incapacidad renegó durante toda la tramitación del correspondiente expediente(...)”, pues lógico resulta que el tribunal no defiera la tutela a favor de la persona que tiene marcados intereses

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDeI

antagónicos, lo cual hace dubitar ese sentido de la optimización de la defensa de la incapacitada, a que se refiere la sentencia, cuando incluso, se llega a oponerse a la incapacitación de una persona que a todas luces estaba carente de sus más elementales facultades mentales.

3. El punto de atención de este proceso: la existencia de escritura pública de estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad.

Si todo hubiera acontecido en la manera en que se narran los hechos, la sentencia objeto de comentario, no tuviera otra impronta, lo que sí trasciende en el Derecho cubano, en que la autonomía de la voluntad en sede de Derecho de Familia es muy tenue, es que la señora M.N.T.N. pudo ser la primera cubana que sintió la necesidad de concurrir ante notario público y otorgar una escritura de autoprotección, en fecha tan temprana – repito para el contexto cubano – como el 27 de febrero del 2002¹⁴.

La mayoría de la doctrina que ha estudiado el tema coincide en la preocupación que hoy se tiene por la necesidad de fomentar medidas normativas que tiendan a la regulación de mecanismos de autoprotección de la persona ante enfermedades degenerativas que impidan su propio gobierno. Algunos llaman la atención en que una reflexión algo más detallada en este orden nos pondría bien en alerta, si se toma en cuenta que aproximadamente una cuarta parte de su vida el ser humano no es capaz de autogobernarse, de lo cual deriva dependencia de

¹⁴ Motivado quizás por su formación de base. Se trata de una persona Doctora en Psicología, especializada en el área de Psicología Clínica, en la que se desempeñaba incluso en la fecha en que otorgara la escritura pública como Presidenta del Consejo Científico del área docente en que prestaba además servicios de esta naturaleza. Su prestigio académico era de reconocimiento notorio.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

otro, bien durante la minoridad o, luego en las últimas décadas de la vida¹⁵, máxime cuando en una buena parte de nuestros países hay tendencia hacia la longevidad¹⁶. Ni qué decir de Cuba que en este orden expresa cifras verdaderamente interesantes, pero que no dejan de ser preocupantes, ante una población de la tercera edad, que en la tercera y cuarta décadas de este siglo, ocupará un sector importante de cualquier pirámide demográfica, dicho sea de paso, camino como vamos en nuestro país, perdería incluso la condición de pirámide, pues la cima sería tan ancha, que distorsionaría el sentido geométrico de la figura¹⁷.

15 Vid. ARCE FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, "La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas (La tutela del siglo XXI)", en Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, tomo I, Thomson, Civitas, Madrid, 2003, pp. 207-209.

16 Nos expresa CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad, 2ª edición, aumentada y puesta al día, Porrúa, México, 2008, p. 1, que según información del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, la esperanza de vida de los mexicanos se ha incrementado en las mujeres hasta 78 años, y en los hombres a 73, motivado en gran medida por el avance de las ciencias médicas que garantiza ese crecimiento en la expectativa de vida. En España, según CES, Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral, España, 1998, CES, Madrid 1999, p. 552; Informe de la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología para el Defensor del Pueblo, La atención socio-sanitaria a las personas mayores en España, Madrid, 2000, p. 90, ello cit. pos BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El "apoderamiento o mandato preventivo" como medida de protección de las personas mayores", Madrid, Portal Mayores, Informes Portal Mayores, N° 78. [Fecha de publicación: 17/01/2008], en <<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>, consultada el 1 de enero del 2009, p. 3, nota (1) se estima que en sólo 20 años (los transcurridos entre 1970 y 1990) el grupo constituido por las personas mayores de 80 años "se ha duplicado, pasando de medio millón a más de 1,1 millones de personas, y todo hace prever que su número superará los 2 millones en el año 2010, lo que en términos relativos supone que, para esas fechas, el 5% de los españoles, tendrá más de 80 años". Se calcula que para el año 2026 existirá alrededor de 2 millones de personas mayores con problemas de dependencia (en sus diversos grados) de los que requerirán un cuidado personal alrededor de un millón.

17 Al decir de ALFONSO FRAGA, Juan Carlos, "Situación demográfica. Tendencias actuales", en Estructura económica de Cuba, tomo I, Alfonso Casanovas Montero (coordinador), 1ª reimpresión de la 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2006, se pronostican cambios importantes en la estructura por edad, los cuales han de ser contemplados en la definición de la estrategia del desarrollo futuro del país. Se ratifica la tendencia hacia el envejecimiento poblacional que elevarían las edades medias y medianas de la población total de 35 y 33 años que se tenía en el año 2000, a 42 (ambas) en el año 2025. La población de adultos mayores se incrementará hasta casi 2,8 millones en el año 2025, lo que representará el 24% de la población total, o sea, casi un cuarto de nuestra población pertenecerá a la tercera edad, lo que significa que uno de cada cuatro habitantes, será una persona de la tercera edad, en tanto la población de 0-14 años, disminuirá de un 21.4% en el 2000, a un 16.4% en el 2025, es decir, habrán 900 000 adultos mayores más que niños y adolescentes de 0-14 años.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

La doctrina sigue insistiendo en que en la medida en que la edad avanza, hay más longevidad gracias al vertiginoso avance de las ciencias médicas, pero en esa misma proporción devienen nuevas enfermedades derivadas por el propio envejecimiento u otras que pueden llegar a edades relativamente tempranas de nuestras vidas tales como las demencias seniles, el Alzheimer, las enfermedades causadas por la ingestión de drogas, alcohol, anfetaminas, barbitúricos, el SIDA que en determinado estado avanzado de la enfermedad puede privar total o parcialmente la razón a quien la padece¹⁸, ello unido al desarrollo tecnológico de los medios de transportes que hacen que la persona se vea exponencialmente sometida a múltiples riesgos, no siempre mortales. Un porcentaje, nada desdeñable, de personas que sufren serias discapacidades físicas o motoras, o psíquicas, ha sido motivado por accidentes de tránsito o por accidentes laborales. Por eso lleva mucha razón el profesor Pérez de Vargas Muñoz cuando asevera que “los referidos avances médicos permiten también, en muchos casos, la detección precoz y el diagnóstico previo de estas enfermedades, razón por la cual no debe extrañar que quienes, conservando todavía en plenitud su capacidad de autogobierno, sientan la amenaza de los primeros síntomas –o tengan fundadas esperanzas de sufrirlos, dada la transmisión hereditaria de esas enfermedades o su elevada edad-, deseen adelantarse al inexorable transcurso del tiempo y opten por determinar anticipadamente quién y cómo regirán su persona y/o bienes cuando llegue la temida incapacidad, normalmente irreversible”¹⁹.

Como expresa la profesora Pereña Vicente: “Si en presencia de las enfermedades que encienden la razón la asistencia médica puede ser suficiente, no ocurre lo mismo con

18 Vid. CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., *Incapacidad. Disposiciones para...*, cit., pp. 1-2.

19 Vid. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José, "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, diciembre de 2001, p. 938.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

aquellas que apagan, disminuyen o nublan nuestra razón, ante las cuales, la asistencia tiene que ser integral y comprensiva de una protección no sólo médica sino también personal y jurídica.

”Uno de los retos de nuestros ordenamientos jurídicos consiste en prever los cauces adecuados para la protección y asistencia de los incapaces, discapaces y personas dependientes”²⁰. Por ese motivo se viene haciendo doctrina y de qué manera sobre los actos de autoprevisión o de autoprotección²¹, o como algunos prefieren llamar estipulaciones previsorias de la propia incapacidad²², en la cual se incluyen la llamada “autotutela”²³, la “autocuratela”, los poderes preventivos o mandatos sobre protección futura²⁴, el patrimonio

20 Vid. PEREÑA VICENTE, Montserrat, "La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?", en *La Ley*, año XXVIII, Nº 6665, 6 de marzo de 2007, pp. 1-6.

21 Vid. ANTOLLINI, María Eugenia, María Guillermina KREBS, Mariela B. LEDESMA, "Actos de autoprotección", en *La Ley*, Nº 407, Buenos Aires, abril 2006, passím.

22 Vid. RIVAS Martínez, Juan José, "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", en Ponencias presentadas por el notariado español en VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, México, 1998, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998, passím.

23 Vid. JIMÉNEZ SALINAS, Juan Carlos, "La autotutela como una forma de protección a la dependencia", en <http://www.ceoma.org/vicongreso/comunicaciones/08.doc>, consultado el 14 de octubre de 2008; MORENO NÁPOLES, R. J., "Análisis crítico de la actividad...", cit., passím; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La autotutela...", cit., pp. 937-974; VINADER CARRACEDO, Javier, "Actuación del notario en el Derecho de Familia. Visión desde el Derecho español", en *Derecho Notarial*, tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2008, pp. 161-188; PEREÑA VICENTE, Montserrat, "La autotutela. ¿Desjudicialización...", cit., pp. 1-6, "Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral*, Nº 703, 2007, pp. 2235-2253; "El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXI, Nº 2040, 1º de julio de 2007, pp. 2627-2659; CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., *Incapacidad. Disposiciones para...*, cit., pp. 1-34; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, "Dos aspectos en evolución del Derecho de Familia: la protección del discapacitado y la nueva regulación procesal de las uniones paramatrimoniales", en <http://www.fgr.cu/Legislacion/Estudios%20Juridicos%20Espa%F1a/FISCALES/FISCAL53.pdf>, consultada el 1 de enero del 2009, pp. 2429-2430; RENDÓN UGALDE, C. E., "Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela", en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, Nº 11, México, mayo-agosto de 2005, <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr4.pdf>, consultado el día 24 de junio de 2007.

24 Vid. PEREÑA VICENTE, M., "Autotutela y mandato...", cit., pp. 2235-2253; CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., *Incapacidad. Disposiciones para...*, cit., pp. 35-57; BERROCAL LANZAROT, A. I., "El "apoderamiento o mandato...", cit.; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "El poder preventivo: ¿un acercamiento al sistema de tutela de familia?", en *El Derecho*, EDB 2005/83343.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

especialmente protegido, el contrato de alimentos, el pacto de acogida, o figuras de naturaleza sucesoria²⁵, todas con un fin provisorio, esto es, cautelar, dado que la finalidad que se persigue es poner en orden la protección de la propia persona o de su patrimonio.

En sentido general, las estipulaciones o disposiciones previsorias sobre la propia incapacidad es un término genérico en el cual se incluye cualquier manifestación de voluntad de un sujeto con pleno ejercicio de la capacidad jurídica o incluso en situación de minoridad con emancipación, en la que se toman medidas para asegurar, cautelar, prever, anticipar, la situación u orden en que pueda encontrarse la persona o su patrimonio ante circunstancias futuras en que no pueda ejercer por sí mismo sus derechos civiles, por una eventual situación de incapacidad, o sea, son previsiones tomadas en presente y eficaces tan solo bajo la conditio iuris de una incapacitación, o al menos una situación de incapacidad de hecho²⁶.

En este panorama se inserta la precoz actuación de la señora M.N.N.T. quien acude el 27 de febrero del 2002 y otorga ante notario público escritura pública, a la cual el notario prefiere atribuirle el nomen iuris de estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad, si bien el centro de esta estipulación

25 Estas figuras magníficamente diseccionadas en el estudio que hace la profesora PEREÑA VICENTE, M., Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2008.

26 En 1998 en Veracruz, México, en ocasión de la VIII Jornada Iberoamericana de Derecho Notarial, el notario español Juan José RIVAS MARTÍNEZ, presentó una ya legendaria ponencia con ese título "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", publicada por el Consejo General del Notariado español en op.cit., en ella el autor recalca en la actualidad del tema y ofreció un repaso general de los principales institutos jurídicos que podrían incluirse ante este nuevo cauce que el principio de la autonomía de la voluntad ofrece. Las conclusiones a las que se arribaron en esa jornada fueron un incentivo importante en la labor notarial y en la de los legisladores de nuestros países iberoamericanos. En este sentido se dijo que: "(...) La autoprotección, nacida de lo más íntimo del ser humano y como manifestación de su autonomía de la voluntad, es una necesidad nueva a la que las legislaciones de los países que acogen el sistema del Notariado Latino deben dar respuesta adecuada mediante las reformas que fueren necesarias en sus disposiciones legales. (...) Se reconoce que toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a la autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad".

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

concreta tomada por su autora lo era la designación de su tutora. Su primera y única cláusula lo delata claramente:

“Que, dada su edad, y, con ello, la posibilidad de que en un futuro pudiera sobrevenirle alguna enfermedad, limitativa o cercenatoria de la plenitud de sus facultades mentales, de las que dispone en la actualidad, impidiendo el ejercicio de sus derechos por sí misma, es su voluntad que su hija mayor L. M. T. N., quien convive con ella, promueva ante el tribunal competente su tutela, previa declaración judicial de su incapacidad, a los fines de proteger su persona y bienes y, asimismo, que el órgano judicial que provea la tutela tome en cuenta su voluntad, en el sentido que sea su nombrada hija su tutora, quien desea administre sus bienes hasta el momento de su fallecimiento y disponga de ellos, cuando le resulte necesario y/o útil a la hoy otorgante, conforme aprobación judicial”.

Es visible, una señora, doctora en psicología, de vastos conocimientos en la materia, de reconocido prestigio académico, de 72 años de edad, que no mantenía las mejores relaciones con su hijo, decide expresar ante notario público su voluntad sobre su preferencia hacia su hija, quien convive con ella, para ser tomado en consideración, según su deseo, en el momento de nombramiento del tutor y ulterior constitución de la tutela, si llegare algún día ser declarada judicialmente incapacitada, como efectivamente resultó unos años después.

3.1. La voz de la incapacitada

Amén de lo que expresaré a posteriori, no me cabe duda que las estipulaciones o disposiciones de autoprotección tienen similar fin que el testamento, de ahí la pregunta que tantas veces se ha formulado la doctrina de disímil manera “¿Por qué se niega a una persona capaz autonomía para organizar, quién y cómo le cuidará y asistirá cuando sea incapaz?”²⁷ ¿Cómo es posible –diría

²⁷ Así, PEREÑA VICENTE, M., "La autotutela: ¿Desjudicialización..", cit., pp. 1-6.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

yo- que durante tantos años el Derecho no hubiere dado cobertura en sus normas a la posibilidad de designar nuestro propio tutor, o nuestro propio curador? ¿Por qué razón no es posible prever de la manera que consideremos más ajustada a nuestros intereses, la persona que post capacitem, nos resulta la más idónea para desempeñar las instituciones de guarda y protección? ¿Es que acaso es más importante para las personas el destino de su patrimonio post mortem, que el cuidado de su propia persona y de su patrimonio, cuando aún no ha fallecido, pero está incurso en una situación de incapacitación judicialmente declarada? ¿Qué valor entonces atribuirle a la voz de la incapacitada, que se proyecta en el tiempo, como la del testador, que “de ultratumba retorna y no nos deja vivir en paz” hasta que no distribuyamos conforme con la manera prevista por él, lo que un día fue su patrimonio, y hoy es el caudal relicto, repartible entre sus causahabientes? La voz de la incapacitada se perpetúa en un documento público notarial, que por la fuerza probatoria de la que está dotado, es el reservorio más idóneo para expresar esa voluntad. No puede olvidarse que el documento público goza de una autenticidad formal y material extendida en el tiempo. Como ya he apuntado en otra ocasión: “El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley, es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compele a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dudar sobre la verdad objetiva insita en ellos”²⁸.

La voz de la incapacitada no solo se perpetúa, sino que a todas luces ha de ser tenida en cuenta por quien a la postre, nombre al tutor y constituya la tutela (en nuestro caso, el

28 Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El Notario: función de autoridad pública”, conferencia pronunciada en el VIII Congreso de los Notarios Públicos de Rumanía, celebrado en Sinaia, Rumanía, del 19 al 22 de noviembre del 2008 (inédita).

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

tribunal, tratándose de un sistema tutelar de autoridad judicial). Como expone el notario Cárdenas González, quien acude a otorgar actos de autoprotección, dentro de ellos la designación de su propio tutor, pide a todos: “¡Déjenme, por favor, ser yo quien elija mi destino! Tengo derecho a decidir por mí”²⁹.

4. ¿Es dable la designación voluntaria de la tutora por la propia persona incapacitada en un sistema de autoridad judicial en que no se admite expresamente?

La posibilidad de designar el propio tutor por escritura pública notarial en un ordenamiento jurídico en que no hay una regulación explícita sobre la materia, no es una mera cuestión bizantina. El profesor Pérez de Vargas Muñoz que estudió con detenimiento el tema en fecha en que aún no lo había regulado el artículo 223 del Código Civil Español, se afiliaba por la negativa, para ello se basaba entre otros argumentos en el régimen tutelar establecido en el Código Civil Español, tras la reforma de 1983, constituido esencialmente por normas de naturaleza imperativa, que a su tenor dificultaban la interpretación extensiva y la aplicación analógica, al mismo tiempo que reducía sensiblemente el marco de la autonomía de la voluntad, a lo cual se sumaba el que en el orden de personas que establecía el artículo 234 del Código Civil Español no fungía la persona o personas designadas por el propio interesado, en tanto que era bien difícil que el juez que constituyera la tutela tuviera conocimiento de ello, pues no existía norma legal alguna que viabilizara la publicidad del documento público notarial en

²⁹ Vid. CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., Incapacidad. Disposiciones para... cit., p. XX.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

que se instrumentara la designación de tutor³⁰. En sentido general, el citado profesor se proyectaba resuelto a “considerar la necesidad de que el legislador español afronte ex novo y decididamente la regulación de esta figura”³¹.

¿Qué criterios merece entonces su posible admisión en un ordenamiento jurídico familiar como el cubano? Antes de adelantar una toma de posición, vale la pena hacer ciertas puntualizaciones en el orden estrictamente técnico-jurídico.

4.1. Conceptos previos a deslindar: vocación de la tutela, delación de la tutela, designación de tutor, constitución de la tutela.

Para poder responder a las preguntas formuladas con anterioridad, es saludable ofrecer esta distinción con la cual la doctrina no siempre está conteste³¹. Y ello, porque no siempre se

30 Vid. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La autotutela...", cit., pp. 947-948. Esta situación también se da en la actualidad en el ordenamiento jurídico familiar cubano. En el supuesto de que se autorizaren escrituras públicas de autotutela o de designación de tutor por el propio incapacitado, se correría el riesgo de que al momento de que el tribunal nombre tutor y constituya la tutela, no tenga conocimiento de la existencia de la escritura pública en la que se contiene la voluntad del tutelando, pues no hay un mecanismo que garantice la publicidad de este instrumento notarial. A mi juicio, nada quita que pueda ser inscrita al margen del nacimiento de la persona, al estilo del Derecho común español (vid. artículo 223.2 del Código Civil español, tras las modificaciones operadas por la Ley Nº 41/2003). A fin de cuentas el artículo 3, primer párrafo, de la Ley del Registro del Estado Civil regula que en el citado Registro serán inscriptos "todo hecho o acto que constituya o afecte el estado civil de las personas", en tanto el artículo 42, en su inciso ñ), con valor residual, admite que ingrese al margen del asiento de inscripción del nacimiento "cualquier otro acto que se refiere al estado civil del inscripto" y, si bien es cierto que el negocio de autotutela es perfecto desde su otorgamiento notarial, no tiene eficacia inmediata y directa, pero puede tener incidencia en un futuro en el ulterior nombramiento y constitución de su tutela. Por ello en la VI Jornada Nacional del Notariado Cubano, celebrada en la ciudad de Holguín, los días 8 y 9 de febrero del 2007, se llegó a proponer la creación de un mecanismo de publicidad mediante la inscripción de este negocio en el Registro del Estado Civil por la vía de la nota al margen del asiento de nacimiento.

31 Idem, p. 949.

32 GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Comentarios al artículo 234 del Código Civil español", en Comentarios a las reformas de... cit., pp. 298-317, utiliza indistintamente los términos delación y vocación de la tutela, sin que, a mi juicio, resulte nítida esta distinción. En el contexto cubano MORENO NÁPOLES, R. J., "Análisis crítico de la actividad...", cit., passim, prefiere distinguir entre uno y otro término, pero prefiere hablar de vocación de la tutela. Empero, en la doctrina clásica cubana, el término de delación de la tutela tiene un sentido distinto. Se aprecia como denuncia de la tutela, esto es, puesta en conocimiento al fiscal de la necesidad de que una persona se ponga bajo tutela, deber que le compete a los sujetos comprendidos en los incisos del 1 al 3 del artículo 140 del Código de Familia. Así, PERAL COLLADO, Daniel A., Derecho de Familia, Ira reimp., Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1984, pp. 148-149.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

le dan las acepciones que merecen a los términos vocación, delación, designación, constitución, tanto en sede de herencia, donde ha sido más prolija la doctrina, como en sede de tutela.

Siguiendo los derroteros que un día tracé en sede sucesoria³³, conforme con la doctrina científica, la vocación tutelar supone una convocatoria a la tutela de un menor de edad o de una persona mayor de edad, judicialmente incapacitada. Dentro de los convocados que forman una lista *numerus clausus* resultará el tutor efectivamente designado, y luego nombrado por el tribunal, pero siempre dentro de los que tienen vocación tutelar, tenga ésta naturaleza voluntaria, legítima o dativa.

La vocación también encierra un llamamiento pero mucho más abarcador respecto del círculo de personas que pueden estar comprendidas en él. De ahí que puedan estar incluidas aquellas personas vinculadas con el incapacitado o menor y que, en consecuencia, puedan tener cierta expectativa a ser posteriormente llamados (sobre todo en los supuestos de tutela dativa que para los mayores de edad judicialmente incapacitados prevé el artículo 148, párrafo 3º, entre los que cuiden al incapacitado o entre quienes muestren interés en asumir la tutela). En tanto que, en la delación legítima, la vocación tutelar se sustenta en la existencia de un vínculo parental o conyugal dentro de los grados y órdenes reconocidos en el derecho positivo. Así, tienen vocación tutelar desde el cónyuge, hasta los hermanos, pasando por los padres, hijos y abuelos (vid. artículo 148, párrafo 1º, incisos del 1 al 5).

La vocación se dirige a los designados ya sea por el testador (en un supuesto de tutela testamentaria) por el propio incapacitado (en uno de autotutela) o por la ley, entendida tal

³³ Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., Capítulo IV: "Constitución del derecho hereditario", en Derecho de Sucesiones, tomo I, bajo la propia coordinación del autor, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 110-120.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

designación como la determinación de la persona del destinatario, nominatim por excelencia, en los supuestos de delación voluntaria (testamentaria o autotutela) o de forma abstracta en la legítima, tan sólo identificable por la expresión de las circunstancias de los destinatarios, en razón de su vínculo conyugal o parental con el incapacitado (en nuestro Código de Familia, prevalentemente inindividualizado)³⁴. Al ser tal designación un elemento de la vocación, realizada, por supuesto antes de la incapacitación del sujeto, por pura racionalidad, no surte efecto hasta tanto no sobrevenga la incapacitación y tenga lugar la vocación y, luego, delación tutelar.

La delación, por su parte, es el llamamiento efectivo y concreto a favor de uno de los titulares de la vocación tutelar, que les permite convertirse en tutor, siempre que acepte el cargo, previo el nombramiento por el tribunal, y con ello constituir la tutela.

La delación supone un estadio superior, a quien se le ofrece el cargo, tiene más posibilidad de convertirse en tutor que quien simplemente está incluido entre los posibles candidatos. Toda delación presupone vocación, pero no a la inversa.

La delación comienza cuando existe la necesidad de poner una persona bajo tutela, con posterioridad a que la persona esté judicialmente incapacitada, para lo cual se requiere que el nombrado tutor por el tribunal, acepte el nombramiento para el cargo al que fue llamado, por ello es necesario.

34 A juicio de LETE DEL RÍO, José Manuel, "Comentarios al artículo 223 del Código Civil", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IV, Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1985, p. 265, al estudiar en el régimen jurídico del Derecho común español la llamada "delación" testamentaria de la tutela, no puede hablarse de una verdadera y propia delación testamentaria, en tanto la designación del tutor por esa vía no comporta en modo alguno "la atribución ipso iure del oficio tutelar al designado, en cuanto que la designación para ser válida y operativa necesita de convalidación mediante el acto específico de investidura, el cual se concreta en el nombramiento que realiza el juez".

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

Para que la persona a favor del cual opera la delación tutelar pueda aceptar el cargo se requiere:

- a) que sobreviva al incapacitado;
- b) que cumpla los requisitos legales establecidos para que pueda asumir el cargo;
- c) que sea designada y nombrada por resolución judicial firme;

Por ello, quien designa al tutor, como parte de la vocación tutelar es la propia persona incapacitada, el testador, como padre con patria potestad sobre sus hijos menores, el legislador y el tribunal, tan solo en los supuestos de delación dativa de la tutela, o sea, cuando el llamamiento le compete al tribunal (artículo 148, párrafo 3º, del Código de Familia)³⁵. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, solo el tribunal nombra al tutor, designado por el legislador, o por él mismo (tutela dativa), no solo en el supuesto del último párrafo del artículo 148 del Código de Familia, sino también en los casos comprendidos en los incisos del 2 al 5 del párrafo 1º del artículo 148 del Código de Familia, pues en todos ellos, son varios los convocados, de los cuales uno solo será designado, tal y como aconteció en la sentencia objeto de comentario (así se dispone en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia)³⁶. El nombramiento se contiene en el auto judicial o sentencia judicial en que se sustancie la tutela. Nombrar es el acto de investir judicialmente a una persona en el cargo de tutor, nombramiento que requiere sin dudas, de la aceptación. Aceptada entonces la tutela, y prestado juramento por el tutor, ésta a los efectos

³⁵ Este criterio lo sostiene LETE DEL RÍO, J. M., "Comentarios al artículo 223...", cit., pp. 262-263.

³⁶ Ahora bien, tratándose de un contencioso, en el que el tutor designado fuera quien promoviera el proceso ante el tribunal, no es necesario que, posteriormente acepte el cargo y sí, tan solo que preste juramento del cargo. De todos modos en ese momento quedaría constituida la tutela.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

legales queda constituida, y posteriormente inscrita en el Registro de tutelas que cada tribunal municipal lleva, a cargo del secretario de dicho tribunal (vid. artículos del 162 al 166 del Código de Familia), o sea, en el auto judicial, se nombra al tutor, si la delación es legítima, o se designa y nombra al tutor, si estamos en presencia de una delación mixta o dativa, pero la tutela no queda definitivamente constituida hasta que el tutor no acepta el cargo.

4.2. Designación voluntaria de la tutela por la propia persona incapacitada. Acotaciones sobre la naturaleza del negocio jurídico en que se contiene la designación (¿Autotutela?).

Ahora bien, ¿definitivamente le era dable al notario autorizar una escritura en los términos en que fue redactada? ¿Se contenía en ella una delación voluntaria de la tutela por la propia incapacitada? ¿Estamos frente a un supuesto de autotutela?

No me caben dudas de que el notario es le *tailleur du Droit*³⁷, actúa como un buen sastre que elabora su obra a la medida del cliente, según la voluntad de éste, siempre y cuando pueda verter esa voluntad en los moldes que imponen las normas imperativas, tanto reguladoras del fondo como del continente. El notario como hacedor de formas, consejero, asesor técnico y, sobre todo, baluarte de la aplicación irrestricta de la ley, ejerce su profesión ofreciendo seguridad jurídica a las transacciones que se realizan entre los particulares, sellándolas con la impronta que supone la fide pública de la cual es su más genuino detentador.

Con claridad meridiana expresaba Carnelutti en una ya antológica alocución que el notario era un traductor, en el

37 La frase se atribuye al Ministro de la Justicia francés en un congreso de notarios celebrado en Niza, según expresa DI CAGNO, Vittorio, "El papel social y humano del notario latino", en *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, año XI, Nº 11, 2001, p. 21.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

sentido de saber expresar en el más puro lenguaje jurídico las voluntades de las partes a través de los más precisos conceptos técnicos, con la palabra adecuada, apropiada para cada negocio o acto jurídico³⁸.

El notario no solo instrumenta los actos o negocios reconocidos expresamente en una norma legal. Tiene ante sí la función creadora del Derecho. Es común que quienes concurren ante nosotros lo hagan con desconocimiento absoluto del Derecho, con el claro propósito de darle cobertura legal a un acto que ni tan siquiera viene previsto expresamente en los tantos códigos, leyes, y demás disposiciones normativas que constituyen el ordenamiento jurídico de un Estado. Y ahí radica la labor creadora del Derecho por el notario, quien tiene ante sí la ingente misión de darle forma y contenido legal a un acto que no contraviene los principios generales del Derecho, fruto de la autonomía de la voluntad y de la libertad del individuo, anticipándose en ocasiones el notariado, a lo que en un futuro reconocen después los legisladores.

En este sentido, en las conclusiones del XXIII Congreso del notariado latino celebrado en Atenas, Grecia, en el otoño del 2001, se afirmó: “Por regla general, el notario es el primer jurista que afronta nuevas figuras jurídicas en el sector del Derecho Privado en ámbito no contencioso, y responde a la necesidad de reglamentación contractual concreta de las mismas.

El notario, en su intento de comprender el verdadero alcance aplicativo de la ley y sus innovaciones y de coordinarlas con el sistema vigente, llega a menudo a identificar nuevos supuestos. Así, éstos son fruto de una interpretación creativa sin la cual las normas, a veces, acabarían por no encontrar un espacio adecuado para ser aplicadas. De cualquier forma, cabe

38 Vid. CARNELUTTI, Francisco, "La figura jurídica del notariado", en Anales de la Academia matritense del Notariado, Editorial Reus, Madrid, 1954, pp. 17-19.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

decir que la actividad del notario en la aplicación de la ley siempre es, en cierta medida, creativa, porque, aún cuando no dé lugar a la aparición de nuevas figuras negociales, siempre está orientada a encontrar el valor real del dictado legislativo, de cuya aplicación es también el primer intérprete, puesto que es el primer responsable”.

Con razón se ha dicho que: “Ninguna institución como la notarial para estudiar y exteriorizar nuevas orientaciones jurídicas. Consejero de las partes, magistrado de las familias, apóstol de la ley, sancionador de las relaciones privadas –en ciertos aspectos comparable con la augusta función del pretor– tiene el notario el privilegio, al par de la gran responsabilidad, de recoger las manifestaciones embrionarias de la vida jurídica a las que, tras un fecundo proceso constitutivo debe darle forma legal, sin más directriz, muchas veces, que la dogmática y los principios generales del Derecho.

”Si el notariado no crea jurisprudencia, le aporta en cambio, inéditas fórmulas, abre cauces de nuevos compromisos doctrinales y coloca los primeros sillares de la futura legislación”³⁹.

No puede obviarse tampoco que el notario, como sastre que es, busca las medidas y coloca la pieza construida sobre el torso del cliente, teniendo como altar el Derecho y no solo la norma jurídica escrita, buscando en todo caso el sentido de lo justo, para lo cual ha de estar educado no solo por los conocimientos recibidos en las universidades, sino también por el sentido de la racionalidad y su propia intuición.

Doctrinalmente hablando, la tantas veces llamada por la

³⁹ José María de PORCIOLES, cit. pos VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1150.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

doctrina autotutela, en la que ni tan siquiera hay consenso con su nombre, es un negocio jurídico a cuyo tenor una persona, mayor de edad, o incluso menor emancipado, en previsión de su incapacitación futura, designa a su tutor. Se ha definido doctrinalmente como “la posibilidad que una persona con capacidad de adoptar las disposiciones que considere en previsión de su propia futura incapacitación”⁴⁰, o como “la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz”⁴¹. Otros la han llamado autodelación de la tutela, y en tal sentido se plantea que es “la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de haber incidido en incapacidad”⁴². Para otros, tutela voluntaria o autodesignada, o también autodelación de la tutela “es una institución que organiza la protección integral del futuro del incapacitado” “constituye un derecho de la persona física mayor de edad, en pleno ejercicio de sus derechos para dejar previstos los medios de protección de su tutela en una situación que le impida gobernarse por sí; es decir regular con plena autonomía lo referente al cuidado de su persona y la administración de sus bienes, nombrando para ello a su tutor, otorgarles facultades para cumplir su función, estableciendo las medidas de control y vigilancia para el buen desempeño de la tutela”⁴³.

En todo caso se trata de un negocio jurídico unilateral, recepticio, personalísimo, inter vivos, solemne, y revocable⁴⁴. Es una declaración de voluntad negocial destinada a causar efectos jurídicos, queridos y provocados por su autor, que puede ser la delación o la simple designación de una persona, que por tal

40 Vid. FÁBREGA RUIZ, C. F., "Dos aspectos...", cit., p. 2429.

41 Vid. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La autotutela...", cit., p. 944.

42 Vid. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., "Disposiciones y estipulaciones...", cit., p. 191

43 Vid. CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., Incapacidad. Disposiciones para ..., cit., p. 11.

44 En este sentido coincido con los caracteres que enuncia PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La autotutela...", cit., p. 944.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDel

motivo tendrá vocación a la tutela. Ello depende de que se admita un sistema de delación tutelar distinto al dativo y al judicial, es decir, voluntario, supuesto en el cual el llamamiento e incluso nombramiento del tutor corre por cuenta del tribunal o del juez, resultándose posible a este intervenir tan solo cuando las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de otorgar la escritura pública en que la autotutela se ha vertido, han variado notoriamente, de modo que el tribunal o el juez, según el caso, puede llamar a otra persona a la tutela, o aplicar la vocación legítima. En este sentido, pocos autores, como Pereña Vicente, explican la diferencia del sistema a que se adscribe el derecho común español, de aquel al que se afilia el derecho catalán, e incluso el matiz que adopta el sistema francés. Al decir de la profesora madrileña, en el ordenamiento catalán “La autotutela se configura como un modo de delación por lo que se regula en una sección separada de la delación dativa, como delación voluntaria. Por ello, en el Derecho catalán podemos afirmar que existe autodelación de la tutela, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Código Civil en el que la delación de la tutela es siempre dativa. En el ámbito del Código Civil el Juez constituye la tutela y designa al tutor, mientras que en el Código de Familia, sí existe autotutela, el Juez constituye la tutela pero se limita a dar posesión del cargo, a la persona designada por el interesado o por los padres. Por eso, el artículo 172 lleva el título ‘delaciones hechas por uno mismo’⁴⁵. Se deshilvana así esta compleja madeja que ha llevado a la utilización indiscriminada de términos que no resultan los más atinados, y sí, por el contrario, nos lleva a una total equivocidad.

Coincido plenamente con Moreno Nápoles cuando para explicar la naturaleza del negocio de autotutela, que como vimos puede o no ser autodelación de la tutela, toma como referencia la del testamento, salvando claro está la distancia. Se trata de un

⁴⁵ Vid. PEREÑA VICENTE, M., Dependencia e incapacidad..., cit., p. 72.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

negocio con doble relevancia jurídica, para su autor y para los terceros. Para la persona devenida luego judicialmente incapacitada, el negocio es perfecto desde su otorgamiento vía notarial, tan perfecto que si quiere destruirlo tendría que ejercitar el *ius poenitendi*, es decir, el derecho de revocación que le viene franqueado, pero irrelevante para terceros, incluida aquí la persona designada o incluso llamada, en ordenamientos como el catalán. La designación no surte efectos jurídicos hasta tanto no resulte judicialmente incapacitado el autor del negocio. Es un negocio que tiene por función regular la protección del sujeto para el tiempo de su futura e incierta incapacitación, del cual ningún efecto se deriva antes de tal eventualidad. Resulta para los terceros antes de la incapacitación un acto *in devenire*. La incapacitación no es un evento cualquiera extraño a su estructura; es por el contrario inseparable, característico, funge como una *conditio iuris* para la relevancia jurídica externa del acto y se convierte en algo más que un requisito legal de eficacia y algo menos que un elemento constitutivo: es requisito de vigencia exterior⁴⁶. Medio tempore entre el momento de su formación y el de la incapacitación, es un acto perfecto, el cual adquiere carácter definitivo en cuanto al autor del mismo; *in itinere* para la generalidad (terceros), esto es, carece de todo relieve jurídico para ellos⁴⁷.

46 Vid. MORENO Nápoles, R. J., "Análisis crítico de la actividad...", cit., pp. 55-57. Con similar parecer se ha pronunciado la Audiencia Provincial de La Coruña, en su Sentencia de 14 de noviembre del 2007, Nº 407/2007, de la que fue ponente SÁNCHEZ HERRERO (El Derecho, EDJ 2007/303294), en un caso en que se impugna la autotutela, entre otras razones por haber sido autorizada la escritura pública en que aquella se contiene, en una fecha anterior a la entrada en vigor de la legislación habilitante. De este modo, en su Fundamento de Derecho 2º se apoya, a los fines de validar la citada autotutela y permitir la aplicación de la ley, que luego de otorgada la escritura reguló dicha figura, en su propia naturaleza, de modo que para el juzgador "el hecho determinante del nacimiento del derecho no fue aquella designación, sino que lo ha sido la declaración de incapacidad, pues es a partir de ésta y de la conclusión de que el otorgante debe ser sometido a tutela, cuando ha de entrar en juego bien la designación hecha por él mismo, o en su caso la designación por el orden prevenido en el art. 234 y ello ha sucedido ya con la vigencia de la nueva regulación".

"Hasta el momento de la declaración de incapacidad, ninguna virtualidad ni eficacia podría tener aquella designación, pues si no se llegase a declarar la incapacidad, no se habría producido la condición precisa para que pudiera tener eficacia".

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

Por todo lo que vengo diciendo es claro que en nuestro ordenamiento jurídico familiar no podemos hablar de una autodelación de la tutela, incluso muy aventurado sería decir que se admite la autodesignación de la tutela, si bien, considero inocuo que ello se admita a la luz de los principios generales del Derecho, pues no afectaría ni un ápice el sistema de tutela de autoridad judicial regulado en el Código de Familia, al fin y al cabo será el tribunal el que nombre al tutor y luego constituya la tutela, pues la sola designación por el propio incapacitado no enervaría en lo absoluto la promoción del expediente de tutela, pero sí sería un elemento de relevancia jurídica, pues contendría la voz del incapacitado, tan apagada por estos predios.

4.3. Posibles efectos vinculantes para el tribunal que constituya la tutela.

Hasta tanto no se reconozca en el ordenamiento jurídico familiar cubano la posibilidad al menos de que el tutor sea designado por el propio incapacitado, cualquier manifestación de voluntad en este ámbito no vincularía el tribunal. Adpero, de la misma manera que la tutela dativa tiene carácter excepcional en el Código de Familia, creo justo considerar que la voz del incapacitado exteriorizada en documento público notarial ha de

47 El autor se apoya en la tesis a la que me he afiliado para explicar la naturaleza del negocio jurídico testamentario. La tesis del doble estadio de relevancia jurídica ha sido formulada respecto al testamento y defendida con vehemencia por JORDANO BAREA, Juan B., *El Testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999, p. 33 y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo I, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1997, pp. 75-76. En este sentido también me he adscrito a ella, según lo he expuesto en PÉREZ GALLARDO, L. B., Capítulo V: "El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación", en *Derecho de...*, I, cit., pp. 220-226 y, en concreto, 25-226. Con una posición similar PEREÑA VICENTE, M., "La autotutela: ¿Desjudicialización...", cit., pp. 1-6, quien expresa: "Salvando las distancias, para explicarlo podríamos establecer el siguiente paralelismo: el testamento existe y es válido desde que se otorga, con todas las formalidades que la ley exige, pero la institución de heredero en él ordenada no produce efecto alguno hasta que se cumplan dos requisitos posteriores: la muerte del testador y la aceptación del llamado. "Insistimos en que, salvando las distancias, el esquema se reproduce: el negocio de autotutela existe y es válido desde el otorgamiento, pero eso no implica la eficacia automática del cargo de tutor".

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

ser captada por el tribunal, de modo que sólo cabría que se apartara cuando las circunstancias han variado notoriamente, en comparación con las tenidas en cuenta por el tutelando en el momento en que otorgara la escritura, pero ello es una mera elucubración teórica.

En este sentido la profesora Pereña Vicente nos ilustra una vez más en las diferencias en la regulación entre los ordenamientos común y catalán: “en la autotutela regulada en el Código de Familia de Cataluña, la vinculación del Juez es mayor, porque la propia configuración del sistema es diferente. En el ámbito del Código Civil, hemos visto cómo el que formaliza la escritura de autotutela no nombra al tutor que, en todo caso, es nombrado por el Juez. Sin embargo, en el sistema catalán, la autotutela se configura como un modo de delación, que excluye el nombramiento por el Juez. Así, si el interesado nombra al tutor el Juez no puede prescindir de la persona nombrada, porque la facultad que se le concede para alterar el orden de los llamados a la tutela por la Ley no comprende a la persona nombrada por el propio incapacitado, consecuencia lógica de lo que dispone el artículo 178 del Código de Familia de Cataluña, que concede al Juez la facultad de nombrar tutor sólo subsidiariamente, es decir, si el propio interesado o los padres no lo han designado. La intervención del Juez, si existe autotutela, se limita al caso en que exista impugnación del nombramiento, y sólo están legitimados para impugnar las personas llamadas por la Ley para ser tutores y el Ministerio Fiscal, pero siempre que se cumpla una condición: “si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.”⁴⁸. Criterio que también ha sustentado la jurisprudencia en los pocos casos que han sido del conocimiento del foro. Así el Tribunal Superior de Justicia de

⁴⁸ Vid. PEREÑA VICENTE, M., Dependencia e incapacidad..., cit., p. 58.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

Cataluña, sección 4ª, en su Sentencia de 12 de mayo del 2003, Nº 14/2003, de la que fue ponente Bruguera y Mantiene (El Derecho, EDJ 2003/30568), en un caso, bastante similar en el orden fáctico al conocido por los tribunales cubanos⁴⁹, reconoce que la institución de la autotutela prevista por el Código de Familia tiene que ser respetada, pues no tiene ningún sentido que

49 En efecto, en escritura pública otorgada por la Sra. J. ante el notario de Figueres el 25 enero 1999, al amparo del artículo 172.1 del Código de Familia catalán, en previsión de ser declarada incapaz, nombró tutor de su persona y bienes a su hijo Sr. P., previsión que la Sra. J. adoptó debido a que cuatro meses antes, el 23 septiembre 1998, su hijo mayor, Sr. S., había instado su declaración de incapacidad ante el juzgado de 1ª instancia Nº 6 de Figueres. El 18 octubre 1999 (10 meses después de que la Sra. J. hubiese otorgado la escritura de autotutela mencionada) el juzgado dictó sentencia en que desestimó aquella demanda de incapacidad con el fundamento de que: "la conclusión de la prueba pericial practicada revela la existencia de un leve deterioro cerebral que no impide a Dª J. continuar desarrollando la misma vida que hasta ahora, apareciendo capaz de realizar los actos normales de una administración ordinaria de sus bienes. Es posible que con el paso de los años y habida cuenta de la avanzada edad de la demandada, los signos de atrofia cerebral apreciados mediante la práctica del T.A.C. se extiendan e impidan a Dª J. regirse por sí misma. Sin embargo, en la actualidad, ello no es así, debiendo denegarse la pretensión deducida en la demanda. Debe señalarse que el Ministerio Fiscal comparte el criterio del Juzgador considerando que la demandada es capaz de administrarse y gobernarse por sí misma". Tal sentencia devino firme.

Pese al contenido y la decisión de la sentencia anterior denegatoria de la incapacidad, cuando aún no habían transcurrido 4 meses de ésta, el 11 febrero del 2000, el propio hijo, Sr. S., presentó al mismo juzgado otra demanda volviendo a pedir la incapacidad de su madre. El 3 de abril siguiente la representación procesal de ésta contestó manifestando que "... Dª Juana no está dispuesta a padecer de continuo toda la serie de pruebas, exámenes y periciales médicas a las que se pudiera ver obligada a pasar por demandas de incapacidad que la parte actora tuviera a bien disponer". Y añadía que: "ese es el motivo, añadido al hecho de que desde el año 1999, mediante el mecanismo de la AUTOTUTELA, tenga solucionados los problemas que de la incapacidad de su persona pudieran surgir, que mí representada haya expresado su voluntad de ser declarada incapaz cuando aún tiene posibilidad de discernir cuáles son sus necesidades básicas y cómo quiere solventarlas". Y reconocía que "... de cualquier modo, la enfermedad de Alzheimer que padece Dª J. ha sufrido una leve evolución, encontrándose en la actualidad en el Estadio 1 de la afección referida. Ésa se la razón de que no descartemos la posibilidad de que deba ser declarada incapaz". El 6 febrero del 2001, cuando ya había transcurrido un año desde la formulación de la segunda demanda de incapacidad, el juzgado dictó Sentencia en que declaró la incapacidad de la Sra. J. para regir su persona y administrar sus bienes, quedando en lo sucesivo sujeta a tutela.

Una vez firme la sentencia anterior, el 13 marzo del 2001 el juez de 1ª instancia dictó una "provisión" en que acordó: "Siendo firme la sentencia en la que se declara incapaz a Dª Juana, ábrase pieza separada para la tramitación del nombramiento de tutor...". El 8 octubre del mismo año 2001 el juez dictó un auto en el cual dispuso: "Acuerdo nombrar tutor personal de Dª Juana a su hijo D. S. y administrador de sus bienes a su otro hijo D. P... inscribese la tutela en el Registro Civil... (...)".

Disconformes ambos hermanos, los Sres. S. y P., con las decisiones anteriores, interpusieron sendos recursos de apelación ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona la cual, el 18 mayo del 2002, dictó un auto en que desestimó el recurso del Sr. P., estimó el del Sr. S., y con revocación parcial del auto apelado, nombró al Sr. S. administrador de los bienes de la incapaz Sra. J.; con lo cual el mencionado Sr. S. quedó tutor de la persona y administrador de los bienes de la mencionada incapaz. Contra este auto, el Sr. P. interpuso recurso de casación en cuyo motivo único alega que ha sido vulnerada la institución catalana de la autotutela consagrada en el artículo 172 de Código de familia, por haberse nombrado tutor de la incapacitada al Sr. S., en contra de la voluntad de aquélla, la cual había deferido su tutela en la escritura pública mencionada de 25 enero de 1999, a su hijo Sr. P., y no al Sr. S., como estableció el auto impugnado, contravieniendo su voluntad.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

el Juez designe otro tutor en contra de la voluntad de la incapacitada si la decisión la tomó cuando aún no había sido declarada incapacitada, en este sentido en el Cuarto de los Fundamentos de Derecho, al hacer alusión a la provisión dictada por el Juzgado de Figueres en la que se acuerda la apertura de una pieza separada para la tramitación del nombramiento de tutor, expresa que esta “disposición (...) no tuvo en cuenta que al tutor ya lo había nombrado la interesada en la escritura pública de autotutela (...) de 25 enero 1999 (...) y que, por lo tanto, no había que nombrar ningún tutor, sino, pura y simplemente, constituir la tutela cumpliendo la voluntad de la interesada tal y como había ésta dispuesto (...) de acuerdo con el art. 172,1 del Código de Familia de Cataluña en momento en que tenía capacidad indiscutible (...); todo sin perjuicio de que (...) (se) pudiese impugnar el nombramiento hecho en autotutela conforme el párrafo 2 del mismo art. 172, si se hubiese producido alguna modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente se hubiesen tenido en cuenta al otorgar la escritura pública; cosa que no sucedió (...)”.

4.4. No a la designación voluntaria de la tutela en el Derecho cubano: La posición sustentada por la Sentencia N° 638 de 29 de julio del 2007 del Tribunal Municipal de Plaza de la Revolución.

Precisamente en una posición nada moderada, se coloca el juzgador de primera instancia, que hace caso omiso a la eficacia de la escritura pública de estipulaciones sobre la propia incapacidad, para lo cual aduce el endeble argumento de que “su contenido no se atempera con lo regulado en el Ordenamiento Jurídico cubano pues, el Código de Familia, que contiene las normas especiales de la materia, no reconoce, y ni siquiera se puede inferir de su contenido, la institución doctrinal de la Autotutela, a pesar de tratarse de un documento público basado

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDeI

completamente en el principio de la autonomía de la voluntad”. No creo que bajo ninguna circunstancia, lo establecido en el instrumento público en cuestión no se adecue al ordenamiento jurídico cubano. En el propio preámbulo de la Constitución de la República sustentado en una célebre frase martiana, se resalta el logro en nuestro sistema social de la dignidad plena del hombre, y luego en el artículo 9 a) se regula que el Estado cubano garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad. Y qué es sino la autotutela sino una vía por la cual las personas que puedan situarse en un futuro en un estadio de dependencia en razón de su incapacitación judicial, expresen en un momento en el que la enfermedad no ha avanzado lo suficiente, como para aún tener plenas facultades mentales, su voluntad, a los fines de determinar quién es la persona que desee se haga cargo de sí y de su patrimonio ¿Es que acaso la dignidad a que se refiere la Constitución tiene otra dimensión distinta? ¿No pretende proteger la Constitución los derechos fundamentales del individuo? ¿En qué plano entonces situamos la dignidad de las personas? ¿No es digno que las personas puedan establecer medidas preventivas ante lamentables situaciones en las que puedan incurrir dadas ciertas patologías físicas o mentales? ¿No establece el Código Civil en su artículo 8 el carácter supletorio de sus normas y el propio artículo 2 reenvía a la Constitución como ley suprema para que la interpretación de dichas normas se haga conforme con la Constitución? ¿No es entonces la dignidad uno de los valores que protege la Constitución? ¿Y no es la persona el centro de regulación del Derecho Civil?

Pasando de lo abstracto a lo concreto, si el propio Código de Familia al regular la tutela de los menores de edad en su artículo 145.1 toma en cuenta para la designación de tutor “la

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

preferencia manifestada por el menor”, si este tuviere más de 7 años, expresada en la comparecencia a que convoca la ley, si bien ello no es vinculante para él. Entonces por qué no tener en cuenta lo manifestado por el incapacitado en escritura previsoría sobre la propia incapacidad, cuando éste a diferencia de aquel, dada su incapacitación, no puede exteriorizar su voluntad en dicha comparecencia. Una aplicación analógica nos permitiría abrir los ojos y echar las vendas por la ventana. No se trata de admitir sin más la autotutela, sino de que hasta tanto operen los anunciados cambios en el orden jurídico familiar, se permita el cauce de la autonomía de la voluntad. No se puede admitir en la propia sentencia el fundamento de un negocio jurídico en la autonomía de la voluntad, como lo hace el tribunal de instancia, y a la vez renegar de él, en la pretensa falta de regulación legal. Que quede claro que una cuestión es que el ordenamiento jurídico no reconozca una figura y otra que la prohíba, o que el negocio por no estar reconocido colisione con el Derecho positivo. Y no acude en su defensa la naturaleza de *ius cogens* de las normas reguladoras de la tutela, pues la escritura pública en la manera en que quedó redactada⁵⁰ en nada enfrenta el sistema de autoridad judicial en que se sustenta la tutela en Cuba. Quede claro además que aún las modificaciones que se proponen, a pesar de admitir la figura, la limita tan solo a la designación de tutor o de curador, en tanto no se permite, al igual que en el sistema francés, desviar el contenido de la tutela, previamente fijado en las normas del

50 En la propia escritura se expresa en la cláusula PRIMERA y única que: "el órgano judicial que provea la tutela tome en cuenta su voluntad, en el sentido que sea su nombrada hija su tutora", ni tan siquiera se emplea el imperativo en el sentido de que designa a su hija como tutora, aunque, a fin de cuentas la designación tutelar sea la finalidad esencial de la voluntad negocial corporificada en el instrumento público, lo cual se refuerza en el otorgamiento del documento cuando el notario redacta: "ASI LO DICE Y LO OTORGA la compareciente, a mi presencia, a quien hice las advertencias legales pertinentes y, en especial, la de que con este acto no queda constituida la tutela (. . .)". Advertencia legal de vital significado, tratándose de un negocio atípico en nuestro ordenamiento jurídico, a los fines de darle a conocer a la compareciente que con su sola declaración de voluntad no queda constituida la tutela, dado el sistema de autoridad judicial que supone el nombramiento y la constitución de esta institución de guarda y protección de las personas y del patrimonio en sede judicial.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

Código de Familia, con un hermético control judicial⁵¹.

4.4.1. El pretendido incumplimiento por el documento notarial de los “requisitos procedimentales” establecidos en el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

También yerra el tribunal a quo, a mi juicio, cuando en el 4º considerando in fine de su sentencia, niega eficacia a la escritura de referencia, ya que “de acuerdo a su contenido, no cumple con los requisitos procedimentales establecidos en la ley adjetiva para tener la fuerza legal que pretende en correspondencia con la letra del artículo doscientos noventa y cinco de donde se colige que el documento que analizamos no puede ser considerado como otorgado por un tercero, ya que su otorgante es más que eso pues, sobre ella gira la litis del proceso, al ser la delación de su tutela la pretensión concreta del mismo”.

El artículo 295 de la LPCALE se incardina en la eficacia de la prueba documental, concretamente de los documentos públicos, pero su aplicación al caso es totalmente improcedente. La señora M.N.N.F. fue la compareciente en la escritura pública de estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad, de ella dio el notario juicio de identidad y juicio de capacidad, su declaración de voluntad negocial contenida en el instrumento tiene que apreciarla el tribunal, por estar volcada en un instrumento público notarial, al amparo del artículo 294 de la LPCALE, pero nunca conforme con el precepto siguiente del

51 La última versión del Anteproyecto de Código de Familia (de 21 de mayo del 2008) permite tanto la designación de tutor o de curador por el propio sujeto que a la postre sería sometido a una u otra institución de guarda y protección. Pero solo a ello. Se admite tanto la variante positiva como la negativa, pero no más. El ejercicio de la tutela queda bajo el control judicial. Según PEREÑA VICENTE, M., "Autotutela y mandato...", cit., p. 2247, "el legislador francés, más contenido, limita la facultad a la designación de tutor o curador. No creemos que pueda extenderse a otras cuestiones, porque el legislador ha pretendido separar nítidamente el ámbito de la representación legal y de la voluntaria, lo que, desde luego, contribuye a una mayor seguridad jurídica. Es decir, en el Code, la autonomía de la voluntad permite la designación de tutor o curador pero no permite que se altere su régimen jurídico, que es de carácter imperativo"

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

mismo texto legal. Debe tenerse en cuenta la distinción entre parte en sentido instrumental que es quien comparece por sí o por representación al instrumento público (vid. artículo 25 de la Ley de las Notarías Estatales) y partes en el proceso que son los contendientes judiciales, o sea, los titulares de los intereses materiales o sustantivos en conflicto (vid. artículo 63 al 77 de la LPCALE), las cuales pueden comparecer en el proceso civil, por sí, o a través de representación letrada (al exigirse como requerimiento de la postulación procesal), cuando lo hacen por sí, deben estar dirigidas por un abogado a menos que la ley lo exima (vid. artículo 66 de la LPCALE). La señora M.N.N.F., por supuesto que no es parte en un proceso de tutela contenciosa, en el que se debate entre dos hijos con vocación tutelar, la designación y nombramiento del cargo de tutor, precisamente de ella, que está judicialmente incapacitada, de ahí que coincida con el razonamiento judicial, lo cual resulta lógico y racional, pues no puede atribuirse a ella el carácter de tercero en un instrumento en el que es la exclusiva parte formal y material, es decir, compareciente del instrumento y autora del negocio corporificado en él, con la eficacia, eso sí, que el artículo 294 de la LPCALE la atribuye, pero de ahí a afirmar que “no cumple con los requisitos procedimentales establecidos en la ley adjetiva para tener la fuerza legal que pretende en correspondencia con la letra del artículo doscientos noventa y cinco” ¿A qué requisitos procedimentales se refiere el tribunal? ¿Es que acaso se demostró durante la sustanciación del proceso una falta de autenticidad, o de legitimidad de la copia del instrumento público notarial aportado al proceso, con independencia de la impugnación que a tales efectos haya hecho la parte que se sienta afectada por la declaración de voluntad negocial contenida en el documento? ¿Quién ha invocado la apreciación de la eficacia documental al amparo del artículo 295 de la LPCALE? Los terceros a los que alude el legislador procesal en el citado

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

artículo 295 son quienes concurren al instrumento en condición distinta a la del compareciente, como pueden ser testigos, peritos, intérpretes (vid. artículos 29 de la LNE y artículos 54 al 57 de su reglamento) quienes pueden verter en el instrumento declaraciones que carecen de la eficacia privilegiada (plena dice el legislador) de la que está dotada las declaraciones entre las partes que intervienen en el instrumento (ya por sí o por representación)⁵², al parecer obviada por el tribunal a quo.

4.5. La tesis sustentada en la sentencia de apelación, objeto de comentario: ¿Acaso luz verde a la delación voluntaria de la tutela por la propia incapacitada? Luces, más que sombras de este fallo judicial.

En dos pilares cruciales se sustenta la apreciación judicial de la eficacia de la escritura de estipulaciones sobre la propia incapacidad por el tribunal ad quem, a saber: la libertad de la persona como derecho inherente de la personalidad y como derivación cardinal de ella, la autonomía de la voluntad. De ahí que se sostenga: "...desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones (se refiere a las estipulaciones previsorias) equivale a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual (...)"

El verdadero concepto de autonomía supone la libertad del particular de reglar sus propios asuntos e intereses, de ejercitar los derechos subjetivos de que está investido, de concertar o no los disímiles negocios jurídicos que puede protagonizar. La autonomía privada no es solo la inmunidad del particular, sino también el poder del individuo de autodeterminarse, incidiendo sobre la realidad física y económica, con la inmediatez, propia de la actividad humana,

⁵² La declaración del representante le afecta o beneficia al representado, como efecto mismo del acto representativo que concluye.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

incidiendo también sobre la realidad jurídica, lo que significa la creación de derechos y obligaciones garantizados y sancionados ex lege⁵³.

Autores como Díez-Picazo y Gullón le conceden significación especial cuando se refiere a la persona, identificándola con el nombre de autonomía privada y conceptuándola como “el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto”, “el poder de gobierno de la propia esfera jurídica”, “un poder de la persona como realidad eminente”⁵⁴. Otros como De Castro la conceptúan como “el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”⁵⁵, es decir, De Castro la entiende como poder de autodeterminación de la persona. El sentido del término se amplía así hasta comprender todo el espacio de la autarquía personal.

Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser también definida “(...) como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades sea dentro del espacio de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”⁵⁶.

53 En este sentido, RESCIGNO, cit. pos ALPA Guido, Istituzioni di Diritto Privato, s. ed., UTET, Torino, 1994, p. 42.

54 Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, volumen I - Introducción - Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1993, p. 371.

55 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985, p. 12.

56 RIVAS MARTÍNEZ, J. J., "Disposiciones y estipulaciones...", cit., p. 195.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

Según expresa el maestro De Castro, dentro de la autonomía privada en sentido amplio, se pueden distinguir dos vías de expresión: “el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas y el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos, los que se han concretado en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad) referida a la esfera del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos”.

”La esfera de la autonomía privada en sentido amplio (libertad), en su contraste con la heteronomía (subordinación) ofrece puntos y principios comunes, tanto del lado de la persona (capacidad, legitimación, responsabilidad), como desde el de las reglas imperativas que controlan o limitan sus poderes”⁵⁷.

La autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárselas a sí mismo. El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, pues, fundamentalmente libertad⁵⁸.

La palabra libertad significa libertad natural que tiene la persona de obrar de una manera o de otra o bien de no obrar por lo que será responsable de sus actos. Es quizás este vocablo el que tiene una mayor resonancia en lo más íntimo del ser humano, ya que es ella la que verdaderamente determina la razón de la existencia del hombre. Si la persona, no es o no se siente libre, su vida no será plena, será sólo un pasar por el mundo, sin sentir ese hálito interior que le mueve hacia su propia perfección y es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad, es en ese modo donde esa

⁵⁷ DE CASTRO, F., *El negocio...*, cit., p. 13.

⁵⁸ *Idem*, p. 31.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

palabra adquiere toda la dimensión humana y la que justifica la auténtica sustantividad de la persona.

Precisamente en ello tiene el asidero los actos de autoprotección, en la facultad de la persona de prever medidas protectoras de su persona o bienes para un momento en que ello no lo puede hacer por se⁵⁹.

En definitiva ¿Qué eficacia le atribuyó el tribunal a la escritura pública? La agudeza intelectual de un juez se pone a prueba en asuntos de esta naturaleza. No creo que el fallo contenga luz verde a la autotutela, ello sería ir contra un valladar inexpugnable. El sistema de tutela de autoridad judicial regulado en el vigente Código de Familia impide una delación enteramente voluntaria de la tutela, que lleve a la designación del tutor y a su nombramiento cautelar, de modo que el tribunal actúe por vía de excepción y al solo fin de constituir una tutela, cuando haya un cambio importante de las circunstancias (variante iusfamiliar de la rebus sic stantibus), o en los casos en que se impugne la delación, ahora sí, puramente voluntaria. El control judicial sobre la tutela sigue siendo, y al parecer será,

59 Así se argumenta en la Sentencia de 12 de mayo del 2003, Nº 14/2003, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sección 4ª, ya citada, cuando en su Fundamento de Derecho 4º, con apoyo en la Exposición de Motivos del Código de Familia de Cataluña, hace descansar en la libertad y como expresión de ella la autonomía de la voluntad, la figura de la autotutela, una de las manifestaciones más elocuentes de los actos de autoprotectivos: "El respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad individual, han sido consustanciales en el derecho civil de Cataluña. Como recuerda la exposición de motivos del actual Código de familia (en su apartado II) el derecho catalán ha considerado siempre la familia la institución social básica y la primera célula de la sociedad; pero también que el vigor que nuestro derecho ha conferido la institución familiar y el sentido proteccionista que impera han sido siempre compatibles 'con el reconocimiento de la personalidad individual y con la máxima libertad de las personas que en ella forman parte'; y por esta razón de respeto a la máxima libertad la Exposición de Motivos mencionada también dice que: "en este mismo marco del respeto de la autonomía de la voluntad puede incardinarse la institución de la autotutela, según la cual cualquier persona con plena capacidad de obrar puede designar y establecer las condiciones de su organismo tutelar, en previsión de una futura declaración de incapacitado".

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

principio informante de la tutela⁶⁰, pero el fallo judicial abre un horizonte en el que ya se vislumbra el ejercicio de la autonomía de la voluntad en sede tutelar. El recurso a la posibilidad de admitir lo que no está expresamente prohibido⁶¹, el sustento, pocas veces aludido en nuestras sentencias, de la libertad de la persona como derecho inherente de la personalidad, son indicios más que palpables de lo que pudiera ser en un futuro, más inmediato que mediato, la regulación de esta novedosa figura jurídica. Para el tribunal ad quem la escritura pública de estipulaciones previsorias de la propia incapacidad es la expresión indubitada (dada la autorización notarial del documento) de la voluntad de la incapacitada, su voz y su mente, algo lejanas en el tiempo, por la que manifestaba la preferencia por uno de sus hijos, lo cual en nada favorecía al otro (en el caso, el recurrente)⁶². Eso sí, no creo que en la escritura pública la compareciente haya expresado solo deseos, meros propósitos, o una declaración de afectos, si hubiera sido así, se hubiera volcado en un acta notarial.

La señora M.N.T.N. sí que designó su tutora, designación

60 Tal y como aparece concebida su regulación en la última versión del Anteproyecto de Código de Familia.

61 Ya en la VI Jornada Nacional del Notariado Cubano, a que he hecho referencia, se había arribado a la conclusión de que "En el ordenamiento jurídico cubano no existe regulación de la autotutela, de lo cual no debe desprenderse una prohibición sino que debe asumirse una postura permisiva, si bien se destaca su necesidad de reglamentación expresa".

62 En la ya citada Sentencia de 14 de noviembre del 2007, N° 407/2007, de la Audiencia Provincial de La Coruña, en su Fundamento de Derecho 2º se adujo: "... podría darse eficacia a la voluntad demostrada por el incapaz cuando aún no lo era, como pauta interpretativa de que él mismo consideraba como solución más beneficiosa para él en caso de incapacidad, la existencia de un tutor ajeno a los conflictos personales, sentimentales y económicos de las personas más vinculadas a él por lazos afectivos o familiares". En el caso, el incapacitado había nombrado tutor de su persona y bienes, en escritura de autotutela, a un tercero ajeno a sus hijos y a su compañera de hecho, "elección que hizo el incapaz en previsión de la situación que podía tener lugar ante la evolución de su enfermedad, (...) clara en el sentido de hacerlo a favor de una tercera persona que conocía por su relación profesional, y en quien confiaba más".

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

que requiere la homologación judicial, esto es, el nombramiento mismo de la tutora y su posterior constitución. La hija designada L.M.T.N. tenía vocación tutelar, más no delación. Esa vocación no era en absoluto vinculante para el tribunal, pero fue advertida por el tribunal ad quem⁶³. De ahí la clave del éxito contenida en esta resolución judicial. A pesar de que en el considerando 3º in fine, el tribunal aduce que "...no se trata de supuesto de disposición de autotutela que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada (...)", no deja de ser trascendente el razonamiento que antecede a este último, cuando al calibrar la verdadera eficacia del negocio contenido en la escritura pública, se concluye que es "... ello prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente y la que con especial atención valora esta Sala, que a diferencia de lo considerado por los juzgadores de primera instancia, advertimos la relevancia de la existencia de estas estipulaciones, cuyo desconocimiento equivaldría a desconocer los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad, impeditiva sin excepción alguna, de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado,

63 Incluso en ordenamientos jurídicos en los que se admite la designación de tutor por el propio incapacitado, como el español, al amparo de las normas del Derecho común, podría el juez, siempre que lo sustente en la sentencia, apartarse de lo dispuesto en la escritura pública por el propio incapacitado, si bien como he reiterado, ello es excepción, no regla. Así, en la también ya varias veces citada Sentencia de 14 de noviembre del 2007 de la Audiencia Provincial de La Coruña, en el 3º de los Fundamentos de Derecho se razona de este modo, por lo que a pesar de que el incapacitado había designado como tutor de su persona y bienes en escritura pública de autotutela a un tercero ajeno a su familiar nuclear, se consideró que aun cuando "el Sr. M. A. debería ser el tutor de la persona y de los bienes salvo que existan circunstancias excepcionales que aconsejen otra cosa (...) en este caso concurren, pues el Sr. M. A. no guarda una relación de tipo personal de semejante intimidad, confianza y duración con el Sr. V., como para tenerlo en su casa y cuidar de él, como es necesario dada su enfermedad", en consecuencia, ante la impugnación sustentada por los hijos y compañera de hecho en razón del cargo tutelar, se designó judicialmente a esta última como su tutora en relación con su persona, y al tutor designado voluntariamente por el propio incapacitado como tutor para administrar sus bienes.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habrá de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger, sin que cuente para ello con (...) el parecer del tutelado, deviniendo relevante, en consecuencia, la existencia de referencia directa al respecto como ocurre en el presente caso (...).”

Reitero, no fue vinculante para el tribunal, pero el propio tribunal reconoce que la copia de la escritura pública aportada como medio de prueba al proceso se valora, en palabra del juez ponente, con “especial atención”, de manera que, y aunque esto no lo dice en modo alguno la sentencia, la ausencia de intereses antagónicos entre el señor H.I.T.N. y su madre, pudiera no haberle favorecido tampoco en su designación y nombramiento como tutor, pues vencido este escollo, si lo hubiere logrado, tenía otro quizás más difícil de superar, valorado con especial esmero por el tribunal ad quem: la declaración negocial de voluntad en la que se designa tutor por la propia incapacitada.

5. A modo de epítome

Parfraseando al maestro De Castro, ninguna libertad se gana sin trabajo, ni se mantiene sin lucha. Resulta ella de un equilibrio entre tensiones o fuerzas contrarias. La defensa por el Estado de la autonomía privada, supone ya la intervención de aquél: el que la califique, defina y limite. Actuación moderadora o armonizadora de las libertades individuales, que la fuerza expansiva de la administración de justicia, el ansia perfeccionista del legislador, le impulsará constantemente a ensanchar a costa de la misma autonomía que pretende proteger⁶⁴.

Una de las aspiraciones naturales de la persona, como ser

⁶⁴ DE CASTRO, F., El negocio..., cit., p. 17.

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

social, consiste en ver reconocido un espacio para el libre y autónomo ejercicio de su voluntad, en el que pueda desarrollar su iniciativa creadora con eficacia jurídica; por lo que sólo un ordenamiento jurídico que reserve con verdadera suficiencia dicho espacio de libre acción, y no lo ponga repetidamente en entredicho o riesgo, será capaz de engendrar plena seguridad jurídica. Apostemos entonces por ello, y abramos el cauce que en el ámbito del Derecho de Familia merece la posibilidad de que la persona señale y labre su propio destino. Nadie mejor que nosotros mismos para saber qué queremos cuando llegue el momento en que se apague la luz de nuestro entendimiento.

Bibliografía:**I. Fuentes doctrinales:**

Alfonso Fraga, Juan Carlos, “Situación demográfica. Tendencias actuales”, en Estructura económica de Cuba, tomo I, Alfonso Casanovas Montero (coordinador), 1ª reimpresión de la 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2006; Alpa Guido, Istituzioni di Diritto Privato, s. ed., UTET, Torino, 1994; Álvarez-Tabío Albo, Ana María, “Evolución del concepto de la curatela. Discapacidad y curatela”, en Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo, Aída Kemelmejer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006; Antollini, María Eugenia, María Guillermina Krebs, Mariela B. Ledesma, “Actos de autoprotección”, en La Ley, N° 407, Buenos Aires, abril 2006; Arce Flórez-Valdés, Joaquín, “La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas (La tutela del siglo XXI)”, en Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, tomo I,

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

Thomson, Civitas, Madrid, 2003; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, “El «apoderamiento o mandato preventivo» como medida de protección de las personas mayores”, Madrid, Portal Mayores, Informes Portal Mayores, Nº 78. [Fecha de publicación: 17/01/2008], en <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>, consultada el 1 de enero del 2009; Callejo Rodríguez, Carmen, “El poder preventivo: ¿un acercamiento al sistema de tutela de familia?”, en *El Derecho*, EDB 2005/83343; Cárdenas González, Fernando Antonio, *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, 2ª edición, aumentada y puesta al día, Porrúa, México, 2008; Carnelutti, Francisco, “La figura jurídica del notariado”, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Editorial Reus, Madrid, 1954; De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985; Díaz Alabart, Silvia (directora), *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, Ibermutuamur, Madrid, 2004; Díaz Magrans, María Milagrosa, “La tutela: posibilidad de una mayor intervención notarial”, Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial, bajo la dirección del MsC. Lázaro J. Corzo González, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007; Di Cagno, Vittorio, “El papel social y humano del notario latino”, en *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, año XI, Nº 11, 2001; Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil, volumen I – Introducción – Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1993; Fábregas Ruiz, Cristóbal Francisco, “Dos aspectos en evolución del Derecho de Familia: la protección del discapacitado y la nueva regulación procesal de las uniones paramatrimoniales”, en [http://www.fgr.cu/Legislacion/Estudios%20Juridicos%20Espa%](http://www.fgr.cu/Legislacion/Estudios%20Juridicos%20Espa%20)

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

F1a/FISCALES/FISCAL53.pdf, consultada el 1 de enero del 2009; Jiménez Salinas, Juan Carlos, “La autotutela como una forma de protección a la dependencia”, en <http://www.ceoma.org/vicongreso/comunicaciones/08.doc>, consultado el 14 de octubre del 2008; Jordano Barea, Juan B., El Testamento y su interpretación, Comares, Granada, 1999; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”, en Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo, Aída Kemelmejer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006; Lete del Río, José Manuel, “Comentarios al artículo 223 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IV, Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid, 1985; Moreno Nápoles, Raúl Jesús, “Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela”, Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial, bajo la dirección de la Dra. Caridad del C. Valdés Díaz, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007; Peral Collado, Daniel A., Derecho de Familia, 1ra reimp., Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1984; Pereña Vicente, Montserrat, “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?”, en La Ley, año XXVIII, N° 6665, 6 de marzo de 2007; “Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral, N° 703, 2007; “El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés”, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXI, N° 2040, 1° de julio de 2007; Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2008; Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinador) et al., Derecho de Sucesiones, tomos I y II, 1ª edición, Félix Varela, La

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

Habana, 2004; “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda”, en Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo, Aída Kemelmejer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006 y en Protección jurídico patrimonial a las personas con discapacidad, José Pérez de Vargas Muñoz, coordinador, Universidad Rey Juan Carlos-La Ley, Madrid, 2006; “Intereses espurios y declaración judicial de incapacidad. A propósito de la Sentencia N° 34 de 31 de enero del 2007 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba”, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia (España), año LXI, N° 2042, de 1 de agosto del 2007 y en Revista de Derecho de Familia, septiembre-octubre 2007-III, Lexis-Nexis Abeledo Perrot; “El Notario: función de autoridad pública”, conferencia pronunciada en el VIII Congreso de los Notarios Públicos de Rumanía, celebrado en Sinaia, Rumanía, del 19 al 22 de noviembre del 2008 (inédita); Pérez de Vargas Muñoz, José, “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil”, en Revista de Derecho Privado, Madrid, diciembre de 2001; Rendón Ugalde, Carlos Efrén: “Fundamentos teóricos de la tutela plural y voluntaria”, en Revista de Derecho Notarial, Asociación Nacional del Notariado mexicano, N° 117, tomo I, año XLIII, noviembre del 2002; “Fundamentos Teóricos y Prácticos de la Autotutela”, en Revista de Derecho Privado, nueva época, año IV, no. 11, México, mayo-agosto de 2005, <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr4.pdf>, consultado el día 24 de junio de 2007; Relatoría de la VI Jornada Nacional de la Sociedad del Notariado Cubano, Holguín, 8 y 9 de febrero del 2007; Rivas Martínez, Juan José, Derecho de Sucesiones. Común y Foral, tomo I, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1997; “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, en Ponencias presentadas por el

LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE TUTORA...

Notariado Español, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, México, 1998, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998; Valdés Díaz, Caridad del Carmen: “Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana”, en Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo, Aída Kemelmejer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006; Vallet de Goytisoló, J. B., Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996; Vinader Carracedo, Javier, “Actuación del notario en el Derecho de Familia. Visión desde el Derecho español”, en Derecho Notarial, tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2008.

II. Fuentes legales:

Constitución de la República de Cuba, reformada en 1992 y en el 2002, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 7, de 1° de agosto de 1992, última modificación, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 3, de 31 de enero de 2003; Pérez Gallardo, Leonardo B., Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado), Ediciones ONBC, La Habana, 2007; Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; Código de Familia de la República de Cuba, Ley N° 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley N° 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley N° 241/2006 de 26 de septiembre

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA - REVISTA del IDEI

en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 33, de 27 de septiembre del 2006; Ley N° 51/1985 de 15 de julio, Del Registro del Estado Civil, publicación del MINJUS, La Habana, 1998 y su Reglamento contenido en la Resolución N° 157/1985 de 25 de diciembre del Ministro de Justicia, publicación del MINJUS, La Habana, 1998; Ley N° 50/1984 de 28 de diciembre, De las Notarías Estatales, editada por el MINJUS, mayo de 1986 y su Reglamento, contenido en la Resolución N° 70/1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia; Ley N° 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial a las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, en Boletín Oficial del Estado, N° 277, de 18 de noviembre del 2003, Ley N° 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en Boletín Oficial del Estado, N° 289, de 3 de diciembre del 2003.

PROYECTOS LEGISLATIVOS

DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN. PROYECTOS LEGISLATIVOS.

Alicia Beatriz Rajmil¹

Todo proyecto legislativo que procure garantizar el derecho de los seres humanos a disponer y decidir sobre su vida, su salud, sus bienes y su persona, para el futuro ante una eventual imposibilidad de autogobierno es, sin dudas, encomiable. Pero la prudencia, el sustento jurídico y el conocimiento de la realidad deben guiar la pluma del legislador, especialmente cuando se trata de proteger el ejercicio igualitario de derechos personalísimos como la libertad y la dignidad de la persona. No hay lugar en este campo para especulaciones políticas ni corporativas.

Es necesario señalar que los actos de autoprotección o directivas anticipadas tienen hoy plena vigencia y validez, y encuentran sólido sustento en nuestra Constitución Nacional, los tratados internacionales a ella incorporados y en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por nuestro país por ley 26378. Por otro lado, constituyen actualmente un requerimiento cada vez más pertinaz en las escribanías, al que desde nuestra función intentamos brindar respuestas adecuadas. “... Esta nueva modalidad de los actos de autoprotección no ha nacido al hilo de un mandato legal. No se ha instituido mediante una reforma del código civil, o por medio

¹ Abogada. Escribana. Titular de Registro Notarial de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Directora del Instituto de Derecho e Integración. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDEI

de una ley especial de la Nación. Ha surgido, precisamente, como un uso notarial. Se ha impuesto al hilo de los cambios sociales y de las nuevas necesidades que la realidad impone a los escribanos”.²

Nuestro Colegio de Escribanos, al igual que otros colegios notariales del país, viene trabajando desde hace tiempo en este tema, y en diferentes reuniones con legisladores, jueces y funcionarios de nuestra provincia, ha bregado por su reconocimiento institucional, legislativo y judicial. En ejercicio de su función social y asumiendo su compromiso con las necesidades fundamentales de la comunidad a la que pertenece, ha creado en el año 2006 el Registro de Actos de Autoprotección y posteriormente el Instituto de Derecho e Integración (IDEI) para el estudio y la protección de los derechos de las personas más vulnerables. En todos estos años no ha cesado en el estudio y análisis de la legislación vigente en esta materia y de las reformas legislativas que, sin lugar a dudas, se imponen hoy a fin de adecuar nuestro derecho interno a la nueva normativa internacional y constitucional sobre derechos humanos y dentro de ellos más específicamente sobre los derechos personalísimos, referidos a la vida cotidiana de las personas, a su dignidad, a su autonomía, a su salud.

Recientemente se ha dado publicidad en nuestra provincia y en otras provincias argentinas, proyectos legislativos locales que propician la creación de registros para la inscripción de esta clase de actos, en los ministerios de salud provinciales así como también su otorgamiento por instrumentos privados. En general, contienen errores que tornan inviable su adecuada implementación e ignoran todo lo que ya se ha avanzado seriamente en el tema, generando un auténtico retroceso en la

² María Isolina Dabove y Daríel Barbero. Disertación en el Colegio de Escribanos de la Pcia. de Santa Fe - 2ª. Circunscripción- 08/10/08. "Igualdad y No Discriminación en los Actos de Autoprotección" en Revista del Instituto de Derecho e Integración. Nro. 1, año 1, págs. 41/2.

DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN. PROYECTOS LEGISLATIVOS.

materia. De aprobarse estas iniciativas, tal como están planteadas, se desprotegerían sin dudas los derechos que pretenden amparar.

Nuestro colegio, siguiendo el camino de otros países y del colegio notarial de la provincia de Buenos Aires, desde hace más de cinco años se ha abocado al tema con la prudencia y la seriedad que su naturaleza requiere. En una labor interdisciplinaria de estudio e investigación que continúa cada día, procura afianzar el derecho a disponer y decidir sobre la propia vida, con las mayores garantías, seguridades y sustento jurídico. Entendemos que gran parte de estos proyectos no lo hace.

Registros

La creación del registro de voluntades anticipadas en el área de la administración pública, concretamente en el Ministerio de Salud, generaría sin dudas aumento de burocracia, gastos al erario público y por supuesto no otorga las seguridades que requiere la naturaleza de los actos a inscribir. Estas propuestas no encuentran justificativo alguno, sólo la falta de información de sus autores, en provincias como la nuestra que cuenta con el Registro de Actos Autoprotección creado por el colegio de escribanos, funcionando eficazmente, sin dificultades administrativas y sin generar gastos al Estado ni a los usuarios. ¿Se propicia en estos casos una superposición de registros? ¿Una doble y burocrática inscripción absolutamente innecesaria? No encontramos respuestas.

El Registro de Actos de Autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de nuestra demarcación, cuenta con numerosos actos inscriptos, y semanalmente responde informes

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDel

enviados por los juzgados, con lo que judicialmente se reconoce la validez e importancia de los actos inscriptos. Funciona en nuestra ciudad dentro del Archivo de Protocolos, conjuntamente con el Registro de Testamentos, es decir rodeado de la necesaria seguridad, protección y reserva. Se inscriben escrituras no sólo de nuestra provincia sino también de todo el país, de hecho se han inscripto escrituras de la provincia de Mendoza y de otras jurisdicciones donde aún no funciona el registro. No genera gastos al erario público ni a los usuarios ya que los trámites son absolutamente gratuitos. Su funcionamiento es solventado por el Colegio de Escribanos, con el único ánimo de contribuir a la defensa y protección de los derechos inscriptos, en ejercicio de su función pública y social.

Por otro lado advertimos que la creación de los registros de autoprotección desde los colegios notariales es la tendencia actual en el país, así se está trabajando en casi todas las provincias. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la creación de los registros de autoprotección en los colegios de escribanos de las distintas jurisdicciones de nuestro país es un imperativo que se está llevando a cabo en respuesta a un requerimiento social cada vez más pertinente. La ley orgánica de los distintos colegios de escribanos les otorga atribuciones suficientes para ello.

Por su parte el Consejo Federal del Notariado Argentino, haciéndose eco de esta realidad, proyecta la creación de un registro nacional, similar al que funciona con respecto a los actos de última voluntad, que permita asentar todos los actos de autoprotección otorgados en las diferentes jurisdicciones del país a través de los distintos registros que se encuentran en funcionamiento en los colegios notariales provinciales y de los que se vayan implementando.

DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN. PROYECTOS LEGISLATIVOS.

Algunos proyectos legislativos siguen los lineamientos de la ley 4263 del año 2007 de la provincia de Río Negro, que creó también el Registro de Voluntades Anticipadas en el área del Ministerio de Salud. Esta ley ha sido un verdadero fracaso, el registro jamás se ha implementado y desde el colegio de escribanos de esa provincia se está trabajando en estos momentos para dar respuestas a los requerimientos de la comunidad y crear el registro con la operatividad y las seguridades necesarias.

En Neuquén, la ley 2.611 sobre salud, en su artículo 13, establece que cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito. Tampoco se ha logrado implementar esta disposición y legisladores de esa provincia se han acercado recientemente a su colegio notarial con el objetivo de implementar desde allí el registro para asentar estos actos.

En la provincia del Chaco, sin embargo, se sancionó la ley 6212 que modifica el Código Procesal de esa provincia, reconoce el Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el ámbito del colegio de escribanos, obliga a los magistrados a solicitar informes a este registro en todos los juicios de insania y prioriza las directivas impartidas por el presunto insano. La ley chaqueña supera a las anteriores ya que cubre todos los aspectos de la autoprotección y no sólo las directivas sobre salud, sin originar un aumento de burocracia ni costos al erario estatal.

Es necesario destacar que no todos los proyectos legislativos incurren en los yerros señalados. Los días 27 de abril y el 6 de mayo del corriente año ingresaron a la legislatura de nuestra provincia sendos proyectos que siguen los lineamientos de la legislación chaqueña, e inclusive la mejoran. En forma

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDel

concisa y clara abarcan toda la materia de autoprotección, brindan reconocimiento institucional a lo que ya es operativo en la materia, y procuran asegurar las garantías que deben amparar necesariamente a estos derechos. Se trata de proyectos superadores, tanto en su sustento jurídico como en la operatividad de sus disposiciones, si bien no han tenido suficiente difusión en nuestro medio.

Los hechos, que no pueden ser ignorados por nuestros legisladores, son que en tres provincias argentinas, Buenos Aires, Santa Fe -2ª circunscripción-, Chaco y recientemente San Juan, en ese orden cronológico, se han creado los registros de actos de autoprotección desde sus colegios de escribanos. Ya obran en ellos más de 400 actos inscriptos, por lo contrario en Neuquén y Río Negro, ninguno. Esta incontrastable realidad avala nuestra postura. Es evidente que el registro en el Ministerio de Salud no resulta práctico ni eficaz y está sometido a los vaivenes administrativos inevitables en dicho ámbito.

Sí creemos necesaria la sanción de leyes que reconozcan y respalden los registros creados y garanticen el ejercicio del derecho de autoprotección de todas las personas. A través de convenios con los colegios de escribanos, es posible organizar una fluida comunicación entre el Registro de Actos de Autoprotección y el Ministerio de Salud, para facilitar el acceso rápido y eficiente a la información por parte de los efectores de salud.

Materias ajenas al tema de salud

Frecuentemente las personas preocupadas por su futuro desean incluir en un acto de autoprotección directivas de distinta naturaleza, no sólo referidas a su salud. Sus preocupaciones se

DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN. PROYECTOS LEGISLATIVOS.

relacionan también con cuestiones que hacen a su vida cotidiana, al mantenimiento de su calidad de vida, al destino y administración de sus bienes, a la designación de su eventual curador para el caso de un juicio de incapacitación, etc. Asuntos que no son de menor importancia, porque se refieren al derecho de todo ser humano a diseñar su plan de vida y a preservar su dignidad cualquiera sean las circunstancias que le toque vivir.

Amparar este derecho únicamente en el campo de la salud, resulta limitativo e insuficiente. Pero inscribir en el Ministerio de Salud directivas que nada tienen que ver con su incumbencia, como propician alguno de los proyectos que ingresaron a nuestra legislatura, además de ser absurdo, viola el respeto a la privacidad y la debida reserva inherentes a esta clase de actos que hacen a la esfera más íntima de la persona.

Los registros de actos de autoprotección existentes protegen la reserva del caso. En ellos se inscribe una ficha con todos los datos para identificar el documento, preservando la privacidad de su contenido, con especial referencia a la existencia de directivas de salud y su transcripción si el otorgante lo autoriza expresamente. Sólo tienen acceso a la información reservada el otorgante, las personas por él designadas, directores de centros médicos, el escribano interviniente, funcionarios del Ministerio Público y los jueces.

Escritura pública

Resulta desafortunada la posibilidad, que plantean algunos proyectos, de otorgar el acto en documento privado. En algunos casos ante tres testigos, con fórmulas sumamente confusas. La declaración testimonial sólo tendrá relevancia vertida ante un juez o ante funcionario público y asentada en

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDeI

instrumento público.

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.

La trascendencia de las directivas contenidas en un acto de autoprotección es de tal magnitud en la vida del otorgante que deben gozar de las máximas seguridades. En efecto, todo documento en el cual el sujeto deje plasmada su voluntad en el sentido señalado para que se respete cuando por una pérdida o disminución del discernimiento no pueda expresarla, debe ser fehaciente y estar rodeado de las garantías que aseguren, al momento de ser ejecutado, que expresa su auténtica y bien deliberada voluntad, el pleno discernimiento, la intención y la libertad con que fue otorgado, seguridades que sólo puede brindar la escritura pública. De utilizarse otra vía, frecuentemente será necesario acudir a la justicia para que se verifique la autenticidad y demás recaudos, con las demoras y gastos que ello implica. Además la escritura pública es el instrumento idóneo para brindarle seguridad a la persona que debe ejecutar las directivas impartidas.

Las escrituras de autoprotección en general tienen muy bajo costo. Es difícil generalizar por la variedad de casos que contempla, pero son accesibles a la gran mayoría de la población. De todas formas los colegios notariales sin dudas

DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN. PROYECTOS LEGISLATIVOS.

arbitrarán los medios para que ninguna persona por falta de recursos económicos, se encuentre impedida de expresar por este medio su voluntad en el sentido que hemos señalado. Nuestro colegio trabaja desde hace años para que los derechos personalísimos y fundamentales de todas las personas puedan ejercerse sin discriminación de ninguna clase. Existen abundantes antecedentes de esta naturaleza.

No hay justificativo alguno para privar a esos actos de todas las garantías y beneficios que le otorga la escritura pública. Sin dudas las consecuencias serían totalmente opuestas a los fines pregonados.

Debido asesoramiento

Es necesario también destacar la importancia del asesoramiento personal y legal adecuado que permita que el otorgante exprese plenamente su voluntad, requisito fundamental para que el acto sea válido y eficaz, que parecen olvidar los proyectos legislativos en la materia. Sin dudas la persona que de esta manera se exprese, deberá contar con la información suficiente y adecuada sobre las consecuencias del acto que va a otorgar. Muchas veces se impone la consulta con otros profesionales o personas que gozan de la confianza del otorgante, pero la actuación del escribano, es fundamental, escuchando, interpretando, asesorando, y elaborando la herramienta jurídica válida y eficaz para que su voluntad sea respetada en el futuro. La etapa previa a la instrumentación del acto es fundamental para lograr el objetivo buscado y evidentemente no se concretará frente a un escritorio de la administración pública.

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDEI

Capacidad

La ligera utilización del término “capaz” o “mayor de edad”, frecuente en los proyectos legislativos, no resulta adecuada. La más reciente doctrina y jurisprudencia, así como los instrumentos internacionales y constitucionales, en lo referente al ejercicio de los derechos personalísimos, atienden a las reales aptitudes psicofísicas de la persona que le permitan su autogobierno y a la cabal comprensión del contenido del acto que va a otorgar. Se habla en estos casos de “autonomía” o “competencia” - término proveniente de la bioética-, reservando la expresión “capacidad o capacidad jurídica” para el ejercicio de derechos patrimoniales. Creemos conveniente la utilización de una terminología más amplia en esta materia, que permita evaluar en cada caso concreto el pleno discernimiento del otorgante.

Casuística y limitaciones

En general, estos proyectos avanzan sobre la autonomía de la voluntad, al establecer múltiples requisitos que hacen al contenido del documento y que no tienen que ver con su validez. Limitan, por ejemplo, el número de personas que puede designar el otorgante para hacer cumplir su voluntad o niegan la posibilidad de que lo sea el médico tratante.

Algunos proyectos hasta incluyen, como requisito de validez del acto, la cláusula que exime de responsabilidad al médico tratante. Sabemos que el mejor resguardo que puede obtener el profesional es la indudable autenticidad del documento otorgado por el paciente donde, luego de una muy meditada decisión, deja plasmada su voluntad, con total comprensión de sus consecuencias. Sin dudas la escritura

DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN. PROYECTOS LEGISLATIVOS.

pública es el instrumento idóneo para brindarle esta seguridad.

Debemos comprender que hablamos de actos autorreferentes (art. 19 de la C.N.), por lo que, mientras no afecte, la moral, el orden público ni derechos de terceros, y esté rodeado de las seguridades necesarias para garantizar su autenticidad y legalidad, el contenido va a estar signado por la libre voluntad del otorgante.

Conclusión

Nos preocupan seriamente los defectos y yerros en que incurren estos proyectos legislativos. Restan muchas observaciones para efectuar, pero no deseamos extendernos más en ellas y esperamos un rico y amplio debate en todos los ámbitos, que sirva para elaborar y aprobar propuestas superadoras.

Cualquier encuadre que desde las legislaturas pretenda darse al tema, no puede obviar los avances ya consolidados ni desandar el camino que con tanto esfuerzo se ha recorrido en la búsqueda de herramientas adecuadas para la protección de estos derechos. La ley debe garantizar el derecho de toda persona a disponer sobre su propia vida para el futuro, mientras aún cuenta con facultades suficientes para ello, la validez y eficacia del acto donde deja plasmada su voluntad y la debida publicidad y reserva. Se trata en todo caso de consolidar, afianzar y mejorar estrategias en miras a asegurar su vigencia, respeto y efectividad.

Esperamos que las presentes observaciones sean útiles y se entiendan realizadas con el único ánimo de brindar nuestro aporte, apoyo y colaboración a todo proyecto que garantice el respeto al ser humano y a sus derechos personalísimos.

PROYECTO DE LEY¹

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

ARTÍCULO 1º: Toda persona en uso de su libre discernimiento tiene derecho a manifestar anticipadamente su voluntad, a través de los denominados actos de autoprotección, en forma de instrucciones, directivas, decisiones o previsiones, para ser ejecutada en aquellas circunstancias en que la misma esté imposibilitada por cualquier causa, sea de manera transitoria o permanente, de hacerlo por sí.-

ARTÍCULO 2º: Se entiende por “actos de autoprotección”, toda expresión libre realizada en forma escrita, datada, fehaciente y por escritura pública, en relación a disposiciones que versen sobre la administración de su patrimonio, su cuidado personal y/o sobre cualquier otra cuestión de naturaleza extrapatrimonial, las que deberán respetarse en caso de encontrarse en el supuesto del artículo anterior.-

ARTÍCULO 3º: Los escribanos públicos que autoricen escrituras cuyo contenido sea el otorgamiento, modificación, sustitución y/o revocación de manifestaciones de autotutela personal, procederán a inscribirlas en el Registro de Actos de Autoprotección, en la forma y plazo que determine el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe.-

¹ Proyecto presentado por el diputado Hugo María Marcucci en la legislatura de la provincia de Santa Fe el 27/08/2009

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDEI

ARTÍCULO 4º: El Colegio de Escribanos deberá garantizar la accesibilidad de todas las personas al Registro, para lo cual deberá contar con los recursos humanos, oficinas y equipamiento acorde, en cada una de las Circunscripciones que posee en el territorio provincial.-

ARTÍCULO 5º: Toda declaración deberá expresarse en términos claros y precisos, y podrá ser modificada, sustituida o revocada en cualquier momento por el otorgante, siempre que actúe con libertad y discernimiento. En todos los casos prevalecerá el contenido de la última manifestación realizada.-

ARTÍCULO 6º: No serán consideradas las instrucciones que, en el momento de ser aplicadas, resulten contrarias al ordenamiento jurídico.-

ARTÍCULO 7º: El Colegio de Escribanos deberá realizar, por diversos medios, publicidad de la existencia y alcance del Registro de Actos de Autoprotección, a los fines de su conocimiento y accesibilidad.-

ARTÍCULO 8º: La reglamentación sobre la organización y el funcionamiento del Registro de Actos de Autoprotección, dictada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, deberá ser concordante con lo instituido en la presente norma.-

ARTÍCULO 9º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.-

FUNDAMENTOS:

Señor Presidente:

La presente iniciativa, la cual ha sido elaborada

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

conjuntamente con el Colegio de Escribanos de la ciudad de Rosario, persigue el reconocimiento institucional de aquellas decisiones vitales que se realizan como un medio de protección frente a eventuales supuestos de incapacidad, pérdida del discernimiento o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, sea de manera permanente o transitoria, que impidan a las personas expresarse por sí mismas. Estas manifestaciones pueden referir tanto a la administración y disposición de bienes, como a la dirección de su propia persona, siempre y cuando las mismas no contradigan el orden público legal.-

Los actos de autoprotección son declaraciones de voluntad unilaterales con carácter vinculante para terceros, familiares, ect.; porque, al decir del Dr. Eduardo A. Zannoni, *“atañan al declarante, a su propio interés personal y patrimonial, precisamente para cuando él no esté en condiciones de gobernar su persona o su patrimonio de razón de una incapacidad sobreviniente”*.-

Estos actos se sustentan en derechos reconocidos constitucionalmente, tales como el derecho a la vida, a la autonomía, a la dignidad, a decidir sobre su propio cuerpo, a la intimidad, a la igualdad y libertad. En tal sentido, versa en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional que “... se deben asegurar los beneficios de la libertad...”; el art. 19 sostiene que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de los que ella no prohíbe”. Asimismo con la reforma del año 1994, se fortaleció la constitucionalidad del instituto que hoy pretendemos regular, al reconocer la jerarquía constitucional de diversos Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, instrumentos todos que convalidan la

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDEI

primacía de la vida humana y que instituyen los principios que dan sustento jurídico al derecho de toda persona de decidir como vivir su propia vida, a expresarlo en forma segura e indubitable a través de directivas anticipadas o actos de autoprotección. Con la sanción de esta nueva Constitución se ha instaurado una mayor protección a la intimidad y a la autonomía personal.-

Entre estos Pactos podemos nombrar: **a)- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, aprobada en mayo de 1948, dice: su Artículo 1º: “... *todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona ...*”; y su Artículo 18º: “... *toda persona ... debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consignados constitucionalmente ...*”; **b)- La Declaración Universal de los Derechos Humanos**, de diciembre de 1948, su Artículo 1º: “... *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos ...*”; su Artículo 3º: “... *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona ...*”; su Artículo 6º: “... *todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica ...*”; su Artículo 12º: “... *nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada ...*”; y Artículo 25º: “... *toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure ... la salud y el bienestar ...*”; **c)- La Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica-**, aprobada en julio de 1978, su Artículo 2º: “... *Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano ...*”; y su Artículo 5º, Inciso 1: “... *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral ...*”; **d)- La Convención sobre los Derechos del Niño**, aprobada en noviembre de 1989, en su Artículo 3º reza: “... *En todas las*

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

medidas concernientes a los niños ... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño ..."; y el Artículo 12º: *"... Los estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente ... teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño ..."*.-

Este innovador instituto cobra trascendencia dado que posibilita instrumentar medidas orientadas a la protección de derechos intrínsecos del ser humano, como es la vida, los bienes y el ejercicio de la libertad, permitiendo no solo su reconocimiento sino la operatividad de estos derechos fundamentales, en particular de los grupos más vulnerables, que deciden anticipar ciertas cuestiones sobre sí mismos. Así se puede elegir quien será la persona que administre sus bienes, o que cuide su salud, elegir a la persona que se quiere que sea designado por el Juez como curador, o a las que no se desea que ocupen ese cargo, entre otras.-

Es pertinente detenernos en la decisión de franquear el límite de la capacidad en miras de reconocer a toda persona con discernimiento la posibilidad de manifestar anticipadamente su voluntad, tal iniciativa se funda, ni más ni menos, en la idea de abrazar el designio de la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, que nos impone el deber de respetar y resguardar el interés superior de la niña, niño y adolescente, definiendo en el art. 3 los alcances de tan importante principio, a saber: ***"A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.***

Debiéndose respetar:

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDEI

a) Su condición de sujeto de derecho;

b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

Siendo que el Registro de Actos de Autoprotección, ha sido creado y funciona en la órbita del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, podemos afirmar que la seguridad jurídica y la certeza de estos actos están debidamente garantizadas.-

La instrumentación de las declaraciones de

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

autoprotección deberá efectuarse ante escribano público, quien luego de formalizar el acto, procederá a inscribirlo en debida forma. Creemos que la escritura pública constituye el instrumento más idóneo, no solo porque le otorga fe pública al acto en cuestión, sino que le da autenticidad, matricidad, fecha cierta y esencialmente garantiza con el asesoramiento la correcta comprensión del alcance del acto que se otorga.-

Existen antecedentes legislativos en otras provincias: en Chaco se dictó en septiembre de 2008 la Ley N° 6.212 que modificó artículos del Código Procesal Civil y Comercial; en Neuquén se aprobó la ley pero aún no se reglamentó, en Rio Negro se dictó la Ley N° 4.263 que crea el Registro de Voluntades Anticipadas en noviembre de 2007. Además existen proyectos de ley en Buenos Aires (Declaración de Autoprotección); Córdoba (Ley de Voluntad Anticipada), Corrientes (Declaración de Voluntad Anticipada) y en Entre Rios (modificación Constitución Provincial). Del mismo modo se han creado Registros de Autoprotección en Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Chaco, los cuales han sido organizados y funcionan en los respectivos Colegios de Escribanos de las provincias. Hay asimismo antecedentes en otros países como ser México, Uruguay y España.-

Es por los motivos expuestos, que solicitamos a nuestros pares nos acompañen en la aprobación del presente proyecto de ley.-

PROYECTO DE LEY¹ LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

ARTÍCULO 1º: Modificase la Ley N° 5.531, en su artículo 682º, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 682: *La declaración de incapacidad deberá solicitarse por parte legítima, según lo dispuesto por el Código Civil, y se substanciará por el trámite de juicio sumario. Presentada la solicitud, el juez nombrará un curador provisorio para que represente al incapaz en el juicio, previa solicitud de informe al Registro de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. Todas las actuaciones se harán con intervención del defensor general y del peticionario.*”

ARTÍCULO 2º: Modificase la Ley N° 5.531, en su artículo 683º, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 683: *Si la incapacidad fuera notoria o el juez tuviese conocimiento de ella, se mandarán entregar bajo inventario los bienes del incapaz a un curador provisorio, que podrá ser el indicado en un acto de autoprotección previo, o el mismo que se hubiere nombrado para el juicio y se decretará la inhibición general del presunto incapaz. En el supuesto de existir designación previa del curador, este ejercerá sus funciones hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda, previa comparecencia con patrocinio*

¹ Presentado por el diputado Hugo María Marcucci en la legislatura de la provincia de Santa Fe el 6/05/2009

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDEI

letrado, para el caso de que no sea abogado.”

ARTÍCULO 3°: Modificase la Ley N° 5.531, en su artículo 684°, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 684. Es esencial en este procedimiento, el informe pericial de tres facultativos si los hubiere en el lugar. Si el presunto incapaz estuviere recluido en un establecimiento oficial, el informe podrá ser producido por médicos del mismo. El juez, siempre que fuere posible, deberá tomar conocimiento directo y personal del presunto incapaz. Si éste pretendiere ser oído, será admitido como parte. Declarada la incapacidad, se nombrará curador definitivo, para lo cual el juez deberá valorar, en forma prioritaria y si existiere, lo dispuesto previamente por el insano en un acto de autoprotección, especialmente en cuanto a la designación o rechazo de determinada persona como curador. Las costas serán siempre a cargo del insano cuando resulte que el denunciante no ha procedido, en la denuncia y en su actuación procesal ulterior, si la asumiere, con temeridad o imprudencia. Lo mismo se resolverá cuando el proceso no llegue a su término por motivo imputable al denunciante”.-

ARTÍCULO 4°: Incorporase como último párrafo del artículo 687° de la Ley 5.531, el siguiente párrafo:

“El Juez siempre deberá requerir informe al Registro de Actos de Autoprotección a los fines de poder conocer la existencia de disposiciones o instrucciones emitidas por el presunto incapaz en relación a la designación de su propio curador”.-

ARTÍCULO 5°: Las modificaciones introducidas en la Ley N° 5.531 Código Procesal Civil y Comercial, comenzarán a regir a partir de los noventa días de su promulgación.-

ARTÍCULO 6°: Comuníquese al Poder Ejecutivo.-

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

FUNDAMENTOS:

Señor Presidente:

El presente proyecto de ley propicia una modificación a la Ley N° 5.531 Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, a fin de que los Jueces que entiendan en cuestiones relativas a la declaración y cesación de incapacidad, o designación de tutela o curatela; ordenen librar oficio al Registro de Actos de Autoprotección, creado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, para que les informe sobre la existencia de alguna disposición o estipulación de voluntad anticipada emitida por la persona involucrada, lo que indudablemente facilitará la tarea judicial en caso afirmativo, ya que deberá darse prioridad a lo manifestado por la persona.-

La finalidad de esta reforma legislativa consiste en lograr el reconocimiento judicial, de aquellas disposiciones vitales que se realizan como un medio de protección frente a la eventual imposibilidad de autogobernarse.-

Esta figura se ha convertido en una temática sensible en la actualidad, debido a que se trata de actos de carácter personalísimos inherentes a todo ser humano, como el libre ejercicio de la autonomía personal, el respeto a la libertad individual y a la autodeterminación, derechos todos de raigambre constitucional y reconocidos en diversos tratados y convenciones internacionales. Son actos preventivos, para ser ejecutados en caso de que la persona esté imposibilitada de decidir por sí misma. De allí que se pretende favorecer el respeto de las convicciones del individuo; permitiendo que sus decisiones trascendentales sean tenidas en cuenta y respetadas por familiares, allegados, y en el caso de ser necesaria también

PROYECTOS LEGISLATIVOS - REVISTA del IDEI

valorada judicialmente.-

El Registro de Actos de Autoprotección es el medio por el cual se da publicidad, certeza y seguridad jurídica a las instrucciones en él resguardadas, de modo que al tiempo de acaecer la eventualidad que las torne necesarias, el mismo garantiza que dichas manifestaciones de voluntad han sido expresadas por una persona libre y capaz, como también, que se han cumplimentado con todos los recaudos legales a tal efecto. Por ello la forma que se exige es la escritura pública, dado que constituye el instrumento más idóneo, no solo porque le confiere fe pública al acto en cuestión, sino que le da autenticidad, matricidad, fecha cierta y esencialmente garantiza la correcta comprensión del alcance del acto que se otorga.

En miras de la finalidad que se persigue, y para facilitar su adopción, es que la expresión y/o manifestación de actos de autoprotección no tienen las solemnidades que exigen otros instrumentos, como los testamentos.-

Como antecedente inmediato podemos mencionar a la Provincia de Chaco, que en el mes de septiembre de 2008 dictó la Ley N° 6.212 por la cual modificó su normativa procesal, adaptándola a las nuevas exigencias sociales. Desde su sanción, y su reciente reglamentación el 01 de octubre, los jueces están obligados, antes de dirimir la designación de un curador, a consultar al Registro de Actos de Autoprotección, que funciona en el ámbito del Colegio de Escribanos de la Provincia. Es significativo destacar que este registro fue creado por el Consejo Directo del propio Colegio en diciembre de 2007, en virtud de las facultades otorgadas por su Ley Orgánica del Ejercicio de la Profesión Notarial, y comenzó a funcionar el 01 de enero de este año. Asimismo se han creado Registros de Autoprotección en Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba.-

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

Creemos profundamente que es necesaria una reforma legislativa que recepte el derecho de todo ciudadano al más íntimo ejercicio de su libertad, reconociéndole la posibilidad de planificar o decidir por sí mismo, como vivir y sobrellevar situaciones adversas que imposibilitarían el pleno desarrollo de su ser. No es más que el reconocimiento de la facultad de autodeterminación individual, característica esta última que nos diferencia de los demás seres vivos.-

Es por los motivos expuestos, que solicitamos a nuestros pares nos acompañen en la aprobación del presente proyecto de ley.-

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 Garamond 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 integrantes del Comité de Referato analizarán los trabajos.

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